UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
ULBRA – *CAMPUS* GRAVATAÍ
CURSO DE DIREITO

MARTIN MUSTSCHALL GROSS

A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

GRAVATAÍ-RS
2020

MARTIN MUSTSCHALL GROSS

A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharelado, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Luterana do Brasil.

Orientador: Prof. Demétrius Barreto Teixeira

GRAVATAÍ-RS

2020

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos.”

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho se refere à ausência de um prazo previsto na legislação processual penal para duração da prisão preventiva durante a tramitação de um processo judicial criminal, bem como a relação dessa ausência para com a garantia constitucional da razoável duração do processo. Para tanto, traz-se à baila, com base em apurada doutrina, o conceito e objetivo da segregação cautelar, os elementos que autorizam a adoção da medida, os motivos que levam ao decreto prisional etc. Ainda, tratamos da garantia constitucional da razoável duração do processo e seu real cumprimento, essa que ganhou espaço no campo jurídico brasileiro logo após o Brasil se tornar signatário do Pacto de São José da Costa Rica, sendo necessário se fazer emenda constitucional para constar tal garantia no ordenamento pátrio, através da emenda n.º 45 do ano de 2004. Por fim, abordando a coexistência entre ambos os temas, objetivou-se analisar de maneira crítica o efetivo respeito para com a durabilidade razoável do processo judicial, sobretudo o criminal, e a utilização da prisão preventiva como possível forma de se punir antecipadamente. O presente trabalho se guia pela metodologia de abordagem dedutiva, vindo com base em pesquisas bibliográficas, tais como livros, artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, jurisprudência e legislações atinentes ao tema cerne. Ainda, o método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo. Por fim, os resultados do presente estudo evidenciaram como vendo sendo tratada a garantia constitucionalmente prevista da razoável duração do processo e como está sendo manejada pelos operadores do direito a prisão preventiva e para qual fim se está utilizando da medida cautelar mais drástica prevista no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Razoável duração do processo. Pena antecipada.

ABSTRACT

The present work refers to the absence of a period foreseen in the criminal procedural law for the duration of detention preventive during the course of a criminal judicial process, as well as the relationship of that absence to the constitutional guarantee of the reasonable duration of the process. To this end, the concept and objective of precautionary segregation, the elements that authorize the adoption of the measure, the reasons that lead to the prison decree etc. are brought up, based on accurate doctrine. Still, we deal with the constitutional guarantee of the reasonable duration of the process and its real fulfillment, which gained space in the Brazilian legal field shortly after Brazil became a signatory to the San José Pact of Costa Rica, and it is necessary to make a constitutional amendment to include this guarantee. in the national law, through amendment 45 of the year 2004. Finally, addressing the coexistence between both themes, the objective was to critically analyze the effective respect for the reasonable durability of the judicial process, especially the criminal one, and the use of pre-trial detention as a possible way to punish in advance. The present work is guided by the methodology of deductive approach, based on bibliographic research, such as books, scientific articles, monographs, master's dissertations, doctoral theses, magazines, jurisprudence and legislation related to the core theme. Still, the research method used is hypothetical-deductive. Finally, the results of the present study showed how the constitutionally guaranteed guarantee of reasonable duration of the process is being treated and how it is being handled by the operators of the right to pre-trial detention and for what purpose the most drastic precautionary measure provided for in our law is being used legal.

Key-words: Pre-trial detention. Reasonable duration of the process. Early penalty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....7
2. CAPÍTULO I – A PRISÃO PREVENTIVA.....12
2.1 - ORIGEM HISTÓRICA.....12
2.2 - CONCEITO E OBJETIVO.....14
2.3 - OS ELEMENTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA – *FUMUS COMMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS*.....21
2.4 - A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....28
3. CAPÍTULO II – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....38
3.1 - O QUE É UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL?.....38
3.2 - O RELATIVO CONCEITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....40
3.3 - A ORIGEM DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL.....45
3.4 - O (DES)CUMPRIMENTO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL.....48
4. CAPÍTULO III – A PRISÃO PREVENTIVA SEM PRAZO LEGAL FRENTE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....55
4.1 - A PROBLEMÁTICA FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA.....55
4.2 - A PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DE PENA.60
4.3 - POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO TEMA.....67
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....73
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....78

1. INTRODUÇÃO

Tendo como escopo tratar sobre a falta de prazo legal para duração da prisão preventiva e sua relação com a garantia constitucional da razoável duração do processo, é que se realizará o presente estudo científico, o qual serve para demonstrar a difícil coexistência entre os dois referidos assuntos, e se pode isso acabar, da forma como a prisão preventiva é tratada no Brasil, ensejando à medida cautelar caráter de pena antecipada.

Com efeito, hodiernamente, o Brasil está entre os cinco países com a maior população carcerária do mundo, possuindo cerca de 773.152 pessoas privadas do seu direito de liberdade, sendo que cerca de 33% destes sequer possuem sentença penal condenatória contra si, isto é, pessoas que estão presas provisoriamente na espera de julgamento (informações tidas conforme os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, através do Infopen 2019)[1].

Diante das informações supramencionadas que surgem os seguintes questionamentos: para que serve a prisão cautelar? Será esta a única medida cautelar com eficácia? No Brasil, essa medida cautelar gravosa vem sendo utilizada como ferramenta para controle da distorcida imagem de que o Brasil é o país da impunidade e, com isso, usa-se prisão provisória como antecipação de pena?

Pois bem. As *medidas cautelares pessoais de natureza processual penal* visam assegurar um normal desenvolvimento da persecução penal e, por corolário, uma eficaz aplicação do poder de punir do Estado; são medidas que se destinam inteiramente à tutela do processo penal, tutelando o resultado útil do processo. Igualmente, a prisão preventiva se trata de uma modalidade de medida cautelar pessoal complexa que é acionada com o preenchimento de requisitos de prova da existência do crime, indício suficiente de autoria, do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, e dos fundamentos que

[1] Informações acessadas através do link: https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019. Acesso em: 08.04.2020.

são: a garantia da ordem pública, garantia de ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Sua previsão legal está positivada no Título IX, Capítulo III, mais precisamente dos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Mas a grande questão surge quando temos uma medida cautelar que coloca uma pessoa que ainda responde a um processo criminal (e que goza do estado de inocência absoluto) em igual condição daquela já considerada de fato culpada, e tudo isso com a ausência de prazo limite para duração dessa prisão preventiva. Ainda, ante a tal situação, questiona-se se tal situação pode acabar ocasionando àquela uma caracterização de antecipação de pena, o que é absolutamente incompatível com sua legal e única função e para com o Estado Democrático de Direito, tutelar o processo penal.

Outrossim, como se verá adiante, a prisão preventiva goza da natureza provisória (*provisoriedade*), que está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar poderia ser temporária, isto é, de curta duração, posto que a esta é tão somente uma tutela de certa situação fática (*provisionalidade*) e não pode assumir contornos de pena antecipada.

Igualmente, essa indeterminação (prisão preventiva sem prazo) foi objeto de análise quando da tramitação do PL 4208/2001, através do qual se tentou fixar prazo máximo de duração para prisão cautelar, sendo inclusive criado pelo projeto o artigo 315-A ao Código de Processo Penal, que determinava: "*a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora"*.

Todavia, o referido dispositivo cujo fito era pôr fim àquela indeterminação da segregação processual acabou por ser vedado com o advento da Lei n.º 12.403/2011, obstando, dessa forma, a solução de um dos maiores problemas do nosso sistema processual penal.

Já por seu turno, a celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) traz a ideia de efetividade do processo judicial em prol de sua missão social, a saber, de eliminar/solucionar conflitos e fazer um julgamento aos olhos de uma justiça célere e eficaz.

De mais a mais, o exacerbado tempo constitui um relevante óbice à efetividade da tutela jurisdicional por parte do Estado, em especial no processo de conhecimento, uma vez que para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinária e instrutória. Ocorre que isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação de determinado caso fático precisa ser imediata, sob pena de perecimento do direito.

Mais grave é quando estamos tratando do processo penal, o qual diz respeito sobre um dos mais sagrados e fundamentais direitos, qual seja, o da *liberdade*. E pior é quando a devida celeridade processual não é a rigor cumprida, acarretando em um processo que se protrai por longo período de tempo, caso esteja o (mero) suspeito preso preventivamente – nas mesmas condições de alguém já condenado só que sem prazo determinado, com a demora, deixa-se abominável azo para estar se punindo precipitadamente.

Nessa esteira seguiu a emenda constitucional n.º 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo através do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (1988) que a todos, sendo no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Todavia, veremos que tal garantia vem sendo relativizada no Brasil.

Daí surge o grave problema que posteriormente melhor será examinado: *prisão preventiva sem prazo legal somada à relativização da garantia constitucional da razoável duração do processo*. Elementos estes que são responsáveis por um dos mais graves problemas da atualidade no

processo penal brasileiro, a saber: prisão preventiva como manifesta antecipação de pena.

Dessa maneira, posta a introdução ao tema objeto de estudo científico, sem a pretensão de esgotar o assunto em palco, mas apenas com o intuito de desde já fomentar reflexões sobre tal tema, é que por ora tecemos o breve conteúdo introdutório.

O presente estudo científico possui como problemática a possibilidade ou não de a falta de prazo legal para duração da prisão preventiva acabar ensejando caráter de antecipação de pena na medida cautelar.

Já como hipóteses, temos as seguintes: (a) a falta de previsão legal de prazo para prisão preventiva faz com que se mantenha presa uma pessoa por tempo indeterminado (a qual goza do estado de inocência), com isso, caracterizada está a antecipação de pena; e (b) Pelo descumprimento da razoável duração de um processo no qual o acusado se encontra preso, tem-se a segregação cautelar como finalidade de pena antecipada.

O que justifica este estudo é a problemática ora exposta, uma vez não se ter prazo legal para manter presa provisoriamente uma pessoa que responde em processo criminal, e que a garantia constitucional da duração razoável do processo, na maioria das vezes, não é assegurada. Com isso, impõe-se o presente estudo como forma de esclarecimento sobre o tema, apontando elementos da legislação atual, posicionamentos dos Tribunais Superiores e entendimentos doutrinários.

O objetivo geral deste trabalho de conclusão é analisar as consequências decorrentes da não previsão legal de prazo para prisão preventiva, bem como a relação para com a garantia constitucional da duração razoável do processo, a qual muitas das vezes é olvidada.

Já como objetivos específicos, temos acerca da prisão preventiva e seus requisitos elementares (artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal), demonstrando a problemática que se tem pela não previsão legal de prazo para duração da medida cujo caráter é excepcionalíssimo. Ainda, buscamos elucidar sobre a garantia constitucional da razoável duração do processo, prevista na Carta Constituinte de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, tratando, ainda, a respeito do seu real conceito. Por fim, aprofundar sobre a possibilidade de se caracterizar a prisão preventiva como *antecipação de pena* quando do retardo irrazoável da persecução penal.

O presente projeto de pesquisa guiar-se-á pela metodologia de abordagem dedutiva. Basear-se-á em pesquisas bibliográficas, tais como livros, artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, jurisprudência, e legislações atinentes ao tema da pesquisa em tela.

O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo. Os métodos de procedimentos far-se-ão por métodos sistêmicos, comparativo e monográfico.

2. CAPÍTULO I - A PRISÃO PREVENTIVA

2.1 - ORGIGEM HISTÓRICIA

Antes de tratarmos da origem histórica da prisão preventiva no Brasil, cumpre trazermos curto conceito da referida medida, até mesmo como forma de facilitar a compreensão de sua origem no Brasil (conceito que será mais bem aduzido no próximo item). Com efeito, as **medidas cautelares pessoais de natureza processual penal** possuem como finalidade assegurar um normal desenvolvimento da persecução penal e, por corolário, uma eficaz aplicação do poder de punir do Estado; são medidas que se destinam inteiramente à tutela do processo penal, assegurando o resultado útil do processo[2].

Igualmente, trata-se de uma modalidade de medida cautelar pessoal complexa que é acionada com o preenchimento de requisitos de prova da existência do crime, indício suficiente de autoria, e de fundamentos que são a garantia da ordem pública, garantia de ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Sua previsão legal, hodiernamente, está positivada no Título IX, Capítulo III, mais precisamente dos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Dito isso, para uma melhor interação sobre o tema ora em voga, valho-me de breve trecho da escorreita abordagem sobre a história da prisão preventiva no Brasil feita por Rogerio Schietti Cruz[3], conforme vejamos:

> Logo que o Brasil alcançou sua independência política, foi outorgada a nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império, de 1824, cujo artigo 179 dispunha que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, exceto nos casos declarados em lei (inc. VIII), e que, mesmo com culpa formada,

---

[2] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 583.
[3] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2018. Págs. 47 a 50.

> ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela ser conservado, se prestasse fiança idônea, se cabível. Dizia-se ainda que, tratando-se de crime punido com pena não superior a seis meses de prisão ou que não fosse "de desterro para fora da Comarca", poderia o réu "livrar-se solto" (inc. IX), ou seja, obter de volta sua liberdade sem pagar fiança.
> (...)
> O Código Imperial também previa a prisão, mesmo sem culpa formada, para aqueles que viessem a ser detidos em flagrante delito, ou para os que fossem indiciados por crimes em relação aos quais não coubesse fiança (artigo 175).
> Sobrevindo a reforma de 1841 (Lei n.º 261, de 03/12/1841), introduziram-se mudanças significativas no processo criminal do Império, sobretudo a implantação daquilo que veio a ser conhecido como *policialismo judiciário*. Essa expressão remete ao período de 30 anos de uma peculiar estrutura da justiça criminal, em que a Polícia prendia, investigava, acusava e pronunciava os acusados de certos crimes de menor importância, Outrossim, a confusão entre as funções policiais e judiciais era tamanha que os Chefes de Polícia e os Delegados eram escolhidos, por ato do Imperador ou dos Presidentes das Províncias, entre os Desembargadores e Juízes de Direito, respectivamente (artigos 1º e 2º da Lei n.º 261/1841).

Passado o período referido no trecho acima, sobrevém o Código de Processo Penal no ano de 1941, influenciado pela matriz fascista de Mussolini, e, consequentemente, pelos códigos elaborados nesse regime de cariz totalitário[4].

Por seu turno, no tocante às prisões cautelares, ocorreu um recrudescimento legislativo expressamente trazido pela exposição dos motivos do Código de Processo Penal de 1941, com a afirmação de que a prisão em flagrante e a preventiva passavam a ser "definidas com maior latitude do que na legislação em vigor", uma vez que "o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos"[5].

Entrementes, buscou-se retirar a prisão preventiva dos "limites estreitos" traçados à sua admissibilidade, prevendo-se seu cabimento quando o

---

[4] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2018. Pág. 49.
[5] *Idem, idem*. Pág. 49.

reclamasse “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”[6].

