

O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos

Tiago Oliveira de Castilhos*
Felipe Lazzari da Silveira**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo problematizar algumas questões relacionadas à ausência de previsão de prazo de duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, buscando, sobretudo, identificar a relação entre esse vazio legal e a ocorrência de violações de direitos e garantias fundamentais no curso do processo penal. A aplicação da prisão preventiva será analisada pelo viés da sua (in)aplicabilidade constitucional direcionando o debate à afetação ou não dos direitos fundamentais. Também será foco da crítica, a ausência de prazo desse instituto tão bem usado e propagado na jurisprudência, inclusive sendo aplicada como medida *prima facie* no processo penal. Ainda, se não há prazo, pode-se falar em excesso dele, ou seja, a análise será levantada no sentido de questionar a ausência como impedimento para a aplicação do entendimento de um excesso de prazo em tal medida. Ao final verterá, após a apresentação de todo o trabalho, a reflexão sobre o tema vertendo o entendimento de que é necessário que se estipule prazo para a aplicação da prisão preventiva e sanção para seu descumprimento.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Prazo razoável. Direitos fundamentais. Ausência de prazo.

Introdução

O artigo tratará sobre a aplicação da prisão preventiva na prática forense e acadêmica sem respeito a um tempo máximo de sua duração. A abordagem não tem pretensão alguma de esgotar o tema, mas, sim, de suscitar discussão sobre

Recebido em: 06/03/2016 | Aprovado em: 19/05/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.5145>

* Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: tiago-castilhos@gmail.com

** Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal pela Universidad Castilla-La Mancha. Espanha. E-mail: felipe_lsilveira@hotmail.com

ele, direcionando a crítica para a ausência de prazo de duração do instituto e da pouca densidade que tem ele recebido tanto dos acadêmicos como dos profissionais que atuam no dia a dia forense. Para contribuir com o trabalho crítico será recitado em capítulo oportuno a música do Cazuza e Arnaldo Brandão, intitulada *O tempo não para*, pois ficará visível que as práticas recrudescedoras não correspondem ao atual contexto de valorização dos direitos e garantias fundamentais.

Recentemente o ministro do Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio, em entrevista ao ConJur afirmou que “[...] a prisão passou a ser regra e a liberdade exceção [...]”.¹¹ Logo, as práticas judiciais levam-nos a crer que primeiro o Estado brasileiro tem o objetivo de cercear a liberdade para depois verificar o que de fato ocorreu.

A prisão preventiva passa a ser a regra na prática de determinação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Da forma como está sendo aplicado tal instituto, demonstra-se que, primeiramente, cerceia-se a liberdade do acusado para depois processá-lo e então condená-lo ou absolvê-lo, ficar preso preventivamente faz parte do “jogo”.

Não seria necessário relembrar o que todo estudante do curso de bacharelado em direito sabe desde que tem contato a primeira vez com a matéria sobre prisões: que o direito penal é a *ultima ratio* a ser aplicada em um Estado constitucional de direito,² pois a medida de coerção da liberdade, enquanto processo, só deveria ocorrer em casos extremos, ou no que a doutrina denomina de *ultima ratio*.

A forma como se administra o aprisionamento antes da sentença definitiva no Brasil leva-nos a crer que há afronta aos direitos fundamentais, aspecto que será trabalhado na primeira seção. Já no segundo item, tratar-se-á da realidade, que não há estipulação de um prazo razoável para a prisão preventiva assim como não há no processo prazo razoável, o que por si só já é a demonstração de afronta aos direitos fundamentais. O terceiro capítulo alcança o desenvolvimento do texto e do estudo proposto a fim de demonstrar que vivemos um estado de exceção, por quanto que em todos os estados da federação a prisão preventiva atinge mais de 30% de todos os presos no sistema prisional. Esses

¹¹ VASCONCELLOS, Marcos de Vasconcellos. *No Brasil, exceção virou regra*: prende-se para depois apurar, diz Marco Aurélio. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio> >. Acesso em: 26 abr. 2015.

² GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: pacto de San Jose da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84.