A grande novidade do então novo Código de Processo penal consistia na introdução da *prisão preventiva obrigatória*, sendo imposta para fatos criminosos cuja pena máxima era reclusão de igual ou superior a 10 anos. Contudo, a prisão preventiva obrigatória foi expurgada pela Lei n.º 5.349/67, que conferiu a redação atual ao artigo 311 do Código de Processo Penal. A possibilidade de manter-se em liberdade o réu pronunciado ou condenado veio com a alteração dos artigos 408, 594 e 596 do CPP pela Lei n.º 5.941/73, a cognominada Lei Fleury, em homenagem àquele que, por motivos espúrios, lhe inspirou a apressada edição. O alargamento da liberdade provisória sem fiança, que passou a ser cabível, na forma do parágrafo único acrescentado ao artigo 310 do CPP, quando o juiz verificasse “a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”, veio com a Lei n.º 6.416/77[7].

2.2 - CONCEITO E OBJETIVO

Importante gizar, de plano, que neste trabalho abordaremos especificamente acerca da falta de prazo legal na **prisão preventiva**, não adentrando nas outras espécies de prisão cautelar, quais sejam: temporária e flagrante delito[8].

Cumpre salientar, no que tange à prisão em flagrante delito em específico, Aury Lopes Jr. entende não dever ser esta tratada como prisão cautelar, eis que é uma medida precária e de mera detenção, não sendo considerada medida cautelar pessoal senão pré-cautelar, e que não tem por objetivo garantir o resultado final do processo[9].

---

[6] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2018. Pág. 49.
[7] *Idem, idem*, pág. 50.
[8] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 85.
[9] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 601.

No mais, a prisão preventiva é um instituto previsto no ordenamento jurídico-penal brasileiro que sempre fomenta fortes discussões, constituindo em boa parte do mundo como um sério problema dentro do processo penal[10]. E isso se dá por haver uma colisão entre a volúpia Estatal em garantir a efetividade do processo penal - fazendo com que sejam aplicadas as normas punitivas – e os direitos fundamentais individuais do acusado, principalmente no que diz respeito ao direito da liberdade de ir e vir.

Sobre o conceito da *prisão preventiva*, tomo licença para transcrever a definição de Odone Sanguiné[11], qual seja:

> A ***prisão cautelar*** pode ser definida como uma **medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade**, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo uma tendência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de *risco*: (a) *de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova* ou de *colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais*; (b) *de fuga*; (c) *de reiteração delitiva*.

Ademais, entende-se que a prisão preventiva é a de natureza mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só pode ser sustentada quando presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de alguma motivação legal que fundamente a necessidade da segregação[12].

---

[10] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 1.
[11] *Idem, idem*, 2014. Pág. 2.
[12] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal – 13. Ed. Ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 947.

Ainda, de acordo com Odone Sanguiné[13], a prisão preventiva se subdivide em três subespécies, conforme vejamos:

> (a) *originária* ou *autônoma*: independentemente da prévia imposição de qualquer outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP (arts. 282, §6º, c/c os arts. 311, 312 e 313 do CPP);
> (b) *substitutiva* (art. 282, §4º, c/c os art. 312, parágrafo único do CPP) ou *subsidiária*: como mecanismo de sanção na hipótese de descumprimento voluntário de obrigação imposta em alguma medida cautelar alternativa (art. 319 do CPP) previamente aplicada, se estas forem insuficientes, e desde que presentes os critérios do art. 282, incisos I e II, do CPP, nos termos do arts. 282, §4º, e 312, parágrafo único do CPP;
> (c) *conversão da pré-cautela* (prisão em flagrante) *em prisão cautelar* (temporária ou preventiva), desde que presentes os requisitos desta (art. 310, inc. II, do CPP), forem insuficientes as demais medidas cautelares alternativas, bem como superarem o limite de pena superior a quatro anos (art. 313, inc. I, do CPP), ressalvadas as hipóteses do art. 313 e do art. 20 da Lei sobre violência doméstica (Lei n. 11.340/2006).

Importante dizer que toda medida cautelar tem por escopo principal a imediata proteção dos meios ou dos resultados do processo, seja este de conhecimento ou de execução, o que lhe confere a qualificação de "*instrumento do instrumento*"[14]. Essa medida cautelar é um instrumento para assegurar a utilidade e a eficácia do resultado final do processo[15].

No mais, as medidas cautelares pertencentes à esfera do Direito Processual Penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar que detém o Estado[16].

Na esfera penal, a decretação da prisão preventiva, por ser em desfavor de alguém que deve ser tratado como inocente, pode vir a causar lesão na própria vida do imputado, não havendo uma forma de repará-lo com

---

[13] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 106.
[14] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2018. Pág. 21.
[15] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Págs. 466/468.
[16] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 583.

algo de natureza semelhante, posto que o tempo de vida livre retirado jamais poderá ser devolvido[17].

Temos de sempre ter em mente que mesmo ao se prender preventivamente a pessoa que é mera suspeita de determinada prática delitiva, por ela gozar do pleno estado de inocência e não haver uma *tutela antecipada* no processo penal, deve ser tratada pelo Estado como inocente, até sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por mais difícil que isso possa parecer, afinal de contas, está se colocando alguém inocente em iguais situações daquele que já considerado culpado, daí que se destaca o fim estritamente processual da prisão preventiva, pois só possui o condão de tutelar o andamento e resultado do processo, jamais servindo para punir antecipadamente[18].

Nesse diapasão, não é à toa que Concepción Arenal já afirmara que *impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, manchando sua honra, e isso sem ter provado que é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é coisa que dista muito da Justiça*[19].

Ainda, como afirma Odone, a característica específica das medidas cautelares é a instrumentalidade, logo, a medida cautelar não tem um fim em si mesmo senão está fatalmente preordenada à emanação de uma ulterior decisão definitiva[20].

Eis que daí, pela gravidade de se prender alguém como forma de acautelar o processo penal, que surge a imprescindibilidade de se ter muito cuidado ao decretar a prisão provisória, pois tal medida não pode se voltar contra o réu/investigado, mas apenas primar pelo resultado útil do processo, conforme alhures tratado. Daí a função de cunho exclusivamente processual da

---

[17] ZAFFARONI, Eugênio Raul. Introdução ao livro de VITALE, Gustavo L. **Encarcelamento de presuntos inocentes**. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. O*p.* Cit. Pág.17.
[18] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 23.
[19] ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios. Instituto Nacional de Ciencias Penales,** México, DF: 2010. Págs. 16 e 17.
[20] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 7.

prisão cautelar obstar sua utilização como finalidade punitiva, satisfazendo antecipadamente a pretensão de punir do Estado.

Já o *objetivo* da prisão preventiva pode ser extraído do próprio conceito (como já aqui delineado), uma vez que o adrede trazido à baila evidencia que tal medida se limita em **assegurar o efetivo andamento do processo penal**, sem o qual seria impossível aplicação ao caso concreto do direito material e não impor penalização antecipada em desfavor de alguém que goza do estado de inocência.

Muito importante frisar que o *objetivo* da segregação durante o andamento do processo ou investigação é extremamente diferente da *pena definitiva* (imposta por força de sentença penal), a qual se dá pela admissão da culpa penal. Por seu turno, a prisão provisória é medida de índole absolutamente excepcional no sistema acusatório buscado pela Constituição Brasileira e marcado em um Estado Democrático de Direito. É o direito de todos a não ser provados da liberdade, salvo nos casos e formas previstos em lei[21].

Nesse panorama, calha diferenciar a prisão penal da cautelar; para tanto, destaca-se considerações de Nestor Távora e Rosmar Alencar[22]:

> **1.** Prisão ***carcer ad poenam***: que é a prisão penal propriamente dita (prisão-pena), consistente na pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, é o consequente sancionador ligado ao antecedente da norma jurídica penal;
> **2.** Prisão ***ad custodiam***: é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante).

Diferente daquela (prisão definitiva), a prisão cautelar não serve para punir uma aparente a culpa, mas sim se prende provisoriamente por riscos que

---

[21] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág 70.
[22] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 906.

a liberdade do acusado/investigado pode ocasionar ao processo, os quais taxativamente são elencados em lei. A preventiva é, a bem da verdade, uma medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), afinal, o estigma que se cria com a segregação preventiva do indivíduo é absolutamente deletério à figura do mesmo[23].

O fato de manter solto o réu durante o processo (ou investigado durante a investigação) jamais poderá ser visto como símbolo de *impunidade*, por mais que socialmente isso possa parecer. Mas o tratamento com a pessoa do acusado é sim garantia legal, somente podendo ser afastada quando comprovados riscos legais contemporâneos e concretos. A regra é sempre o réu responder ao processo **solto**, de acordo com a *presunção de inocência* (artigo 5º, LVII, da Carta Cidadã), com plenitude das constitucionais garantias processuais e com a definição no trânsito em julgado da resposta estatal de absolvição ou condenação, para somente então vir a cumprir a pena correspondente ao crime, mesmo sendo ele grave (HABEAS CORPUS Nº 509.030 – RJ - 2019/0128782-2)[24].

---

[23] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 947.

[24] HABEAS CORPUS. PEDIDO LIMINAR. OPERAÇÃO "DESCONTAMINAÇÃO". INVESTIGAÇÃO SOBRE SUPOSTOS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA, PECULATO, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INVESTIGAÇÕES ATINENTES ÀS OBRAS DA USINA NUCLEAR DE ANGRA 3. DESDOBRAMENTOS DAS OPERAÇÕES RADIOATIVIDADE, PRIPRYAT E IRMANDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DA CONDUTA E REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE. LIMINAR DEFERIDA, EM MENOR EXTENSÃO. 1. Considerando-se que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, bem como que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI, e art. 93, inciso IX, respectivamente), há de se exigir que o decreto de prisão preventiva venha sempre concretamente motivado, não fundado em meras conjecturas. No caso, a segregação provisória está justificada na necessidade de garantia da ordem pública, evidenciada pela gravidade concreta da conduta. 2. Todavia, a custódia cautelar é providência extrema que, como tal, somente deve ser ordenada em caráter excepcional, conforme disciplina expressamente o art. 282, § 6º, do Diploma Processual Penal, segundo o qual "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". Assim, na espécie, mesmo levando em conta a gravidade da conduta atribuída ao investigado, as particularidades do caso, notadamente a ausência de contemporaneidade entre os fatos e o decreto constritivo, demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 3. Com efeito, levando-se em conta o fato de (a) ser a prisão a *ultima ratio*, (b) não ter sido o delito praticado mediante violência ou grave ameaça, (c)

Cumpre calhar que a segregação cautelar, por servir tão somente como tutela processual, como aduz Aury, é dotada de quatro elementos que a constituem, os quais são: *provisionalidade, excepcionalidade, provisoriedade* e *proporcionalidade*[25]*.*

O primeiro, que está previsto no artigo 282, §§ 4º e 5º do CPP, correspondendo ao suporte fático legitimador da medida e corporificando na presença ou desaparecimento do *fumus commissi delicti* e/ou *periculum libertatis*, eis que as medidas cautelares processuais penais estão intrinsecamente ligadas a determinada situação fática[26].

O segundo vem expressado pelo verbete do artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal, o qual aduz que a segregação cautelar serve como último instrumento acautelatório (*ultima ratio*), pois é dotada de excepcionalidade, devendo ser interpretada em compasso com a presunção de inocência[27].

O terceiro elemento, por sua vez, está relacionado diretamente com o fator *tempo* da prisão preventiva, de modo a tecer que a medida cautelar, por ser instrumento para tão somente tutelar o andamento da persecução penal, eis que não pode adotar cunho de penalização antecipada, tem de ser

---

remontarem os acontecimentos que ensejaram a custódia cautelar aos anos de 2011 a 2015, (d) além das condições pessoais do investigado e (e) da íntima relação dos crimes supostamente praticados com o exercício do cargo, a imposição das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal revela-se suficiente, adequada e proporcional. 4. Liminar deferida parcialmente a fim de substituir a custódia preventiva pelas seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) proibição de manter contato com outros investigados sobre os fatos em apuração, que possam interferir na produção probatória, ou seja, contato pessoal, telefônico ou por meio eletrônico ou virtual, enquanto durar a instrução, salvo aqueles que mantêm relação de afinidade ou parentesco entre si (inciso III); b) proibição de mudança de endereço e de ausentar-se do País sem autorização judicial (inciso IV); c) entrega do passaporte; d) bloqueio dos bens, até o limite de sua responsabilidade, a ser apurada individualmente pelo Juízo de origem competente; e) compromisso de comparecimento em juízo, para todos os atos designados pela autoridade competente; f) proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações com as pessoas jurídicas citadas na denúncia, e de ocupar cargos ou funções públicas, ou quaisquer cargos de direção em órgãos partidários. Extensão dos efeitos ao investigado João Baptista Lima Filho (Coronel Lima). (HC 509.030/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 30/05/2019).

[25] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Págs. 590/597.

[26] *Idem, idem.* Pág. 590.

[27] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 596.

revestido pela *provisoriedade*[28]*.* Acontece que, embora tenhamos a garantia constitucionalmente prevista de o processo (e essa garantia não diz só para processos criminais, mais em todas áreas do direito) dever perdurar por razoável período de tempo, a prisão cautelar não é abastecida com prazo legal de duração máxima. Daí nasce o tema discutido no presente trabalho.

Por fim temos a *proporcionalidade,* que deve iluminar todas as medidas de índole acautelatória, sobretudo a prisão preventiva. Definido como o princípio dos princípios[29], é verdadeiro pilar estrutural das prisões provisórias. E isso se dá porque a localização de tais medidas pessoais vem deitada em uma linha muito tênue entre o respeito ao direito de liberdade (acompanhado da *presunção de inocência*) e o interesse na eficácia da repressão dos delitos por parte do Estado. Por assim ser, o aplicador das medidas cautelares sempre deve tomar sua decisão direcionado a tal princípio, buscando, entre a concreta necessidade de resguardar o bom andamento do processo e também garantir ao cidadão seus direitos fundamentais (no caso, o principal, o da liberdade), a verdadeira proporcionalidade da cautela a ser imposta.

2.3 - OS ELEMENTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA – *FUMUS COMMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS*

Por meio da doutrina clássica se construiu a *teoria das medidas cautelares* que se adotam no Processo Penal com fundamento coincidente, em essência, com o das que se adotam no âmbito do Processo Civil, ou seja, como um técnica processual destinada a superar o risco ou perigo na demora necessária para o transcurso do processo, assegurando o seu normal desenvolvimento, além da eficácia e execução da sentença que nele sobrevenha. A decretação de medidas cautelares visa antecipar o resultado do processo, com o sacrifício de valores fundamentais à realização da justiça, para evitar que a demora exigida para a solução do conflito aguardando o

[28] *Idem, idem*. Págs. 591/595.
[29] *Idem, idem.* Pág. 597.

devido processo legal represente um risco em atenção ao prognóstico de absolvição ou de condenação do acusado, tornando inócua a futura intervenção estatal[30].

Para haver o decreto de prisão preventiva, necessária se faz a presença concreta do fundamento (*periculum libertatis*) e do requisito (*fumus commissi delicti*) da medida que visa tão somente tutelar o processo penal[31].

Igualmente, ao se decretar a segregação cautelar, deve-se atentar ao previsto no artigo 313 do Código de Processo Penal, conforme vejamos:

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência
> IV - (revogado).
> § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.
> § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Para legitimar a medida dotada de cautelaridade, que corresponde na inversão da ordem natural do devido processo legal, é imprescindível a coexistência de dois pressupostos acima destacados, quais sejam: *fumus*

---

[30] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 5.
[31] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Págs. 947/949.

commissi delicti e *periculum libertatis*, os quais, no âmbito do Processo Civil, são denominados de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*[32].

Muito embora as medidas cautelares adotadas no Processo Penal sejam embasadas naquelas do Processo Civil[33], por óbvio, cumpre atentar às devidas ressalvas e diferenças[34]. Como alhures visto, as medidas cautelares no âmbito do Processo Civil visam antecipar o mérito da demanda; já no Processo Penal, tem-se proibida qualquer antecipação de efeitos de sentença penal futura em desfavor da pessoa do acusado. Eis que disso se faz imperiosa a distinção. Juntamente com o instituto da prisão preventiva se tem o princípio da *presunção de inocência*, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal[35]. Essa presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento, na medida em que se exige que o réu seja tratado como inocente*[36], logo, não há de se falar em antecipação de mérito no Processo Penal por meio das medidas cautelares.

Já para Eugênio Pacelli e Douglas Fisher, a sugestão dos termos advinda do Processo Civil é bem aceita no Processo Penal, dada a proximidade total entre os objetos da cautelaridade. A *aparência do bom direito* seria traduzida pela *aparência do crime*, a ser apreciada quanto ao fato e respectiva classificação jurídica, enquanto o *perigo da demora*, como intuitivo, indicaria a situação em que a necessidade da prisão se justificaria como única alternativa para a tutela da efetividade da jurisdição criminal[37].

---

[32] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 6.
[33] CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistematico dei Provedimenti Cautelari**. Pádova: CEDAM, 1936. Pág. 18.
[34] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 6.
[35] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (CF/1988). Artigo 5º, LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."
[36] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 582.
[37] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 705.

Em que pese doutrinadores como Piero Calamandrei[38] adotem a teoria civilista para tratar das medidas cautelares no Processo Penal, entende-se por demais necessário abandonar os conceitos civilistas para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do Processo Criminal, tendo sempre em mente que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo em si, visando tutelar a prova ou para garantir a presença do polo passivo em todos atos formais do feito[39].

Vejamos os elementos autorizadores previstos na legislação processual penal, os quais traz o artigo 312 do Código de Processo Penal:

> A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública**, da **ordem econômica**, por **conveniência da instrução criminal** ou para **assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (destaquei).

Como ensina Aury Lopes Jr., quando da leitura do artigo supramencionado, verifica-se que o *fumus commissi delicti* (quando há prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado) é o **requisito** para adoção da prisão preventiva, devendo existir prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado[40].

Somado a isso, deve igualmente se fazer presente o *periculum libertatis*, que é o **fundamento** da medida cautelar, e que consiste na demonstração da existência de um perigo decorrente do estado de liberdade do indivíduo[41].

---

[38] CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistematico dei Provedimenti Cautelari**. Pádova: CEDAM, 1936. Pág. 18.
[39] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 634.
[40] *Idem, idem.* Pág. 686.
[41] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 620.

Importante destacar que a adoção da medida coercitiva não corresponde à probabilidade de existência do direito de acusação, mas sim de um fato aparentemente punível pela esfera penal. Dessa forma, ao contrário do processo civil (*fumus boni iuris*), no processo penal não há a fumaça do bom direito, mas sim o *fumus commissi delicti*, representando este como a probabilidade da ocorrência de determinado injusto penal, e não de um direito[42].

Ainda segundo Aury, para decretação de uma prisão preventiva, ante seu altíssimo custo significativo, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. 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[43].

Analisemos os quatro fundamentos da medida preventiva (**garantia da ordem pública**, da **ordem econômica**, por **conveniência da instrução criminal** ou para **assegurar a aplicação da lei penal**).

Como anotado por Eugênio Pacelli, o conceito de *garantia de ordem pública* é assaz impreciso e provoca grande insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista a possibilidade de se exercer, com esse fundamento, um certo e indevido controle da vida social. Para os fins de prisão preventiva, tem-se entendido que a garantia da ordem pública busca também evitar que se estabeleça um estado de continuidade delitiva[44].

Odone Sanguiné afirma que a ordem pública serve como limite que acaba por conter certas vezes concepções arbitrárias ou até mesmo exigências políticas governamentais, e por isso exige fundamentação muito bem

---

[42] *Idem, idem.* Págs. 583/584
[43] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 687.
[44] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal** – 20. Ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 435.

arrazoada. Ainda afirma: "*em nome da ordem pública se tem praticado as maiores arbitrariedades*[45]*.*

Já Aury Lopes[46] tece o seguinte ideal:

> Por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor,* diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de "clamor público", de crime que gera abalo social, uma comoção na comunidade, que pertuba a sua "tranquilidade". Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a "gravidade" ou a "brutalidade" do delito como fundamento da prisão preventiva (...).

Como destaca Gilmar Mendes e Paulo Branco, a prisão preventiva, nas circunstâncias de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos[47].

No que diz respeito ao conceito de *ordem econômica*, hipótese acrescentada ao Código de Processo Penal pela Lei nº. 8.884/1994, visa coibir os abusos à ordem econômica, isto é, evitar que o indivíduo, caso solto, continue a praticar novas infrações penais que acabam por afetar diretamente a ordem econômica[48].

Como já alhures exposto, a prisão preventiva é medida cautelar instrumental, visando proteger tão somente o processo. Contudo, no que toca

---

[45] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 294.
[46] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020, pág 690.
[47] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 778.
[48] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 951.

especificamente sobre a garantia da ordem pública e econômica, segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco, *a prisão preventiva decretada sob estes dois fundamentos não possui caráter instrumental de proteção do processo*[49].

De mais a mais, entende-se que as medidas cautelares, mormente a prisão preventiva, nos termos já explanados supra, não se destinam a fazer justiça, mas garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo Processo Penal de conhecimento; portanto, segundo Aury Lopes, as medidas cautelares *são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado*[50].

Nesse diapasão, Roberto Delmanto Junior afirma que *a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório*[51].

Sobre o tema, Julio Mirabete[52]:

> A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional.

Em contraponto, entende Aury Jr. que a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não gozam de caráter cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Ainda, a prisão preventiva decretada sob argumento de necessidade de garantia da ordem pública ou econômica é usada como medida de segurança pública, o que nada

---

[49] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 777.
[50] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 647.
[51] DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 83.
[52] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pág. 803.

tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam tal medida[53].

De igual entendimento temos Odone Sanguiné, o qual tece considerações no sentido de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou pelo clamor público acaba sendo ganhando roupagem de prevenção geral, na medida e, que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade; todavia, ao assim o fazer, está se desvirtuando o real sentido e natureza da segregação cautelar, posto que é atribuído função de prevenção que de maneira alguma está chamada a cumprir[54].

Por seu turno, as prisões por conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal são prisões de caráter instrumental, direcionadas para garantir efetividade ao processo. No primeiro caso, tem-se em vista não permitir qualquer perturbação no regular andamento do processo, evitando a intimidação de testemunhas, peritos ou de eventual vítima. A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, por sua vez, tem em vista garantir a execução penal, afastando o risco efetivo e concreto de evasão por parte do investigado ou acusado que poderá vir a ser condenado quando do encerramento do processo[55].

De acordo com Aury Lopes Jr.[56], a prisão preventiva para conveniência da instrução criminal se dá da seguinte forma:

> (...) é empregada quando houver risco efetivo para instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado. Feita essa ressalva, a prisão preventiva para tutela da prova é medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo. Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo

---

[53] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 648.
[54] SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Porto Alegre: Revista de estudos criminais, nota dez. Pág. 115.
[55] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 777.
[56] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 691.

> documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos (...).

Em arremate, impende salientar que a adoção da prisão preventiva como forma de acautelar o processo deve sempre ser realizada sob a égide da lei penal, e não sendo aquela utilizada como forma de acalmar as ânsias do senso comum. Advirta-se, ainda, que a prisão preventiva está submetida ao princípio da necessidade estrita, não podendo, em qualquer hipótese, ser confundida com antecipação de pena[57]. E é nesse exato ponto que o legislador observou a necessidade em positivar essa proibição, fazendo constar na redação do §2º do artigo 313 do Código de Processo Penal a seguinte exegese: "*não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena"* (...), cuja redação advém da promulgação da Lei n.º 13.964/2019.

2.4 - A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Iniciamos a questão do uso banalizado da prisão preventiva com o seguinte questionamento: a medida cautelar processual de *ultima ratio*[58] é realmente usada de forma excepcional? Pois bem. Conforme alhures delineado, a prisão cautelar sempre deve ser utilizada para tão somente acautelar o processo penal, desde que se façam presentes os requisitos e pressupostos para imposição daquela[59]. No entanto, quando afastada sua verdadeira finalidade, deixa de ser medida cautelar processual, passando a ser um instrumento de tutela absolutamente ilegítimo.

Luigi Ferrajoli já trazia a ideia de que se a história das penas remete a horrores, a história de julgamentos é um registro dos erros, bem como de sofrimentos e abusos, todos as vezes em que no processo se fez um uso de

---

[57] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 777.
[58] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 646.
[59] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 7.

algumas das medidas instrutórias aflitivas, que vai da tortura até o moderno abuso da prisão preventiva[60].

Como já tratado, a prisão preventiva é medida de cunho excepcional, sendo um instrumento que busca tão somente tutelar o Processo. Mesmo assim, hodiernamente, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a segregação cautelar de acordo com a gravidade do delito, pelo clamor social em tese causado à sociedade pela ocorrência do injusto penal[61].

Todavia, já houve casos que o entendimento da mesma Corte foi distinto, conforme ilustra trecho do julgado abaixo:

> Inidônea é a motivação do decreto da custódia cautelar com base na gravidade abstrata e na natureza hedionda do delito, com considerações de ordem genérica sobre a credibilidade do Poder Judiciário e com referências ao clamor público e à repercussão causada pelo suposto delito, pois tais elementos não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade[62].

---

[60] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 483.

[61] RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE SOCIAL. CLAMOR PÚBLICO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. No particular, a prisão preventiva do recorrente está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública tendo em vista (i) a sua periculosidade social, evidenciada pelo modus operandi do delito (a vítima, em tese, teria sido convidada a beber pinga e, quando estava embriagada, foi morta a pauladas, sendo o cadáver posteriormente queimado e jogado numa fossa nos fundos da residência onde o crime foi praticado, sob a motivação de se obter a posse do referido imóvel); e a (ii) repercussão social do crime (clamor e comoção causados na comunidade local), com adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Ausência de constrangimento ilegal. 3. Eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, mesmo que tivessem sido comprovadas, por si sós, não obstariam a segregação cautelar, porquanto presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 5. Recurso conhecido e não provido. (RHC 93.681/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018).

[62] HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO E HEDIONDEZ DO CRIME. COMOÇÃO E CLAMOR PÚBLICOS. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONDIÇÃO DE FORAGIDO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL A QUO COMPLEMENTAR A FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1.

Nesse panorama, ao utilizar a prisão preventiva sob argumentos como: restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, e aplacar com o clamor público criado pelo delito, são, a bem da verdade, distantes daqueles que legalmente devem ser utilizados para decreto da prisão preventiva, atribui-se elemento estranho à natureza da medida cautelar. Tal situação revela que a medida cautelar prisional cumpre funções reais de pena antecipada, absolutamente incompatíveis com seu real escopo[63].

A banalização da prisão preventiva está intrinsecamente ligada com a fundamentação utilizada para sua decretação. Como destacado supra, o *clamor público* ainda é comumente utilizado como argumento autorizador da prisão preventiva, sob o crivo da máxima de que o interesse público deve se sobrepor ao individual, sendo, para estas situações, evocado o "princípio" da

---

As Turmas que compõem a Terceira Seção vêm adotando o recente posicionamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 108.181/RS, Ministro Luiz Fux, DJe 6/9/2012; e, em decisão monocrática, HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012) segundo o qual é inadmissível o emprego do writ em substituição a recurso, considerada a expressa previsão de remédio próprio no texto constitucional. Somente em casos excepcionais e a depender da matéria veiculada, admitir-se-á habeas corpus substitutivo. 2. No que tange aos habeas corpus ajuizados antes da alteração da jurisprudência, não ocorrerá prejuízo ao paciente, ante a possibilidade de concessão, se for o caso, da ordem de ofício. 3. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que a prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. 4. Inidônea é a motivação do decreto da custódia cautelar com base na gravidade abstrata e na natureza hedionda do delito, com considerações de ordem genérica sobre a credibilidade do Poder Judiciário e com referências ao clamor público e à repercussão causada pelo suposto delito, pois tais elementos não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade. 5. É da jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção que não cabe ao Tribunal acrescentar motivação em decisão que pecou por sua carência. O habeas corpus não é ação de mão dupla, decorrendo dessa premissa a impossibilidade de órgão julgador vir a suplementar, em termos de fundamentos, o ato atacado (STF, HC n. 109.678/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 8/11/2012). 6. No caso, a despeito da gravidade do delito e da complexidade do caso, notadamente não está demonstrada, de forma concreta, a imprescindibilidade da prisão cautelar do paciente. E o Tribunal estadual, em contraposição ao permitido, agregou, quando do julgamento do habeas corpus ajuizado pela defesa, fundamento não considerado na origem para manter a decisão de primeiro grau. Evidente, pois, o constrangimento ilegal. 7. Habeas corpus não conhecido por vir como substitutivo de recurso ordinário. Ordem expedida de ofício, para determinar seja recolhido o mandado de prisão emitido contra o paciente, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, e com a ressalva de que é possível a aplicação de outra medida cautelar pessoal, se demonstrada a necessidade. (HC 155.642/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 25/04/2013).