índices indicam pessoas que não recebem o mesmo direito que o preso definitivo tem, pois, nesses casos, não há sentença condenatória transitada em julgado, logo, não se pode falar em saídas temporárias tampouco em progressão de regime e indulto natalino. Como antes dito: é a pena aplicada sem ter pena definitiva.³

Não sejamos “moros”,⁴ façamos a diferença no trato da prisão preventiva, permitindo que seja aplicada quando tiver sido preenchido o requisito de possibilidade concreta do cometimento de delito e, por conta disso, haverá a necessidade, portanto, de fazer a coerção da liberdade, antes mesmo da sentença penal condenatória, o que só se pode aceitar apenas como hipóteses mais extrema, posto que se quer tem processo democrático, e não autoritário.

Breves considerações sobre a prisão preventiva e sua (in)compatibilidade com os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos supraestatais que dizem respeito universalmente a todos os indivíduos, direitos indisponíveis e alienáveis, que, no âmbito interno dos estados, são assegurados pelas constituições, impondo limites e restrições não apenas em relação às leis ordinárias, mas também ao poder público.⁵

Mais do que isso, nas palavras de Ferrajoli:

[...] los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativa de todos, forman el fundamento y el parametro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión «substancial» de la democracia, previa a la dimensión política o «formal» de ésta, fundada em cambio sobre los poderes de la mayoría.⁶

No presente item, tem-se o objetivo de identificar alguns aspectos relacionados à (in)compatibilidade da prisão preventiva, na condição de medida cautelar, com os direitos fundamentais. No processo penal brasileiro, a aplicação de medidas cautelares pessoais sempre foi polarizada, sendo manejada em duas vias extremas, tendo em vista que o imputado aguardava o seu julgamento em plena liberdade ou preso, uma vez que não havia medidas cautelares interme-

³ CASTILHOS, Tiago Oliveira de. *Prisão cautelar e prazo razoável*. São Paulo: Juruá, 2013.

⁴ Juiz Sérgio Moro, responsável pela persecução do processo penal que se intitulou Operação Lava-Jato. Publicamente, assumiu que no processo penal o que importa são os fins, e não os meios.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2010. p. 42.

diárias. Para modificar esse panorama, sobretudo para resolver o problema do uso indiscriminado da prisão preventiva, nosso sistema de medidas cautelares sofreu uma alteração que, em tese, poderia colocar a prisão preventiva realmente como a *ultima ratio* do sistema, já que a Lei nº 12.403/2011 disponibilizou aos magistrados inúmeras medidas cautelares alternativas à prisão, todas menos prejudiciais do que a segregação cautelar.⁷

A medida foi de grande importância, sobretudo, se for considerado o alerta feito por Gomes, quando sustentou que na medida em que os indivíduos custodiados pelo Estado encontram-se confinados em prisões superlotadas, insalubres e expostos a níveis altíssimos de violência, é possível afirmar que não existe preso no Brasil que não esteja segregado de forma inconstitucional e, portanto, ilegal.⁸ Sob esse prisma, considerando-se que o caos no sistema penal brasileiro é evidente, mais do que nunca os direitos e garantias fundamentais devem ser protegidos, o que deverá acontecer por meio da utilização da prisão preventiva como medida excepcional, e não como regra.

Contudo, a realidade brasileira é diferente, uma vez que a prisão preventiva parece ser a regra e não a exceção. Os dados referentes ao Brasil, publicados em 2012 pela Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comparados aos publicados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014, revelam que o número de prisões, incluindo as cautelares, manteve-se elevado. Em 2012, o número total de indivíduos presos no país era de 549.577, sendo que, desse total, 191.024 (37,6%) eram presos provisórios.⁹ Em 2014, o índice relacionado aos presos provisórios subiu para 41%, se forem considerados os indivíduos que estão em prisão domiciliar, esse índice cai para 32%,¹⁰ o que indica que não houve uma modificação significativa no panorama da prisão cautelar após a alteração do Código de Processo Penal (CPP).

Em tese, com a vigência da Lei 12.403/2011, o problema envolvendo a prisão preventiva deveria ter sido amenizado, já que, diante do disposto nos artigos 282 e 312, a medida passou efetivamente a ter caráter instrumental, deven-

⁷ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403*, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁸ GOMES; MARQUES, 2012.

⁹ COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington, DC: OAS, 2013. p. 21.