[63] SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Porto Alegre: Revista de estudos criminais, nota dez, pág. 114.

proporcionalidade. Nesta linha, as considerações de Eros Grau, na lavra do seu voto projetado na ação de Habeas Corpus n.º 95.009-4/SP[64], pág. 44:

---

[64] EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE (ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. O habeas corpus preventivo diz com o futuro. Respeita ao temor de futura violação do direito de ir e vir. Temor que, no caso, decorrendo do conhecimento de notícia veiculada em jornal de grande circulação, veio a ser concretizado. Justifica-se a conversão do habeas corpus preventivo em liberatório em razão da amplitude do pedido inicial e porque abrange a proteção mediata e imediata do direito de ir e vir. SÚMULA 691. EXCEÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE, NO CASO CONCRETO, DE PRONTA ATUAÇÃO DESTA CORTE. Esta Corte tem abrandado o rigor da Súmula 691/STF nos casos em que (i) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar e (ii) a negativa de liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou manutenção de situações manifestamente contrárias ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. PRISÃO TEMPORÁRIA REVOGADA POR AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS E PORQUE CUMPRIDAS AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DESTINADAS À COLHEITA DE PROVAS. Prisão temporária que não se justifica em razão da ausência dos requisitos da Lei n. 7.960/89 e, ainda, porque no caso foram cumpridas as providências cautelares destinadas à colheita de provas. PRISÃO PREVENTIVA: Indeferimento, pelo Juiz, sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexo de causalidade entre ela e fatos imputados a outros investigados. Reconsideração com fundamento em prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente. Insuficiência de provas que se reportam a circunstâncias remotas, dissociadas do contexto atual. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por conseqüência, temerária, autêntica antecipação da pena. O propalado "suborno" de autoridade policial, a fim de que esta se abstivesse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa).II) GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. Precedentes. III) GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES. Mera suposição -- vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional -- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão. IV)

> (...) Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da "necessária atividade persecutória do Estado", a "supremacia do interesse público sobre o individual". Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo --- não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente --- não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição "leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar". Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.

Para Aury Lopes, no Brasil, a prisão preventiva está excessivamente banalizada, chegando ao ponto de primeiro se prender para depois se buscar provas que legitimem a medida previamente adotada. Outrossim, assevera Aury que “está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender”[65].

Nesse mesmo diapasão, salienta Eugênio Pacelli para o fato de que as atuais regras das cautelares pessoais, que surgem justa e precisamente para evitar o excesso de “*encarcerização provisória*”, não podem ser banalizadas, sendo sua imposição aceita apenas quando atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo[66].

PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas. PRISÃO **PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo**. (...). Ordem concedida (HC 95009, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640) – grifei.

[65] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 646.

[66] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 24.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 616.

Mas será que a prisão preventiva é a única forma legal de acautelar o Processo Penal? Pois bem. Releva destacar acerca das *medidas cautelares diversas da prisão*, as quais foram criadas justamente para asseverar que a segregação sempre é a *ultima ratio*, pois também possuem o objetivo de tutelar o processo. E tais medidas diversas tanto se assemelham à natureza da prisão preventiva, que segundo Aury Lopes, somente deverão ser impostas se cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver previsão de restrição menos onerosa, e que sirva igualmente para tutelar o andamento do processo[67].

Por sua vez, Schietti entende que as medidas cautelares de natureza penal, tendo em vista privação da liberdade (um dos mais preciosos bens) do indivíduo, ainda enquanto não há decisão definitiva sobre a responsabilidade criminal daquele, deve a medida cautelar sempre gozar de seu caráter excepcional, devendo, dessa forma, utilizar-se de outras medidas menos gravosas mas de igual eficácia[68].

Com efeito, foi com a promulgação da Lei n.º 12.403/2011 que se introduziu medidas também cautelares, mas diversas da prisão. A partir de então se abriu um leque de alternativas ao magistrado da causa para, conforme as peculiaridades de cada caso concreto, escolher um ou mais medidas que sirvam para atender aos fins colimados pela cautela.

Tal novel legislação inseriu o artigo 319 no Código de Processo Penal, o qual prevê as seguintes medidas:

> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
> II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

---

[67] *Idem, idem.* Pág. 714.
[68] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2018. Pág. 172.

> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
> V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
> VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
> VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
> IX - monitoração eletrônica.

Do rol de medidas cautelares diversas da prisão, tem-se que podem facilmente serem impostas no lugar da prisão preventiva, e inclusive acabar surtindo os mesmos efeitos, como seria o caso de monitoração eletrônica e retirada de passaporte, que seria modo de tutelar o Processo Penal idôneo e eficaz, mas respeitando o direito à liberdade[69].

Convém ressaltar, ainda, que considerando os princípios da *presunção da inocência* e a *excepcionalidade da prisão antecipada*, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do Código de Processo Penal (AgRg no HC 561324/PR, relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik[70]).

---

[69] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**, cit., Pág. 182.

[70] AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. 2. **Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP**. No caso dos autos, verifico estarem presentes elementos concretos a justificar a imposição da

A adoção e implementação do uso de monitoramento eletrônico no Brasil inclusive já fora reconhecido pela CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), como medida para redução mundial da prisão preventiva, conforme vejamos[71]:

> No Brasil, por sua vez, o Ministério da Justiça promulgou a Portaria No. 42 de 2015, criando um modelo de gestão para o monitoramento através de tornozeleiras eletrônicas.

Contudo, ao nosso entender, a utilização de monitoramento eletrônico em presos preventivos, isto é, com escopo de redução do uso da medida cautelar prisional, ainda é baixo no Brasil, conforme dados informamos à própria CIDH[72]:

> Em relação ao Brasil, a CIDH foi informada sobre o limitado número de pessoas processadas que são beneficiárias desta medida, em comparação com as pessoas condenadas que utilizam a tornozeleira eletrônica.251 Segundo dados oficiais, em julho de 2015 o número de pessoas monitoradas por tornozeleira eletrônica era de 18.172,252 das quais mais de 86.18% eram pessoas condenadas.

Entrementes, importante frisar, por oportuno, que em primeiro plano o magistrado, estendendo os olhos ao caso concreto, deve dar atenção ao disposto no artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o artigo 319, e o não

---

segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam demonstrada a periculosidade do paciente, evidenciada pela gravidade das condutas, uma vez que existem fortes indícios de que o paciente integra a organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, dedicada à prática de tráfico de drogas na região e outros crimes, possuindo, ainda, outros registros criminais. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. Precedentes. 3. De mais a mais, esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 561.324/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 29/05/2020) – grifei.

[71] Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas [Preparado por *la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*]. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf. Acessado em: 14.05.2020. Pág 87.

[72] *Idem.* Pág. 89.

cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. Tudo a corroborar ainda mais com a inconteste excepcionalidade da prisão preventiva.

De mais a mais, Rogério Schietti[73] afirma que as medidas cautelares, por deveras, servem para iguais fins da prisão preventiva, senão vejamos:

> (...) Sendo assim, tanto a prisão preventiva *(stricto sensu)* quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei m.º 12.403/2011 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.

Assim, respondendo à questão exordial deste capítulo, pela regra de que a prisão preventiva deve ser utilizada como medida de *ultima ratio,* isso implica a disponibilidade de um rol de alternativas à cautelar do Processo Penal[74], elenco alternativo que já consta no Código Processual Penal Brasileiro, mais precisamente em seu artigo 319.

---

[73] SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**, cit., Pág. 183.

[74] SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Porto Alegre: Revista de estudos criminais, nota dez. Pág. 676.

3. CAPÍTULO II – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

3.1 - O QUE É UMA *GARANTIA* CONSTITUCIONAL?

Tendo por escopo melhor explanar o tema ora estudado, faz-se imperioso trazermos à baila o conceito de *garantia constitucional*. Para tanto, valho-me do que dizem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco acerca do conceito da garantia em voga:

> No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física)128. Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais. As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal. Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida — o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais[75].

Igualmente, de acordo com Marcelo Alkmin[76], *garantia* tem o sentido de:

> Garantias fundamentais do indivíduo, inseridas no Texto Constitucional, e que se referem à atividade jurisdicional do Estado. Com efeito, são garantias que estabelecem que o

[75] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Cit. Pág. 245.

[76] PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Direito Constitucional em perguntas e respostas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 186.

> Estado, em sua atividade jurisdicional, preservará todos os direitos fundamentais do cidadão.

Ainda, conforme leciona José Melo, para assegurar o cumprimento de direitos fundamentais, a Constituição dispõe de uma série de garantias, as quais servem como instrumento para tornar realidade as disposições enunciadas no texto constitucional[77]. Em suma, o que se extrai do acima exposto é as tais *garantias constitucionais* servem como garantias procedimentais para o exercício do direito, impondo limites ao Poder do Estado quando exigido o cumprimento do direito previsto. Digamos serem estas que obrigam que os Poderes Públicos respeitem o procedimento adotado em relação a determinado direito.

Não é diferente a posição de Luigi Ferrajoli[78], o qual entende que garantias servem como instrumentos substanciais para efetividade do direito; sobre o tema tece:

> É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também "instrumentais" no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, "substanciais". A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários: na sua ausência, de fato, juízos e penas seriam desvinculados de limites legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos do que se estivessem em ausência das garantias processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade (destaquei).

Na mesma linha entendem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os quais afirmam que as garantias fundamentais "*correspondem às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir*

---

[77] ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Pág. 341.
[78] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 432.

uma violação de direitos. Tais garantias, ao ver dos doutrinadores, *"são meios destinados a fazer valer esses direitos*"[79].

Por seu turno, Peces-Barba entende que as garantias dos direitos fundamentais se dividem em *garantias gerais* e *garantias específicas*. Segundo ele, as primeiras estão representadas pelos princípios que definem o Estado e que permitem manter e caracterizar uma visão integral dos direitos; já as garantias específicas são mecanismos de proteção jurídica dos direitos[80].

O conjunto dessas garantias gerais dará forma à estrutura social que permite a existência real dos direitos fundamentais, cuja concepção, no caso brasileiro, converge no Estado Democrático de Direito. Assim, as garantias gerais são referentes aos próprios direitos que não possuem efetividade própria (princípio da limitação do poder, princípio da separação dos poderes, princípio da legalidade, princípio da participação e pluralismo político)[81].

Dessa forma, como bem conclui Ivonaldo Mesquita[82]:

> (...) nas garantias específicas, que se insere a garantia da duração razoável do processo, como garantia intrinsicamente ligada ao princípio da proteção judiciária, imbricada no fenômeno processual, cujo modelo constitucional de processo impõe uma leitura sistemática diante dos diversos direitos e garantias fundamentais, ou seja, uma leitura das garantias constitucionais processuais.

Em arremate, na mesma esteira caminha José Herval Sampaio[83], segundo o qual as garantias fundamentais que tratam do processo em si acabam por condicionar todo o agir processualista*, "firmando que o andamento*

---

[79] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2009. Pág. 69.
[80] PECES-BARBA, Gregorio Martínez. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999. Págs. 503/506.
[81] MESQUITA, Ivonaldo da Silva. **A garantia fundamental à razoável duração do processo e a celeridade de tramitação na constituição brasileira: a construção de parâmetros**. *Cit.* Pág. 8. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c5c53759e4dd1bfe. Acessado em: 23.05.2020.
[82] *Idem, idem.* Mesma página. Acessado na mesma data.
[83] SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **A influência das garantias constitucionais processuais na elaboração e concretização dos atos estatais**, in: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel (coords.). Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2011.Pág. 620.

do processo fica atrelado ao modelo constitucional, impondo uma leitura sistemática de todo tipo de processo".

3.2– O RELATIVO CONCEITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Como muito bem explica Aury Lopes Jr., com a Teoria da Relatividade de Albert Einstein, tem-se uma ruptura completa da racionalidade acerca do conceito de *tempo*, sendo, a partir daquela, visto como algo relativo. O referido autor ainda traz um exemplo de relatividade do próprio Einstein, qual seja[84]:

> Um homem que se senta ao lado de uma mulher bonita durante uma hora tem a impressão que passou apenas um único minuto. Deixe o mesmo homem se sentar sobre um fogão quente durante um minuto somente, e esse minuto parecerá mais cumprido que uma hora; isso é relatividade.

Assim, Aury Lopes afirma que: "*sepultou-se qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdade absoluta, pois tudo é relativo (...). A percepção do tempo é completamente distinta para cada um de nós*"[85].

No mais, curioso é trazer à baila o conceito de *razoável* na Língua Portuguesa, termo que é adjetivamente qualificado por diversos termos, quais sejam: logicamente plausível, racionável, sensato, não excessivo, moderado, módico, que é bom (mas não excelente), aceitável, suficiente[86].

Voltando ao que diz respeito ao presente trabalho, no Direito Penal, o fator *tempo* funda sua estrutura, pois as punições (salvo meramente pecuniárias) são completamente baseadas na quantidade do tempo da pena.

---

[84] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020, Pág. 82.
[85] *Idem, idem.*, Pág. 81.
[86] HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, Pág. 1615.

Conforme asseverou Ana Messuti: "*os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura no tempo*"[87].

Ainda, traz Samuel Arruda[88] acerca da razoabilidade:

> O processo devido – constitucionalmente exigido – não pode deixar de transcorrer em prazo razoável. A tramitação em tempo excessivo dificulta a defesa e a produção probatória, causando prejuízo à parte. Para além disso, a morosidade dilata o período de incerteza que a pendência de uma ação judicial provoca.

De acordo com o explanado acima, o fator tempo é dotado de relatividade. No meio da ciência jurídica, o termo "razoável" se apresenta como um conceito ambíguo e carregado de vagueza, caracterizado pela presença de uma chamada zona de penumbra, na qual, vislumbrando seu significado, a aplicação do conceito é muito duvidosa[89].

Sublinha Ana Cristina Favero Carra, ao tecer comentários às lições de Nereu Giacomolli, o *razoável* é um conceito aberto e carecedor de uma delimitação precisa, de difícil delimitação prima facie e abstrato, de modo que é imprescindível a avaliação do caso concreto a fim de verificar se a prestação da tutela jurisdicional foi efetiva[90].

Nos pensamentos de Ricardo Jacobsen[91] sobre o conceito de razoável tempo do processo:

> O "razoável pode ser entendido como um ponto entre dois irrazoáveis". Portanto, "o razoável é a negação, antítese da irrazoabilidade da aceleração e da demora. Encontra-se como um entre-lugar que, como tal, somente pode ser conhecido através da negação de dois lócus antagônicos".

---

[87] MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução: Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003. Pág. 33.
[88] ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. Pág. 308.
[89] PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 116.
[90] FAVERO CARRA, Ana Cristina. **O prazo razoável no processo penal**. 2018. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2018.
[91] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Risco e processo penal. Salvador: JusPodivm, 2009. Pág. 348.

Ainda buscando melhor trazer ao presente trabalho o que seria essa razoável duração do Processo (Penal), importante calhar ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Alencar[92]:

> O tempo do processo, qualquer que seja ele, deve ser visto como garantia, e não como meta, vinculado à cláusula do due *process of law*, pois correlato ao processo justo. Evita excessos, pois a existência do processo já traz desastrosas consequências ao réu, inclusive de caráter econômico, e, por essa razão, é induvidoso que existe interesse do imputado na solução da incerteza.

De mais a mais, imperioso destacar que o senso de tempo de duração do processo é diferente do senso social, ou seja, o tempo enquanto sociedade tem uma velocidade particular, ao passo que o tempo do processo possui outro. O tempo para o processo não pode ter como base o *tempo social*, pois a sociedade tem como definição de tempo o agora, imediato, a rapidez, o que é incompatível com o grau de reflexão necessário a se ter para com o Processo Penal[93].

Pelo mesmo posicionamento segue Augusto Jobim do Amaral, o qual aduz que o prazo da sociedade não serve de parâmetro ao Processo Penal, sob pena de atropelo às garantias mínimas que devem ser asseguradas ao réu, configurando *"arbitrariedades e atropelos processuais a partir de termos a que tudo se aplica, porque aludem a uma razão autofundada e não intersubjetiva"*[94].

Em igual panorama segue Aury Lopes Jr.[95], quem destaca a imprescindível diferença que deve existir entre o *tempo do processo* e o *tempo da sociedade*:

---

[92] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Págs. 92/93.
[93] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 93.
[94] AMARAL, Augusto Jobim. **Violência e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 151.
[95] LOPES, Aury Jr. **Fundamentos do processo penal – introdução crítica**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019, Pág. 46.

> Mas a *velocidade da notícia* e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da *velocidade do processo*, ou seja, existe um *tempo do direito* que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz.

Ressalta-se, por oportuno, que a questão relacionada ao tempo do processo está inserida na própria ideia de justiça, conforme ensina J.J. Canotilho[96]:

> (...) A exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado não significa necessariamente "justiça acelerada". A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instâncias excessivas) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito penal, mas extensiva a outros domínios - é condição indispensável de uma proteção jurídica adequada (ex. prazos em caso de habeas corpus, apreciação de prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de atos administrativos, procedimentos cautelares.

Como já visto, "razoável" é uma referência de tempo que carece de conceito definitivo, principalmente no meio jurídico. Por ser algo sem um conceito de fácil e rápida compreensão, o sistema brasileiro acabou adotando a denominada "*doutrina do não prazo*"[97]; também conhecida como "*teoria do não prazo"*, pois da simples leitura dos dispositivos legais processuais não há definição da garantia da razoável duração do processo, mas ausência de parâmetros temporais pré-estabelecidos, não tendo um efetivo controle sobre o que seria um processo perdurar por prazo razoável, cabendo tão somente tal aferição pelo juiz da causa[98].

Outrossim, importante atentar que muito embora existam alguns prazos no Código de Processo Penal (p.ex. artigos 400, 412, 531 etc.), tais são interpretados de acordo com a referida *teoria do não prazo*, e o

---

[96] CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002 p. 493.
[97] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 88.
[98] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 92.

descumprimento dos delimitadores temporais não enseja sanção alguma, resultando em uma ineficácia em termos práticos[99].

Por ser o conceito de razoável indeterminado não só no Brasil, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) adotaram referenciais para examinar uma indevida dilação na tramitação do processo, quais sejam: a) complexidade do caso; b) atividade processual do imputado; c) conduta de autoridades judiciárias (englobando Polícia, Ministério Público, Juízes); e d) princípio da razoabilidade[100]. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte Suprema entendido que *a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz*[101].

3.3- A ORIGEM DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL

Pode parecer algo natural alguém ter como garantia um processo que tramite em seu desfavor ser levado de forma célere, dentro de um devido ou razoável prazo de duração, pois do contrário, uma pessoa poderia passar sua vida inteira sendo investigada ou até mesmo processada. Contudo, a

---

[99] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 88.
[100] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 91.
[101] HC-AgR 138736, Relator(a) Min, ALEXANDRE DE MORAIS, Primeira Turma, DJe de 24/08/2017. "AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVEN TIVA. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz. 2. Ação penal que tem tramitado de maneira regular, se consideradas as peculiaridades da causa destacadas pelo Superior Tribunal de Justiça: existência de seis denunciados, com distintos causídicos; em que houve dificuldade de localização dos acusados, com necessidade de expedição deprecatórias e de publicação de edital ; foram expedidas diversas cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, inclusive arroladas por três defesas. Consignou-se, ainda, a complexidade do processo, cuja investigação deparou-se com quadrilha armada, quesupostamente representa uma célula da facção criminosa conhecida como PCC Primeiro Comando da Capital, que tinha em depósito mais de 450 kg de cocaína, 8,3 kg de maconha, diversas armas d e fogo e munições, tanto de uso permitido quanto de uso restrito. 3. Inexistência de mora processual imputável ao Poder Judiciário**. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."(grifado).

garantia constitucional da razoável duração do processo ganha o devido espaço no mundo jurídico após a Segunda Guerra Mundial, vindo a ser incluído pela promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10.12.1948, especificamente em seu artigo 10, servindo de fonte direta aos artigos 7.5 e 8.1 da Comissão Americana de Direitos Humanos (CADH)[102].

Os referidos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos[103] (ou conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*), desde então possuíam a seguinte redação:

> Artigo 7º.5 - 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**, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
>
> Artigo 8º.1 - **Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No campo do Direito interno brasileiro, a garantia de ter julgamento dentro de lapso temporal razoável já havia sido recepcionada, eis que a aludida Convenção Americana fora aderida pelo Brasil por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992[104]. Ainda, tais dispositivos estariam abarcados pela redação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal/1988[105]. No mais, seguindo a mesma diretriz da Comissão Americana dos Direitos Humanos, mas sem inovações significantes, em 08 de dezembro de 2004 surge a Emenda Constitucional n.º 45, fazendo incluir no artigo 5º da Carta Federativa o inciso LXXVIII, o qual sobreveio com a seguinte redação: *a todos, no âmbito*

---

[102] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Págs. 87/88.
[103] Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 21 de maio de 2020.
[104] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acessado em: 20.05.2020.
[105] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 88.

judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Importante registrar que antes da referida emenda n.º 45, muito embora a Convenção Americana já estivesse inserida no campo do ordenamento pátrio pelo Decreto n.º 678/1992, que era considerado como Lei Ordinária, não vinha a garantia da razoável duração do processo assegurada de forma expressa pela Constituição Federal do Brasil. Nesse ínterim, foi necessário o Supremo Tribunal Federal reconhecer o mencionado Decreto como sendo norma de *status* supralegal[106].

Ainda no panorama sobre o surgimento da garantia em palco no ordenamento jurídico pátrio, calha trazer o posicionamento de Nestor Távora e Rosmar Alencar[107]; senão vejamos:

> Ao estabelecer, no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, o princípio da razoável duração do processo, almejava-se evitar dilações processuais indevidas, criando-se uma espécie de **tempo virtual**, como parâmetro para extensão do processo. Inspirado pelo princípio em voga, o legislador estabeleceu em lei limites para o elastério da instrução, de sessenta dias no procedimento comum ordinário (art. 400, CPP), e de noventa, para o encerramento da primeira fase do júri (art. 412, CPP).

Estando a previsão da garantia da razoável duração do processo expressa na Carta Republicana, seguiu o Brasil o posicionamento já pacificado nas Convenções de Direito Humanos, é o que mencionam Gilmar Mendes e Paulo Branco[108], *in ipsis litteris*:

> A EC n. 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na

---

[106] De acordo com STF, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direito Humanos) é norma de *status* supralegal e impede que a legislação ordinária possa derrogar ou afastar suas disposições (STF, AgRg no RE nº 404276 e HC nº 94013).

[107] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Págs. 90/92.

[108] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Cit. Págs. 584/587.

> ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana.

A inserção da duração razoável do processo consiste em decisivo passo para que a própria regularidade no andamento de procedimentos investigatórios e criminais possa ser vindicada como uma garantia fundamental que, nos termos do inciso LXXVIII, deve ser assegurada “a todos, no âmbito judicial e administrativo”. Isso é, a garantia prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, serve tanto no âmbito do processo judicial quanto no dos processos administrativos em geral[109].

Eugênio Pacelli afirma que esta garantia também goza de natureza administrativa, e é, em regra, promovida pela polícia judiciária, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Portanto, fala-se em fase pré-processual, tratando-se de procedimento que objetiva esclarecer por completo o caso penal, e que se destina à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação, geralmente, o Ministério Público[110].

3.4 - O (DES)CUMPRIMENTO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Pelo já supramencionado, não há do sistema processual brasileiro um prazo específico e determinado para duração razoável do processo, tanto na seara cível quanto na seara penal. Somado a esse fator, tem-se a demasiada demanda de processos tramitando no Poder Judiciário, sobrecarregando varas e secretariais judiciais de todo o país. Eis que disso vem o questionamento: será a garantia constitucional da *razoável duração do processo* é respeitada na prática forense? É possível se concluir um processo que siga as regras dentro de uma razoável duração?

---

[109] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Cit. Págs. 584/587.
[110] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 21.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 58.

Pois bem, para melhor me aprofundar, destaca-se para trecho do pensamento de Eduardo Chemale Selistre Peña[111], *in verbis*:

> O direito de todo cidadão a um processo sem dilações indevidas, ou a que sua causa seja decidida dentro de um prazo razoável, é um direito fundamental de natureza reacional que se dirige ao Estado, especificamente aos órgãos jurisdicionais. O mencionado caráter reacional deve-se ao fato de que a sua vulneração decorre sempre como consequência de uma omissão de um órgão jurisdicional de suas obrigações constitucionais e legais de resolver as pretensões que lhe são dirigidas em prazo razoável.
> (...)
> **Entre nós, após intensa ação da doutrina, também se superou a fase do reconhecimento do direito fundamental a um processo em tempo razoável com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, mas longe se está de sua concretização prática.**
> **A crescente demanda pelo judiciário, que tem múltiplas causas que aqui não cabe examinar, conduz à difícil tarefa de harmonizar segurança jurídica e celeridade.** É corriqueiro afirmar-se que "a aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo pretendido alcançar. (destaquei).

Ademais, por si só, o processo penal, embora servir de instrumento que visa garantir direitos fundamentais, nas palavras de Cesar Bitencourt, pode acabar por significar um grave prejuízo à pessoa do acusado, especialmente quando se alonga além do prazo razoável, na medida em que denigre, macula e enxovalha a honra e a dignidade do cidadão processado. A despeito da presunção constitucional de não culpabilidade, aos olhos da sociedade o processado é, na verdade, considerado um malfeitor, desonrado e infrator que merece ser castigado; ou seja, na concepção da opinião pública o "investigado" é presumidamente culpado, exatamente ao contrário da presunção constitucional[112].

Como já destacava Beccaria, a seu tempo, o processo deve ser conduzido sem procrastinações, pois quanto mais rápida for a aplicação da

---

[111] PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e atribuições do juiz** (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual). São Paulo: Saraiva, 2014. Págs. 19/20.
[112] BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1 – 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 986.

pena pelo delito cometido, portanto mais perto estará do delito, mais justa e útil ela será[113].

Importante frisar que não só um Processo Penal moroso é eivado de drásticas consequências, mas uma persecução penal apressada também. Nessa linha o filósofo romano Sêneca alertava sobre as consequências de um julgamento acelerado, dizendo ele que *quem condena apressadamente está prestes a fazê-lo com prazer, e quem pune excessivamente está prestes a agir com injustiça*[114].

Na tentativa de encontrar meios para sanar a problemática da duração do processo penal no Brasil, no ano de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou e pôs em prática por todo território nacional o chamado "Meta 2", através do qual se busca desovar todos os processos distribuídos até final de 2005, sendo identificados com uma espécie de etiqueta, recebendo, assim, preferência na sua tramitação, justamente por se tratarem de feitos mais antigos correndo perante o judiciário, portanto estariam estes em plena violação à garantia constitucional da razoável duração do processo. Segundo dados do CNJ, em 2018, mais de 32 milhões de processos foram finalizados, o que indicaria que as ações do Conselho na busca por um processo célere e com uma duração razoável estão surtindo efeitos. Ainda, o CNJ determinou novas metas para o ano de 2020, todas visando níveis mais altos de eficiência e produtividade, além de maior celeridade e qualidade nos serviços prestados à sociedade pelo Judiciário[115].

É de suma importância a atenção que já vem sendo dada para com a duração de um processo judicial, mas vemos tais como insuficientes, pois ainda se tem processos cuja tramitação extrapola em muito o conceito de razoável, mormente na seara do direito penal, onde comumente se tem o acusado respondendo o processo preso preventivamente. À guisa de melhor

---

[113] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira – 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2015. Pág. 47.
[114] SENECA, Lucius Annaues. **Tratado sobre a Clemência.** Terceira Parte. Trad. Ingeborg Braen. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pág. 63.
[115] Notícias tidas através do site https://www.cnj.jus.br/judiciario-aprova-12-metas-nacionais-para-2020/

ilustrar a realidade, trazemos ementa de uma recente ação de *habeas corpus* impetrada perante o Superior Tribunal de Justiça, onde o réu se encontrava preso por cerca de três anos sem sequer ter o processo sido julgado, tendo a Corte Superior reconhecido o excesso no prazo frente à garantia constitucional ora em debate: "***A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal*** (HC 494.285/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019)[116].

Conforme leciona Aury Lopes Jr. sobre o tema:

> Quanto às soluções processuais, o problema é ainda mais grave. O sistema processual penal brasileiro está completamente engessado e inadequado para atender às diretrizes da CADH. Não dispõe de instrumentos necessários para efetivar a garantia do direito a um processo sem dilações indevidas. Sequer possui um prazo máximo de duração das prisões cautelares.
> O ideal seria uma boa dose de coragem legislativa para prever claramente o prazo máximo de duração do processo e das

[116] PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. PRISÃO CAUTELAR QUE PERDURA POR QUASE 3 ANOS. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA HÁ 1 ANO. DEMORA INJUSTIFICADA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 52/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. 1. Constatado que a alegação de carência de fundamentação idônea do decreto constritivo não foi examinada pelo Tribunal de origem, o Superior Tribunal de Justiça está impedido de examinar a questão, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância e em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. 2. **A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória, mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal**. 3. O caso em exame não é complexo nem demanda expedição de cartas precatórias, e desde 13/8/2018 foi encerrada a instrução criminal, contudo não houve prolação de sentença pois, apesar da intimação do defensor do paciente e da nomeação de defensor dativo em mais de uma oportunidade, nenhum deles apresentou as alegações finais defensivas, a comarca não conta com defensor público. Assim, está patente a configuração de excesso de prazo, pois o paciente **encontra-se custodiado preventivamente há quase 3 anos e, ainda que esta Corte Superior tenha editado a Súmula n. 52, consagrando o entendimento de que o encerramento da instrução processual torna superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo, parece o caso de excepcional superação do verbete sumular. Isso porque se mostra desproporcional a manutenção da constrição cautelar do paciente, que aguarda a apresentação das alegações finais da defesa há quase 1 ano**. 4. Ordem parcialmente conhecida e, na extensão do conhecimento, concedida para relaxar a prisão cautelar do paciente, salvo se por outro motivo não estiver preso. (HC 494.285/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019).