¹⁰ Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, caso sejam incluídas no cálculo as pessoas em prisão domiciliar, o número total de presos no Brasil sobre para 715.592, mas os índices de recolhimento provisório caíam para 32%. Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

do ser utilizada apenas para assegurar a instrução do processo e a eficácia da justiça criminal nos casos em que a necessidade se mostrasse presente, sempre atentando para os direitos fundamentais, pois o processo penal deve proteger o indivíduo dos abusos que possam ser cometidos pelo Estado.¹¹

A cautela indispensável na aplicação da preventiva, que se materializa na observância dos pressupostos, requisitos e princípios, está diretamente vinculada a essa perspectiva de proteção dos direitos fundamentais dos imputados. É o que se depreende do texto da Nova Lei de Medidas Cautelares, uma vez que ela exige que inúmeros fatores sejam analisados antes da decretação da prisão preventiva que, como sabemos, é uma medida extremamente gravosa ao imputado.

Desse modo, como asseverou Giacomolli, a decretação da prisão preventiva deve respeitar alguns pressupostos que, antes da análise do objeto, funcionam como condicionantes preliminares. De acordo com o autor, esses pressupostos seriam: a) prática de crime doloso; b) que o delito cometido seja punido com pena de prisão superior a quatro anos; c) ausência de cominação de multa; d) afastamento da liberdade provisória; e) insuficiência de outras medidas cautelares menos gravosas.¹²

Superados os pressupostos condicionantes, para estar devidamente fundamentado, além do princípio da presunção de inocência, o decreto de prisão preventiva deve atentar para a presença do *fumus commissi delicti* (materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria) e do *periculum libertatis* (perigo que a liberdade do autor do fato representa ao processo e à aplicação da lei pena), bem como aos princípios norteadores das medidas cautelares. Como principais, o autor destacou os princípios da *jurisdicionalidade*, que determina que a prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz natural competente; da *provisionalidade*, que indica que a prisão preventiva é situacional, na medida em que tutela uma situação fática que, ao desaparecer, deve ensejar a libertação do imputado; da *provisoriedade*, que estabelece que a prisão deve ser temporária e de curta duração; da *excepcionalidade*, que demonstra que a prisão preventiva é a *ultima ratio* do sistema; assim como o da *proporcionalidade*, que institui a comparação entre a gravidade da constrição com a finalidade pretendida.¹³

¹¹ GOMES; MARQUES, 2012, p. 31.

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 67-68.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II.

Pelo disposto no § 6º do artigo 282 é possível afirmar que após a alteração do CPP, a prisão preventiva, mais do que nunca, tornou-se uma medida excepcional, na medida em que só poderá ser decretada quando nenhuma das demais medidas elencadas no artigo 319 for suficiente para resguardar o interesse processual.¹⁴ Mesmo assim, a prisão preventiva segue sendo utilizada em larga escala, ensejando graves violações de direitos, um panorama que nos remete aos regimes autoritários do início do século XX, mais voltados para a defesa social do que para as liberdades públicas, tendo em vista que, no contexto atual, o sistema de justiça criminal parece minimizar a proteção do indivíduo em nome de maior eficiência do sistema punitivo.

Evidentemente, em um regime democrático, os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos devem prevalecer sobre os demais interesses, devendo a liberdade ser uma regra.¹⁵ Entretanto, no caso do Brasil, cujo regime democrático é assegurado pela própria Constituição,¹⁶ o que se vê na prática são medidas apoiadas no falso discurso de que uma intervenção mais severa do Estado produz maior controle da criminalidade, o que pode ser constatado no fenômeno da banalização da prisão preventiva materializado nos elevados índices de encarceramento provisório.

Em um regime democrático, a banalização da prisão preventiva é um problema grave, que mostra uma realidade na qual os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma hipotética defesa social, o que nos remete à leitura do processo criminal típicos dos regimes autoritários. Aqui, é importante lembrar Cordero, que definiu a lei processual penal e o modo de aplicá-la como um dos fenômenos mais importantes no contexto democrático, tendo em vista que demonstram o grau de civilidade de um povo e as vantagens de se viver em um estado democrático de direito.¹⁷

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁶ “[...] A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015. artigo 1º.

¹⁷ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2012.