> prisões cautelares, fixando condições resolutivas pelo descumprimento. Na fase de investigação preliminar, deve-se prever a impossibilidade de exercício da ação penal após superado o limite temporal, ou, no mínimo, fixar a pena de inutilidade para os atos praticados após o prazo razoável.

O Código de Processo Penal prevê alguns prazos procedimentais (inseridos pelas Leis n.º 11.689 e 11.719, ambas do ano de 2008), todavia, todos eles sem sanção caso descumpridos, nos termos adrede explanados. Vejamos eles;

1) No rito comum ordinário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 dias (artigo 399, § 2º, c/c artigo 400);
2) No rito comum sumário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 dias (artigo 399, §2º, c/c artigo 531); e
3) No rito relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri, a primeira fase do procedimento deve se encerrar no prazo máximo de 90 dias (artigo 412).

O sistema processual brasileiro adota, como visto anteriormente, a chamada *teoria do não prazo*, isto é, embora preveja uma garantia constitucional da razoável duração do processo, há carência de um prazo determinado pelo legislador, o que torna muito difícil se exigir uma razoável duração, pois tomada pela subjetividade. Os prazos legais vistos acima podem ser usados de forma a auxiliar no aferir acerca da duração razoável ou não do processo. Igualmente, importante salientar que embora o artigo 801[117] do Código de Processo Penal trate de uma possível sanção pelo descumprimento de prazos fixados em lei para os atos processuais, tal dispositivo não é aplicado na prática (tendo em vista posicionamento jurisprudencial já trazido à baila).

[117] "Findos os respectivos prazos, os juízes e os órgãos do Ministério Público, responsáveis pelo retardamento, perderão tantos dias de vencimentos quantos forem os excedidos. Na contagem do tempo de serviço, para o efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos."

A única exceção acerca de previsão legal expressa para duração razoável do processo cuja tramitação se proceda com acusado preso é encontrada na Lei n.º 12.850/2013 (Lei sobre organizações criminosas), em seu artigo 22, § único, o qual estipula prazo de 120 dias para encerramento da fase de instrução[118].

Assim, como se não bastasse inexistir prazo legal para duração do processo, quando ocorrida dilação temporal indevida, nem sequer sofrem os responsáveis algum tipo de sanção (na seara cível, administrativa ou penal). Portanto, por se haver prazos sem sanção pelo descumprimento, conduz a ineficácia da garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

É de suma importância deixa frisado que quando há uma violação nessa garantia constitucional, não é só o submetido ao processo que sofre, mas toda a sociedade, é o que afirma Eduardo Chemale Selistre Peña[119]:

> Releva notar, contudo, que os efeitos negativos do retardo da prestação jurisdicional não são sentidos apenas por aqueles que são partes do processo, mas por toda a coletividade. Com efeito, o processo com duração demasiada, além de desprestigiar o Poder Judiciário, serve de desestímulo ao cumprimento da lei, à medida que pessoas veem outras descumprindo e obtendo com isso manifestas e indevidas vantagens. Ademais, como adverte Lucon, os retardos nas resoluções dos conflitos trazem efeitos econômicos negativos, "pois são favorecidas a especulação e a insolvência, acentuando-se as diferenças entre aqueles que podem esperar e tudo têm a ganhar com a demora da prestação jurisdicional e os que têm muito a perder com a excessiva duração do processo."

Em arremate, digno registrar que a resposta punitiva deslocada no tempo poderá transparecer a ideia de injustiça. Para evitar isso, o processo "deve" perdurar pelo exato tempo necessário à sua finalidade: resolver o

---

[118] A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

[119] PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e atribuições do juiz** (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual). São Paulo: Saraiva, 2014. Págs. 22/23.

conflito pelo Poder Judiciário, numa velocidade que respeite e atenda às garantias e direitos fundamentais como *ampla defesa, contraditório, adequada fundamentação nas decisões* etc[120]. É a tramitação moderada, que respeita as regras processuais e não se torna tão moroso ao ponto de ganhar roupagem de injusto[121].

[120] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 93.
[121] SENECA, Lucius Annaues. **Tratado sobre a Clemência.** Terceira Parte. Trad. Ingeborg Braen. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pág. 63.

4. CAPÍTULO III – A PRISÃO PREVENTIVA SEM PRAZO LEGAL FRENTE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

4.1 - A PROBLEMÁTICA FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme preceitua o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal da República[122], *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.* Isto é, tal dispositivo constitucional assegura que ninguém pode ser tratado como se culpado fosse até que haja sentença penal (devidamente fundamentada[123]) cujo édito é condenatório, após não mais ser possível interposição de recursos; ou seja, quando não mais é possível discutir a decisão que reconheceu o imputado como culpado.

Tal dever de tratamento que tem de partir do Estado é fruto do princípio da *presunção de inocência*, ou "*não culpabilidade*". Outrossim, interessante sublinhar que a Carta Magna de 1988 fora inclusive mais abrangente no estado de inocência dado à pessoa do processado do que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos[124], eis que o inciso LVII do artigo 5º da Carta Republicana consta *"até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*", ao passo que o disposto na Convenção se limita na formação legal da culpa, não especificando se tal formação surge com decisão em primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Por ser a regra presumir inocente a pessoa do imputado que se reforça a excepcionalidade da prisão preventiva, a qual poderá ocorrer tão somente em situações excepcionais e de estrita necessidade; tendo-se por

---

[122] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (CF/1988): promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 29.05.2020.

[123] Artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

[124] Artigo 8º.2 da referida Convenção: *toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.*

regra geral a liberdade do indivíduo processado, e o encarceramento cautelar exceção[125].

Como já explanado, a prisão preventiva é medida dotada de provisoriedade, uma vez se destinar a garantir a ordem jurídica até o desenvolvimento regular do processo e a execução da sentença. A duração da prisão se dá, em tese, em função da garantia constitucional da razoável duração do processo. Impor uma limitação temporal máxima da prisão preventiva tem por seu fundamento a excepcionalidade da medida em virtude do princípio da presunção de inocência. Ademais, como delineado alhures, a meta de agilizar o processo não vem sendo cumprida no cotidiano forense, daí a imprescindibilidade de fixar um prazo limite, buscando impedir que o imputado (tratado como inocente) seja privado de sua liberdade (tempo de privação que jamais poderá ser reparado) por tempo excessivo em decorrência de dilações indevidas no curso do Processo Penal[126].

Não se pode impor à pessoa que aguarda a resposta da jurisdição a "duração irrazoável do processo", pois a garantia de ser julgamento de forma célere significa a necessidade de o ordenamento jurídico adotar instrumentos legais que facilitem a prestação jurisdicional, facilitando, com isso, os resultados práticos do processo[127].

De mais a mais, como adrede aduzido, o conceito de razoável é algo dotado de subjetividade e indeterminação quando relacionado à duração do processo. Nesse ínterim, Odone Sanguiné[128] afirma que:

> A indeterminação e, portanto, subjetividade do critério da razoabilidade conduz ao risco de esvaziar o direito fundamental à razoável duração do processo e, consequentemente, legitimar privações de liberdade excessivas. Daí a necessidade

[125] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** – 13. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Págs. 69/70.
[126] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 463.
[127] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 102.
[128] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 466.

> da jurisprudência fixar critérios limitativos dessa cláusula geral, especialmente em razão da falta de sanção no caso de excesso de prazo.

Por meio das Leis n.º 11.689 e 11.719, ambas do ano de 2008, alguns prazos foram adotados como referencial de tempo para duração do Processo Penal (rito comum ordinário: audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 dias - artigo 400; rito comum sumário: audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 dias - artigo 531; rito relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri: primeira fase do procedimento deve se encerrar no prazo máximo de 90 dias - artigo 412).

Todavia, conforme já abordado, o sistema processual penal brasileiro adota a *teoria do não prazo*, sendo o descumprimento de tais prazos não punido, sequer obriga a imediata liberdade do réu, caso preso esteja. A jurisprudência tentou construir limites a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável ao caso, restando em 81 dias[129], sendo que, caso o procedimento não estivesse concluído (sentença de 1º grau) dentro desse período, haveria excesso de prazo em eventual prisão. Contudo, sem sucesso tal iniciativa do Poder Judiciário[130].

Logo com o surgimento dos referidos prazos, a doutrina[131] salientou que tais serviriam como espécie de prazos regulamentadores do tempo possível de prisão preventiva. Quando extrapolados os prazos em processos com pessoa segregada cautelarmente, configurado excesso de prazo na prisão, portanto, relaxamento da prisão preventiva via *habeas corpus* (artigo 648, inciso II, Código de Processo Penal).

---

[129] Como assevera Eugênio Pacelli: “da somatória dos prazos para o estabelecimento do que seria o prazo legal para o encerramento da ação penal, alcançou-se o total de oitenta e um dias, levando-se em consideração desde os prazos para conclusão do inquérito até o prazo para a prolação da sentença, nos termos do art. 800, I, § 3º, do CPP”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal** – 20. Ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 440.
[130] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 642.
[131] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 88.

Contudo, como assevera Antonio Scarance Fernandes, a fixação dos aludidos prazos foi vista com “descrédito”, pois já se imaginava que a ultrapassagem dos períodos estipulados não seria eficazmente controlada pelo juiz da causa, continuando a observância dependendo exclusivamente do empenho dos Advogados[132]. Por assim ser, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 66/2009, que possui como escopo a fiscalização o tempo de duração de processos judiciais, sobretudo dos que possuem réu preso. Caso extrapole irrazoavelmente os prazos já referidos, deve o juiz, de acordo com a Resolução, reexaminar a necessidade da prisão preventiva bem como dar prioridade na tramitação do processo.

Outrossim, Aury Lopes entende que a falta de prazo legal para a prisão preventiva é um dos maiores problemas existentes no processo penal hodiernamente, aduzindo o autor que se faz necessário iniciar uma urgente discussão para chegar à solução do tal problema, a fim de que normativamente restem estabelecidos prazos máximos de duração para prisão cautelares, a partir dos quais a segregação seja absolutamente ilegal quando ultrapassados; também afirma que *enquanto isso não acontecer, abusos continuam*[133].

No mais, buscando assegurar o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência), recentemente, com advento da Lei n.º 13.964/2019, foi instituído o artigo 316 no Código de Processo Penal, o qual, em seu parágrafo único, reza que: *decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.*

É dizer, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a

---

[132] FERNANDES, Antonio Scarance. **Controle da prisão processual e a Resolução 66 do CNJ.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-mar-05/controle-prisao-processual-resolucao-66-cnj. Acessado em 29.05.2020.
[133] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 643.

necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal[134].

Ao nosso humilde entender, após previsão legal do prazo de 90 dias na duração da prisão preventiva, vem tal servindo como parâmetro para manutenção da segregação cautelar, muito embora ainda não seja um prazo delimitador. Igualmente, a criação de um limite de duração na prisão durante o

---

[134] PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. MERA REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS RECURSAIS ORIGINÁRIOS. SÚMULA N. 182/STJ. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. RECOMENDAÇÃO CONFIRMADA. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior. 2. Os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-la mantida. Não são suficientes meras alegações genéricas ou à insistência no mérito da controvérsia. Precedentes. 3. Ainda que assim não fosse, no caso, foi evidenciada a periculosidade do recorrente, uma vez que o modus operandi com que praticada a conduta revelou sua gravidade concreta: teria cometido o homicídio após perseguir a vítima que estava embriagada e, junto com um comparsa, desferido diversos golpes de facão pelas costas. 4. De fato, a gravidade concreta do crime como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva deve ser aferida, como no caso, a partir de dados colhidos da conduta delituosa praticada pelo agente, que revelem uma periculosidade acentuada a ensejar uma atuação do Estado cerceando sua liberdade para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. **Por outro lado, não se desconhece que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." No entanto, essa garantia deve ser compatibilizada com outras de igual estatura constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que, da mesma forma, precisam ser asseguradas às partes no curso do processo.** 6. **Mencione-se, outrossim, que, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.** 7. Necessário, porém, considerar que, cumprido tal requisito, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. Precedentes. 8. In casu, o Tribunal afastou a alegação de excesso de prazo por entender que o processo apresenta tramitação regular, não se constatando morosidade ou desídia na condução do feito, sobremaneira se considerada a complexidade da ação penal que envolve mais de um réu e visa à apuração de conduta grave (homicídio qualificado); o que, naturalmente, exige maior tempo na execução dos atos processuais. 9. Por fim, destaco que informações colhidas no sitio eletrônico do Tribunal estadual dão conta de que [a] instrução já foi iniciada e a audiência em continuação, anteriormente prevista para 02/04/2020, foi redesignada para 03/09/2020, vez que "ficaram suspensas, até o dia 30 de abril de 2020, todas as audiências presenciais no âmbito do Poder Judiciário, devido a pandemia do coronavírus". 10. Agravo regimental não conhecido. Recomenda-se ao Juízo processante que revise a necessidade da manutenção da prisão, nos termos do que determina o art. 316 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, e que imprima a maior celeridade possível no encerramento da ação penal. (AgRg no RHC 123.804/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020) – grifei.

processo, além de estar a par e passo com o princípio da presunção de inocência, sob nossa ótica, faria com que o próprio Estado respeitasse a garantia da razoável duração do processo, pois esgotando o período de tempo, a prisão passaria a ser ilegal, não admitindo renovação.

Releva destacar que no Brasil já fora tentado impor prazo na segregação cautelar, quando do Projeto de Lei n.º 4.208/2001, o qual incluía o artigo 315-A no Código de Processo Penal, que gozava da seguinte redação: "a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora." No entanto, o dispositivo que pretendia limitar a duração da segregação cautelar acabou sendo vedado pela Lei n.º 12.403/2011[135].

Por fim, como bem destacam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer[136] acerca da falta de prazo para prisão preventiva:

> Embora haja prazos específicos para a realização de determinados atos processuais, sobretudo para aqueles que determinam a restrição de direitos, o nosso CPP não cuidou de fixar um limite temporal para a duração das prisões cautelares. As razões pelas quais isso se deu, ou, melhor, pelas quais isso não ocorreu, estão muito claras: **o Código partia da antecipação de culpa!** (sublinhei e grifei).

4.2 - PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DE PENA

O cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si, posto que isso vai absolutamente de encontro ao Estado Democrático de Direito. Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em

---

[135] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. Pág. 642.
[136] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 714.

objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada. Nesse diapasão, destaca-se que a prisão preventiva está submetida ao princípio da necessidade estrita, não podendo, em qualquer hipótese, ser confundida com antecipação de pena[137].

Por outro lado, nas exatas palavras de Aury Lopes Jr.[138], a prisão preventiva, por ser uma medida substancialmente equivalente à pena de prisão, é utilizada como "sedante" para opinião pública, que vem utilizada para transparecer a imagem de justiça célere, buscando impedir o sentimento social de impunidade. Senão vejamos:

> Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. A dimensão simbólica de uma prisão imediata – que a cautelar proporciona – acaba sendo utilizada para construir uma (falsa) noção de "eficiência" do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser "excepcional" torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.

Acerca da natureza da prisão preventiva, atrelado com o seu uso na prática forense, a doutrina possui discordâncias em certos pontos. De acordo com Luigi Ferrajoli, a prisão preventiva é sim uma espécie de punição, referindo-se à medida cautelar como "sanção primária do delito", por meio da qual primeiro se castiga e depois se processa, dando à medida cautelar, dessa forma, caráter de prevenção geral, especial e de retribuição, portanto, espécie de pena antecipada. Aduz também que "*o cárcere passou a ser, em muito maior escala, lugar de trânsito e custódia cautelar, do que um lugar de cumprimento de pena*". Outrossim, afirma o mesmo doutrinador que se as prisões cautelares de modo geral não gozassem de cunho punitivo, deveriam

---

[137] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional***. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
[138]LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020, pág 647.

ser cumpridas em instituições especiais, e não como se vem fazendo: preso preventivo em igual ou até pior situação do que preso por pena definitiva[139].

Entretanto, há quem afirme que as funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivamente de uma prisão com caráter de pena definitiva (com sentença penal condenatória transitada em julgado), e não recebem espaço na prisão preventiva; assim, tais funções jamais podem ser viabilizadas por meio de medida inteiramente cautelar, como a prisão preventiva, sendo assim, as prisões preventivas seguem com caráter de medida cautelar[140].

Também nesse panorama, Fauzi Hassan entende diferente de Ferrajoli, eis que afirma possibilidade de coexistência entre prisão antes de sentença penal condenatória (preventiva) e princípio da presunção de inocência, desde que a natureza essencialmente cautelar seja resguardada, não valendo-se da medida cautelar para punir antecipadamente, pois do contrário, tem-se configurado o deturpado uso da medida cautelar como antecipação de penal[141].

Já Odone Sanguiné traz à tona que a prisão preventiva, por dever ser cumprida nos mesmos estabelecimentos destinados à execução de pena, fazendo não haver diferença substancial entre segregação cautelar e a prisão pra execução de pena, deve ser qualificada como “pena”. Ainda, além da duração ilimitada, a custódia cautelar pode ser compreendida como uma “punição adicional”; e o objetivo da medida preventiva também pode estar em coerência com propósito punitivo, podendo ser, dessa forma, elemento constitutivo da própria noção de castigo[142].

---

[139] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Págs. 275 e seguintes.
[140] LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 648.
[141] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 82.
[142] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 207.

No mais e em sentido um pouco diverso, Odone traz à baila entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, que decidiu no sentido de haver “semelhança fundamental” entre prisão cautelar e a pena, uma vez que o caráter restritivo da liberdade, cuja semelhança é direta com as penas privativas da liberdade, eis que o conteúdo material coincide, pois afetam de igual maneira a liberdade do indivíduo, em sentido negativo. No entretanto, segundo o autor, asseverou o Tribunal que, muito embora semelhanças apontadas, prisão com índole preventiva se difere da prisão pena, porquanto a pessoa contra quem a medida é imposta sequer fora declarada culpada, reinando, por isso, a regra da presunção de inocência. Assim, segundo o trazido pelo autor, a prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza pessoal e não uma espécie de pena antecipada, razão pela qual não pode ser comparada com a pena decorrente de sentença final irrecorrível[143].

Seguindo raciocínio divergente do Tribunal Constitucional Espanhol, a privação da liberdade de uma pessoa constitui sim um castigo antecipado, independentemente de título jurídico que é dado, esvaindo-se eventual distinção entre pena e medida meramente cautelar, eis que a própria legislação penal traz identificação material entre ambas as formas de prisão, porquanto o Código Penal admite o cômputo do tempo de prisão provisória (leia-se preventiva), no Brasil ou estrangeiro, e do tempo de internação a título de medida de segurança, do tempo total de reprimenda privativa de liberdade imposta no final do Processo Penal – é o instituto da *detração* (artigo 42 do Código Penal)[144].

Como ressalta Roberto Delmanto[145] acerca da caracterização de antecipação de pena na prisão preventiva:

> Indisfarçável que, nesses termos, a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental — de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado — ínsito

[143] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 206.
[144] *Idem, idem*. Pág. 207.
[145] DELAMTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Págs. 183/184.

> a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária. **Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado** (...). Todavia, há que se abrir uma exceção quando a perturbação da ordem pública vier, em casos extremos, a efetivamente tumultuar o bom andamento da persecução penal, seja na fase do inquérito ou do processo (grifei).

De mais a mais, Gilmar Mendes e Paulo Branco argumentam no sentido de que, uma vez não conter no texto constitucional regras exatas sobre limite temporal da prisão preventiva, cabe ao legislador a missão de conferir conformação ao instituto da prisão preventiva, o qual, de qualquer modo, não pode violar as diretrizes básicas que dimanam da ordem constitucional concernente à *temporariedade, necessidade, instrumentalidade*, não podendo ela ser utilizada como sucedâneo antecipado da pena a ser aplicada[146].

Muito embora a prisão preventiva seja medida que visa tutelar o processo, servindo como instrumento cautelar[147], as medidas cautelares pessoais, de modo geral, têm sido usadas para "sedar a opinião pública", transformando-se verdadeiramente em pena antecipada, eis que dotada da clara finalidade de "exemplaridade e imediata prevenção geral e especial", mesmo que tais funções sejam única e exclusivamente da prisão como pena, que deve ser antecedida por um processo judicial válido que teve por resultado uma sentença penal condenatória irrecorrível. Tais funções não poderiam, jamais, ser angariadas em via cautelar[148].

Complementamos o aduzido acima com as palavras de Fauzi Hassan[149]:

> Isso porque, se há algum "direito material" na medida cautelar, dificilmente será ele distinto da verificação da necessidade da

---

[146] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional***. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 781.
[147] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 1.
[148] LOPES, Aury Jr.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal** - 6.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs. 105/106.
[149] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 96.

> aplicação da lei penal. Dessa maneira, a medida cautelar penal, sob essa ótica, tende a se revestir de verdadeira antecipação de juízo de mérito e, portanto, de pena antecipada.

Tem-se, a bem da verdade, uma linha tênue entre prisão preventiva (aquela sem o devido processo legal[150]) e o princípio da não culpabilidade, eis que na imposição da medida cautelar pessoal se tem uma prévia consideração da culpabilidade do acusado ou investigado. Daí a imprescindibilidade de uma decisão judicial fundamentada e concretamente motivada, que traga em voga justificação da necessidade de imposição da prisão sem processo, o que não serve como fim da tal medida senão um instrumento de controle que visa garantir a ocorrência de ambos. E mais: A partir do momento que o Juiz decreta a segregação cautelar fundamentando seu posicionamento em indícios, na crença racional de que o acusado cometeu a prática delitiva, é impossível sustentar que ele respeitou a inocência que deve ser presumida para com a pessoa do acusado[151].

Somado a isso, a novel Lei n.º 13.964/2019 incluiu o parágrafo 2º no artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual detém a seguinte redação: *Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.* Isto é, como se já não bastasse a obrigação trazida pelo princípio da não culpabilidade de dar ao imputado estado pleno de inocência até sentença penal condenatória irrecorrível, bem como ser sabido que a prisão preventiva é meramente medida cautelar pessoal que visa tutelar o andamento do Processo Penal, recentemente se fez constar no próprio código processual tão proibição.

O cuidado necessário ao se prender alguém sem a devida sentença final condenatória, isto é, de forma cautelar, já era abordado por Francesco

---

[150] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (CF/1988). Artigo 5º, LIV: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".
[151] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 197.

Carnelutti[152], o qual trouxe considerações acerca dos riscos de se processar a pessoa inocente e até mesmo prendê-la durante o andamento do procedimento judicial. Vejamos:

> Se for inocente, o processo, na verdade, está terminado e todos têm a impressão de que terminou da melhor maneira. Mas a verdade é que, neste caso, a máquina judiciária trabalhou com prejuízo, e tal prejuízo consiste não apenas no custo do trabalho realizado, mas sobretudo no sofrimento daquele a quem o processo foi imputado e muitas vezes até foi encarcerado, quando nada disto deveria ter sido feito com ele; sem falar que, não raras vezes, para sua vida isso foi uma tragédia, se não um ruína.

Por demais, acerca de uma conformação constitucional do princípio da não culpabilidade e das limitações à decretação de prisão provisória, usa-se trecho trazido por Gilmar Mendes e Paulo Branco[153] de decisão do ano de 1965, proferida pela Corte Constitucional Alemã:

> A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se na medida em que, de um lado, existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito.

Dessa forma se conclui que não pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade qualquer cumprimento da pena que não esteja devidamente fundado em sentença penal condenatória transitada em julgado, e a prisão antes de sentença penal, para ser utilizada, deve vir acompanhado de cabais adminículos probatórios acerca da culpabilidade do imputado e, principalmente, dos risco que o aquele ocasiona ao andamento do processo, mas ao revés, tem-se uma medida cautelar como se pena antecipada fosse. O cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva[154].

---

[152] CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 1. Ed. Tiragem. Leme/SP: CL EDIJUR, 2017. Págs. 21/22.

[153] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional***. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 747.

[154] *Idem, idem*. Mesma página.

Impende trazer aqui, em arremate, que dar fins punitivos à prisão preventiva é por deveras ilegítimo, na medida em que violam os direitos fundamentais à liberdade, à presunção de inocência e ao devido processo legal, que proíbem impor pena de forma antecipada sem o prévio julgamento acerca da culpabilidade que somente é estabelecido após tramitação do Processo Penal, observadas todas as garantias[155].

Por desfecho, Aury Lopes Jr. reza que a prisão preventiva goza da natureza provisória (*provisoriedade*), que está relacionada ao fator tempo, de modo que *toda prisão cautelar deveria ser temporária*, de curta duração, posto que a esta é tão somente uma tutela de certa situação fática (*provisionalidade*) do processo, e não pode assumir contornos de pena antecipada. Nunca[156].

4.3 - POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO TEMA

A existência dessa dita “linha tênue” entre o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva como medida cautelar pessoal inteiramente de cunho protetor ao bom andamento do processo é comumente debatida nos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Assentou o Supremo Tribunal Federal (STF) que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória” (HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12-4-2002; HC 75.077, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15-5-1998; HC 73.489, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 13-9-1996). No caso da prisão cautelar, tem o Supremo Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal (HC 82.903, Rel. Min.

---

[155] SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 209.
[156] LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 643.

Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-8-2003; HC 82.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2-5-2003; HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29-4-2005; HC 81.468, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º-8-2003; HC 80.379, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25-5-2001).

Nesse mesmo sentido o destacado julgamento no Recurso em sede de *Habeas Corpus* n.º 81.395/TO[157], de relatoria do Min. Celso de Mello:

> "Prisão preventiva — enquanto medida de natureza cautelar — não tem por finalidade punir, antecipadamente, o indiciado ou o réu. A prisão preventiva não pode — e não deve — ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito,

[157] E M E N T A: PRISÃO PREVENTIVA - COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DE SUA DECRETAÇÃO - DECISÃO FUNDAMENTADA - MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS - LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU, NO CASO, A PRISÃO CAUTELAR - PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES DA ACUSADA - POSSIBILIDADE, MESMO ASSIM, DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL – RECURSO IMPROVIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR FINALIDADE PUNIR, ANTECIPADAMENTE, O INDICIADO OU O RÉU. A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DA ACUSADA. Revela-se legítima a prisão preventiva, se a decisão, que a decreta, encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que - além de se ajustarem aos fundamentos abstratos definidos em sede legal - demonstram que a permanência em liberdade da suposta autora do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES DA RÉ. A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar, pois os fundamentos que autorizam a prisão preventiva - garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312) - não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal, notadamente quando a decisão que ordena a privação cautelar da liberdade individual encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que se ajustam aos pressupostos abstratos definidos em sede legal. Precedentes. (RHC 81395, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/12/2002, DJ 15-08-2003 PP-00027 EMENT VOL-02119-01 PP-00051).

> pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva — que não deve ser confundida com a prisão penal — não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal (...)".

Outrossim, tem-se pacificado que prisão preventiva, enquanto medida cautelar de natureza excepcional, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu. (HC 94114, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-03 PP-01071)[158].

Outro julgado que assevera o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da proibição do uso da prisão preventiva como pena antecipada é no HC 87.468/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso[159], conforme vejamos breve trecho:

> A necessidade de restabelecer a ordem pública não é motivo suficiente para prisão processual. Quando muito, seria uma das

---

[158] Habeas Corpus. 2. Atentado violento ao pudor, com violência presumida. 3. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito. Inadmissibilidade. 4. **A prisão preventiva, enquanto medida cautelar de natureza excepcional, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu.** 5. Constrangimento ilegal caracterizado. 6. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar (HC 94114, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-03 PP-01071) – grifei.

[159] EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus, sem fundamentação. Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. Precedentes. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere pedido de liminar. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. **Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. Interpretação do art. 366, caput, do CPP. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.** 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado também na necessidade de identificação dos co-réus e de prevenção de reincidência. Inadmissibilidade. **Razões que, não autorizando a prisão cautelar, guardam contornos de antecipação de pena.** Precedentes. Interpretação do art. 366, caput, do CPP. HC concedido, com extensão da ordem aos co-réus. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de identificação dos co-réus e de prevenção de reincidência. (HC 87468, Relator(a): CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2006, DJ 15-09-2006 PP-00045 EMENT VOL-02247-01 PP-00091) – grifei.