Na relação direito e liberdade, muitas vezes, o processo penal demonstra posições antagônicas, uma vez que nesse campo os direitos fundamentais do acusado acabam sempre se contrapondo às exigências de segurança da comunidade, um verdadeiro embate, visto por alguns doutrinadores como um processo dialético, em tese, norteado pelo consenso de que as leis penais devem dar respostas equilibradas aos interesses públicos e do acusado, que não pode ser prejudicado em seus direitos invioláveis.¹⁸

Nesse ponto, a alteração ensejada pela Lei 12.403 foi de suma importância, tendo em vista que restringiu o poder estatal que, sob a égide do regime anterior, era bem mais incisivo, uma vez que ainda vigoravam entendimentos baseados quase que exclusivamente no Código de Processo Penal de 1941, um diploma naturalmente autoritário, já que fora elaborado durante o regime totalitário imposto pela Carta de 1937, no período do Estado Novo, sob influência do fascismo italiano.¹⁹

Quando a privação de liberdade cautelar tornar-se a regra, situando o interesse difuso pela segurança geral acima dos direitos e garantias individuais, o regime democrático resta comprometido, uma vez que a democracia será reduzida à mera aparência, conforme se pode verificar nos inaceitáveis casos envolvendo graves violações de direitos em alguns países tidos como democráticos. Nesse caso, a prisão cautelar não se opõe ao estado de direito, contudo, será compatível antes da condenação somente quando for realmente necessária e estiver de acordo com os requisitos estabelecidos, devendo também ser uma medida proporcional.²⁰

As medidas cautelares, dentre elas, a prisão preventiva, têm como função essencial apenas acautelar a sentença e, quando utilizadas, deverão sempre estar vinculadas à idéia de proteção ao imputado com o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais. O caráter instrumental das cautelares possui especial importância no processo penal, uma vez que nenhuma delas (nem mesmo a prisão preventiva) possui um fim em si mesmo, na medida em que, em sentido amplo, têm como função precípua garantir a sentença e sua execução no final do processo. A prisão cautelar é a última solução e cumpre fins estritamente processuais, ou seja, deve ser utilizada apenas para garantir que o im-

¹⁸ CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2011.

¹⁹ CÂMARA, 2011.

²⁰ MELLADO, José M. Asencio. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

putado não destrua provas ou se evada da aplicação da sentença, devendo ser substituída sempre que outras medidas menos severas mostrem-se suficientes para assegurar os interesses processuais.²¹

Dentro do aspecto que interessa ao presente artigo, um dos direitos fundamentais mais importantes a ser observado é o direito de ser julgado em prazo razoável. Ora, se o ordenamento indica que o processo deve tramitar de forma célere, logicamente, a prisão preventiva, como medida em que visa a apenas assegurar interesses processuais, deve ter uma duração mais efêmera ainda, sobretudo se considerarmos seu caráter provisional. O direito ao julgamento em prazo razoável figura-se como direito do imputado à pronta finalização do processo pelo juiz competente, sendo inadmissível a delonga no processo de conhecimento, ou seja, na conclusão do *persecutio criminis*, pois, conforme alertou Tucci, a prolongação do processo por tempo demasiado pode provocar graves prejuízos aos acusados, que poderão sofrer danos psicológicos, sociais, processuais e até mesmo de natureza pecuniária. É por isso, diante das consequências nefastas que a demora processual pode causar aos imputados, que o direito ao julgamento em prazo razoável encontra-se abarcado na concepção de devido processo legal, como garantia constitucional, sendo considerado um direito fundamental.²²

Diante disso, Tucci sugere a elaboração de normas que acelerem os procedimentos e prazos, para que o processo se desenrole sem precipitação e em um prazo razoável, o que exigiria, inclusive, o estabelecimento de sanções rígidas aos agentes estatais de perseguição e execução penal bem como do Poder Judiciário, no caso de descumprimento dos prazos processuais determinados, sem esquecer-se da efetivação do direito à indenização referente aos danos causados pela segregação ilegal.²³

Pelo exposto, é possível concluir no sentido de que a prisão preventiva poderá ser compatível com os direitos fundamentais do imputado somente quando decretada adequadamente, ou seja, em casos de extrema necessidade (devendo estar presentes os pressupostos e requisitos) e respeitar o princípio da provisionalidade, ou seja, tiver duração efêmera e situacional.

²¹ MELLADO, 2008.

²² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

²³ MELLADO, 2008.