> finalidades teóricas da pena — prevenção geral — e que não pode, sem ofensa à Constituição, a qual hospeda garantia dita presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), ser transportada para legitimação da prisão preventiva, cuja natureza jurídica e escopo são diversos. Parece haver, no caso, espécie de hipervalorização da prisão, enquanto instituto capaz de restituir a paz pública. Novamente, é preciso registrar que a prisão processual, embora um mal em si, não pode ser encarada como pena, com finalidades de prevenção, nem tampouco com ares de vingança, em sistema jurídico onde vigora a presunção de inocência. (...)
> Assim, se põe em perigo o esquema constitucional do Estado de Direito, dando lugar a uma quebra indefensável do que deve ser um processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito, pois vulnera o princípio constitucional da presunção de inocência e da liberdade de todo cidadão e a própria essência do instituto da prisão preventiva.

Não é diferente o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para ilustrar, trazemos o voto lavrado pelo Min. Nefi Cordeiro quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 509.030/RJ[160]. Conforme vejamos:

---

[160] HABEAS CORPUS. PEDIDO LIMINAR. OPERAÇÃO "DESCONTAMINAÇÃO". INVESTIGAÇÃO SOBRE SUPOSTOS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA, PECULATO, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INVESTIGAÇÕES ATINENTES ÀS OBRAS DA USINA NUCLEAR DE ANGRA 3. DESDOBRAMENTOS DAS OPERAÇÕES RADIOATIVIDADE, PRIPRYAT E IRMANDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DA CONDUTA E REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE. LIMINAR DEFERIDA, EM MENOR EXTENSÃO. 1. Considerando-se que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, bem como que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI, e art. 93, inciso IX, respectivamente), há de se exigir que o decreto de prisão preventiva venha sempre concretamente motivado, não fundado em meras conjecturas. No caso, a segregação provisória está justificada na necessidade de garantia da ordem pública, evidenciada pela gravidade concreta da conduta. 2. Todavia, a custódia cautelar é providência extrema que, como tal, somente deve ser ordenada em caráter excepcional, conforme disciplina expressamente o art. 282, § 6º, do Diploma Processual Penal, segundo o qual "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". Assim, na espécie, mesmo levando em conta a gravidade da conduta atribuída ao investigado, as particularidades do caso, notadamente a ausência de contemporaneidade entre os fatos e o decreto constritivo, demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 3. Com efeito, levando-se em conta o fato de (a) ser a prisão a ultima ratio, (b) não ter sido o delito praticado mediante violência ou grave ameaça, (c) remontarem os acontecimentos que ensejaram a custódia cautelar aos anos de 2011 a 2015, (d) além das condições pessoais do investigado e (e) da íntima relação dos crimes supostamente praticados com o exercício do cargo, a imposição das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal revela-se suficiente, adequada e proporcional. 4. Liminar deferida parcialmente a fim de substituir a custódia preventiva pelas seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) proibição de manter contato com outros investigados sobre os

> A prisão definitiva se dá pela admissão da culpa penal. Antes, a prisão é excepcional no sistema acusatório buscado pela Constituição Brasileira e marcado em Estados democráticos. Não se prende durante o processo porque aparente a culpa, prende-se provisoriamente por riscos ao processo ou à sociedade, taxativamente elencados em lei. Sequer admitiu nossa Suprema Corte constitucionalidade a leis que buscaram determinar como obrigatória a prisão durante o processo – caso da lei de drogas, de crimes hediondos, de porte de armas... Assim, na prisão provisória é preciso compreender a função cautelar de garantia processual (e não de antecipação de pena, da culpa...) a riscos legais atuais.

Ainda, o entendimento de que ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar (HC 22.626/SP; HC 155.665/TO, ambos de relatoria da Min. Laurita Vaz).

Ademais, ressalta-se que a privação cautelar da liberdade individual se reveste de caráter excepcional, sendo, dessa forma, inadmissível que a finalidade da custódia preventiva seja deturpada a ponto de configurar antecipação do cumprimento da pena. O princípio constitucional da presunção de inocência se, por um lado, não foi violado diante da previsão no ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (Informativo n.º 445, do Superior Tribunal de Justiça[161]).

Do exposto se extrai que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de ser plenamente possível a existência entre prisão preventiva e

---

fatos em apuração, que possam interferir na produção probatória, ou seja, contato pessoal, telefônico ou por meio eletrônico ou virtual, enquanto durar a instrução, salvo aqueles que mantêm relação de afinidade ou parentesco entre si (inciso III); b) proibição de mudança de endereço e de ausentar-se do País sem autorização judicial (inciso IV); c) entrega do passaporte; d) bloqueio dos bens, até o limite de sua responsabilidade, a ser apurada individualmente pelo Juízo de origem competente; e) compromisso de comparecimento em juízo, para todos os atos designados pela autoridade competente; f) proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações com as pessoas jurídicas citadas na denúncia, e de ocupar cargos ou funções públicas, ou quaisquer cargos de direção em órgãos partidários. Extensão dos efeitos ao investigado João Baptista Lima Filho (Coronel Lima) - (HC 509.030/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 30/05/2019).

[161] Informativo 445 do Superior Tribunal de Justiça – STJ - disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270445%27. Acessado em: 02.06.2020.

presunção de inocência, ainda que divididos pela tênue linha. No mais, ressaltam que tem de ser cioso o decreto que imputa ao inocente a medida cautelar que substancialmente detém semelhanças com a prisão em decorrência de pena aplicada, sempre considerando os requisitos legais autorizadores, a fim de usar a medida cautelar pessoal nos casos em que verdadeiramente se impõe, pois, do contrário, acabará se usando aquilo que se limita em ser um *instrumento*[162] processual para punir de forma antecipada pessoa que goza do estado de inocência.

[162] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Págs. 466/468.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho ora construído teve como escopo o estudo acerca da falta de prazo legal para prisão preventiva, a relação para com a razoável duração do processo e a análise da possibilidade de, ante a esses dois fatores, restar a medida cautelar pessoal caracteriza como antecipação de pena, o que iria de encontro ao princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

Tal estudo se deu com o fito de examinar, ainda que não tão afundo e sem esgotar o tema que gera debates, a utilização banalizada da prisão preventiva, bem como a falta de prazo legal para tal medida, motivos que podem ter levado o Brasil a estar entre os cinco países com a maior população carcerária do mundo, possuindo cerca de 773.152 pessoas privadas do seu direito de liberdade, sendo destas cerca de 33% sem sentença penal condenatória contra si, isto é, pessoas que estão presas preventivamente na espera de julgamento[163].

Como abordado, a prisão preventiva é medida cautelar pessoal de natureza processual penal que visa assegurar um normal desenvolvimento da persecução penal, corroborando para uma eficaz aplicação do poder de punir do Estado e, assim, assegurar o resultado útil do processo. São medidas que se destinam inteiramente à tutela do Processo Penal, assegurando o resultado do processo quando este corre riscos com a liberdade do imputado, este que deve ser tido como inocente até sentença penal transitada em julgado.

Essa medida processual somente pode ser imposta quando presentes os elementos ensejadores, do contrário, não há de se falar em adoção daquela; são os elementos: *fumus commissi delicti* (quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado) e *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para

[163] Informações acessadas através do link: https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019. Acesso em: 08.04.2020.

assegurar a aplicação da lei penal), os quais se fazem presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, a decretação da prisão preventiva, por ser em desfavor de alguém que goza do *status* de inocente, pode vir a causar lesão na própria vida do imputado, não havendo uma forma de repará-lo com algo de natureza semelhante, posto que o tempo de vida livre retirado jamais poderá ser devolvido. Daí que surge o máximo cuidado ao se prender preventivamente uma pessoa que é suspeita de determinada prática delitiva, mormente por não haver *tutela antecipada* no processo penal, e dever ser aquela tratada pelo Estado como inocente, até sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Por sua vez, ainda que o Brasil já fosse signatário de tratados internacionais que determinavam a tramitação de processos judiciais em razoável prazo (promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, em 1992), o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal expressou, no âmbito do direito interno, a garantia da razoável duração do processo, a qual deve a todos ser assegurada (por meio da Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004). Todavia, a crescente demanda pelo judiciário conduz à difícil tarefa de harmonizar segurança jurídica e celeridade processual, o que resulta em um descumprimento da referida garantia de força constitucional.

Além do mais, como delineado alhures, não há no sistema processual brasileiro um prazo específico e determinado que melhor ilustre a duração razoável do processo, tanto na seara cível quanto na seara penal, o que torna ainda mais complexo se chegar em um conceito de prazo razoável para tramitação do processo.

Frente à essa incerteza acerca do razoável tempo do processo, em âmbito penal, tem-se ainda a ausência de prazo para prisão preventiva. A duração da prisão cautelar se dá em função da garantia constitucional da razoável duração do processo, bem como impor uma limitação temporal máxima à prisão preventiva tem por fundamento demonstrar sua

excepcionalidade em virtude do princípio da presunção de inocência. Igualmente, conforme destaca Odone Sanguiné, a indeterminação acerca da razoabilidade conduz ao risco de esvaziar a própria garantia à razoável duração do processo e, consequentemente, legitimar privações de liberdade excessivas, eis que não se tendo um prazo certo e determinado para duração do processo e muito menos para prisão preventiva, aquele tido como inocente pode permanecer preso por longo período, quiçá até por tempo aproximado ao da pena cominada ao crime que sequer foi objeto de julgamento.

Outrossim, por serem utilizados vetores como complexidade dos fatos, atitude das partes e do próprio Estado durante o processo, tudo sob a égide do princípio da razoabilidade, é que se denota tamanha a subjetividade de se constatar quando um processo viola a garantia constitucional da razoável duração ou não. Mas então se questiona: a complexidade dos fatos poderia ser objeto de argumento para manter presa pessoa que é inocente até prova em contrário? Derramar sobre os ombros do imputado a complexidade dos fatos a serem analisados pelo poder estatal seria motivo para determinar a prisão preventiva que é atemporal?

Nesse sentido, vimos que Aury Lopes enxerga a prisão preventiva inserida na dinâmica da urgência, desempenhando, dessa forma, um efeito sedante na opinião pública pela ilusão de justiça instantânea, pois muitas das vezes o Processo Penal não é seguido de acordo com a garantia da razoável duração, logo, faria com que se tivesse uma reprimenda imposta em considerável lapso temporal em relação a data do crime, o que enseja sensação de impunidade. Para tanto, como assevera o doutrinador, a fim de evitar tal sensação, prende-se preventivamente com o único objetivo de apresentar uma resposta imediata.

Não é à toa que também coaduna dessa ideia (de punir por meio da prisão preventiva) Luigi Ferrajoli, para o qual a prisão preventiva é sim uma espécie de punição, tratando-a como “sanção primária do delito”, por meio da qual primeiro se castiga e depois se processa, dando à medida cautelar, dessa

forma, caráter de prevenção geral, especial e de retribuição, portanto, espécie de pena antecipada.

No mesmo panorama Odone Sanguiné, quem aduz que a prisão preventiva, por dever ser cumprida nos mesmos estabelecimentos destinados à execução de pena, portanto não haver diferença substancial entre segregação cautelar e a prisão para a execução de pena, deve ser qualificada como “pena”.

Outrossim, muito embora tenha buscado o legislador fazer prevalecer o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) por meio da novel Lei n.º 13.964/2019, instituindo o artigo 316 no Código de Processo Penal, o qual, em seu parágrafo único, reza que: *decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal*; a falta de prazo na medida de cunho estritamente cautelar processual ainda faz com que seja utilizada como pena antecipada.

Através do presente estudo podemos observar que essa indevida falta de prazo na prisão preventiva faz com que autoridades judiciárias decretem prisão preventiva como forma de demonstrar uma “rápida justiça”, servindo praticamente como uma resposta instantânea à sociedade frente à prática delitiva. No entanto, caso estipulado fosse o prazo de duração para prisão preventiva, além de respeitar seu caráter excepcional e também a presunção de inocência, ensejaria uma maior atenção ao cumprimento da garantia constitucional da razoável duração, pois seria delimitado prazo para o Estado se desincumbir do dever de trazer aos autos do processo provas da culpabilidade do imputado (artigo 156 do Código de Processo Penal[164]) ou, do contrário, seria o réu imediatamente posto em liberdade.

Dessa feita, ciente de que o tema ainda necessita de muito debate e reflexão, procurou o presente estudo contribuir com a efetiva aplicação da medida cautelar pessoal durante o Processo Penal, ressaltando a importância

[164] A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.

da observância dos requisitos e fundamentos impostos pela legislação penal, a fim de que se tenha, de fato, uma medida cautelar que tutele o processo, e não uma antecipação de pena, transparecendo a falsa ideia de que punir alguém deve ser algo de imediato[165], no conceito de tempo da sociedade atual. Repise-se: medida cautelar processual não serve para sanar sensação de impunidade social, mas proteger o bom andamento da marcha processual.

[165] Complementa-se: a punição deve ser no prazo razoável, não muito lenta nem célere demais. Dentro de um prazo moderado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006;

AMARAL, Augusto Jobim. **Violência e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, DF: 2010;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. Vol. 1. 25. ed. rev. atualizada - São Paulo: Saraiva, 2019;

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018;

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2015;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (CF/1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 1. Ed. Tiragem. Leme/SP: CL EDIJUR, 2017;

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistematico dei Provedimenti Cautelari**. Pádova: CEDAM, 1936;

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002;

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2009;

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

FAVERO CARRA, Ana Cristina. **O prazo razoável no processo penal**. 2018. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2018;

FERNANDES, Antonio Scarance. **Controle da prisão processual e a Resolução 66 do CNJ**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-mar-05/controle-prisao-processual-resolucao-66-cnj. Acessado em 29.05.2020;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: **teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2009;

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss de língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009;

LOPES Jr., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017;

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019;

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2020.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução: Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003;

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. **A garantia fundamental à razoável duração do processo e a celeridade de tramitação na constituição brasileira: a construção de parâmetros**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c5c53759e4dd1bfe. Acessado em: 23.05.2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 20. Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 24.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da prisão provisória**. In: FERNANDES, Og (coord.). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

PECES-BARBA, Gregorio Martínez. **Curso de derechos fundamentales**: **teoría general**. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999;

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Direito Constitucional em perguntas e respostas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006;

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e atribuições do juiz** (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual). São Paulo: Saraiva, 2014;

Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf. Pág 87. Acessado em: 14.05.2020;

SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. Ed. – Salvador: Juspodivm, 2018;

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Porto Alegre: Revista de estudos criminais;

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **A influência das garantias constitucionais processuais na elaboração e concretização dos atos estatais**, in: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel (coords.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Jus Podivm, 2011;

SENECA, Lucius Annaues. **Tratado sobre a Clemência**. Terceira Parte. Trad. Ingeborg Braen. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018;

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Introdução ao livro de VITALE**, Gustavo L. **Encarcelamento de presuntos inocentes**. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007;