A ausência de previsão de prazo de duração da prisão preventiva

A discussão a respeito da razoável duração do processo em nível mundial teve início após a Segunda Grande Guerra, com o advento da Declaração Universal dos direitos do Homem (1948), momento em que a comunidade internacional encontrava-se aterrorizada com os horrores ocasionado pelos Estados totalitários. O texto da declaração não estabeleceu matematicamente um prazo de duração do processo penal ou da segregação cautelar, mas inaugurou um novo panorama, no qual os direitos fundamentais dos indivíduos devem preponderar sobre os interesses do Estado, orientação que passou a servir de norte em termos de tratamento processual para todas as nações.²⁴

A primeira vez que a preocupação com o prazo razoável do processo consagrou-se em um diploma internacional foi na Convenção de Roma, em 1950, que criou uma regra geral que deveria ser aplicada pelos estados integrantes das Nações Unidas. Em 1966, foi a vez de o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos apontar preocupação com a duração do processo, estabelecendo que o indivíduo deveria receber resposta jurisdicional do Estado em um prazo digno, que esse prazo não se prolongasse por tempo indeterminado, que fosse um prazo que garantisse a integridade física e psicológica do indivíduo que recebe a carga jurisdicional do Estado.²⁵

A Lei nº 12.403/2011 alterou drasticamente o sistema das prisões cautelares. Como principais modificações, pode-se destacar a perda da autonomia da prisão em flagrante e a adoção de um novo regime em relação à prisão preventiva que, após a vigência da referida lei, teve sua decretação condicionada à observância de inúmeros fatores, sendo colocada definitivamente na posição de última medida cautelar a ser aplicada nos feitos criminais. O texto legal dispõe claramente que a prisão preventiva somente será adotada nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão mostrem-se insuficientes,²⁶ procedimento que deverá ser aplicado também nos casos que envolvam a prática de crimes hediondos.²⁷

Após a reforma, a prisão transforma-se na última medida cautelar à disposição dos magistrados, não apenas sob o argumento anterior, fundamentado na

²⁴ CASTILHOS, 2013.

²⁵ CASTILHOS, 2013.

²⁶ BRASIL, 2011, artigo 310, II.

²⁷ CRUZ, 2011.

leitura constitucional do processo penal a partir do princípio da presunção de inocência, mas devido às próprias regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal, alterado pela Nova Lei de Medidas Cautelares, promulgada em 2011. Conforme o texto do artigo 282, a aplicação das medidas cautelares deverá sempre respeitar as necessidades de cada situação bem como estar direcionada a assegurar a investigação, a instrução processual, a aplicação da lei penal ou evitar a reiteração criminosa. Além disso, determina que as medidas sejam adequadas ao caso concreto, considerando a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do autor do delito.²⁸

Merece destaque também o disposto no § 6º, inciso II, do artigo 319, que preceitua: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Tal regra foi coerentemente seguida pelo artigo 310, inciso II, do CPP²⁹ que, conforme já destacamos, determinou que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ocorra somente quando se revelarem inadequadas e insuficientes as cautelares diversas da prisão descritas no rol apresentado no artigo 319 do mesmo diploma legal.

Evidentemente, a natureza da prisão preventiva não restou alterada após a alteração do CPP, porém, restou consagrada como uma medida de exceção, com aplicação permitida somente em casos extremos, quando não existam outras formas de assegurar o trâmite e a conclusão do processo criminal, em hipótese alguma servindo como antecipação da pena.³⁰ Após as alterações no CPP operadas pela Nova lei de Medidas Cautelares, definitivamente, a prisão preventiva tornou-se a *ultima ratio* do sistema cautelar criminal.

Apesar de ter colocado a prisão preventiva como última medida a ser aplicada em nosso ordenamento, a Lei nº 12.403/2011 não resolveu a polêmica envolvendo o prazo de duração da preventiva, na medida em que não estabeleceu qualquer limite temporal. Contudo, conforme já referido, no que tange às prisões cautelares, o princípio da provisionalidade impõe que a constrição da liberdade seja situacional, uma vez que a medida tem como fim a tutela de uma

²⁸ BRASIL, 2011, artigo 282, I e II.

²⁹ “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; [...]”. BRASIL, 2011, artigo 310, II.

³⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

situação fática, o que indica que, desaparecendo o suporte fático que autorizou a prisão, a soltura do imputado é a medida que se impõe. Nas palavras de Lopes Jr., “O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, também pela indevida apropriação do tempo do acusado”.³¹

No mesmo diapasão, considerando que a prisão preventiva deve ter caráter provisional, Sendra sustenta que:

La prisión provisional es una medida cautelar penal provisional y de duración limitada que puede dictar el Juiz de Instrucción mediante un auto especialmente motivado, por el restringe el derecho a la libertad del la comisión de un delito de especial gravedad y en quien concurra un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al acto del juicio oral, destinada a asegurar dicha comparecencia, así como a conjurar los riesgos de reiteración delictiva, de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba o la posta en peligro de la integridad de la víctima.³²

Em suma, podemos afirmar que o tempo de duração da prisão preventiva deve ser o da duração dos motivos ensejadores da medida, devendo ser observado ainda, em relação ao caso em particular, a proporcionalidade em relação ao *quantum* de pena que poderia ser fixado em caso de condenação.³³ Do artigo 5º, LVIII, da Constituição federal podemos extrair a clara exigência de razoabilidade do tempo de duração da prisão cautelar, que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou tal inciso, a duração da prisão cautelar já podia ser regulada com base no princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição federal brasileira.³⁴

De fato, a garantia da razoável duração do processo, que deve ser aplicada na individualidade de cada ato processual, já integrava o nosso ordenamento jurídico por força da Convenção Americana dos Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, tendo em vista que, por referir-se a direitos humanos, a convenção sempre ocupou patamar superior ao das leis ordinárias. Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45/2004 passou a ser uma garantia explícita.³⁵ Como vimos, a prisão preventiva e as demais cautelares, lamentavelmente, não têm seus prazos de duração fixados e, desse modo, podem estender-se até a senten-

³¹ LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35-37.

³² SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010. p. 349.

³³ CASTILHOS, 2013.

³⁴ BRASIL, 1988.

³⁵ BRASIL, 1988.

ça de primeiro, quando o juiz decidirá novamente sobre a manutenção ou não da segregação do acusado durante a fase recursal.

Buscando encontrar soluções para o problema do prazo da prisão preventiva, os tribunais relativizam o tempo de prisão, averiguando as alegações quanto ao excesso de prazo, sopesando alguns fatores, como os motivos da morosidade, a complexidade do caso, a existência de cartas precatórias, não se detendo apenas aos rigores da aritmética. Diante da inexistência de prazo, Giacomolli sugere que sejam observados os prazos legalmente fixados para cada ato processual, no caso de réu preso, devendo o constrangimento ilegal ser verificado na sua individualidade bem como na perspectiva de termino do processo em um prazo razoável, obviamente considerando-se as peculiaridades de cada caso.³⁶

Em razão de seus fundamentos e propósitos, é certo que a prisão preventiva deve ter caráter efêmero. Porém, diante do vácuo legal em relação ao prazo, abre-se a possibilidade de que os tribunais decidam sobre o prazo da constrição de diversas formas, por meio de engenhosas construções jurisdicionais. Muitas vezes, o princípio da razoabilidade tem sua interpretação invertida, permitindo o alongamento demasiado do tramite processual e, conseqüentemente, do tempo pelo qual os réus ficam segregados cautelarmente, situação que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.³⁷

É de suma importância referir ainda que a necessidade exigida para a decretação da medida também se encontra vinculada ao princípio da excepcionalidade, reportando-se diretamente ao tempo de duração da medida, uma vez que, para que não se torne regra, a prisão deve ter curta duração, sendo revogada imediatamente após a extinção dos motivos que ampararam sua decretação,³⁸ sob pena de se tornar desproporcional e, logicamente, ilegal.

Infelizmente, no contexto contemporâneo, a prisão preventiva encontra-se inserida na dinâmica da urgência, e é utilizada muitas vezes como medida de segurança pública, uma vez que devido a suas características pode ser utilizada para iludir a opinião pública, transmitindo falsa sensação de justiça. Os apelos carregados pela prisão preventiva, principalmente quando maximizados pela mídia, proporcionam a construção de uma falsa eficiência do aparelho repressor, o que também contribui sobremaneira para que o instrumento concebido para ser excepcional acabe transformando-se em regra.³⁹ Resta claro que

³⁶ GIACOMOLLI, 2013.

³⁷ GIACOMOLLI, 2013.

³⁸ GIACOMOLLI, 2013.

³⁹ CÂMARA, 2011.

nenhuma das medidas cautelares, sobretudo a prisão preventiva, destina-se a “fazer justiça”, já que possuem como função garantir o normal funcionamento do sistema de justiça por meio do respectivo processo de conhecimento. A prisão preventiva é um instrumento a serviço do processo, assim, somente quando estiver assegurando interesses processuais, ou seja, cumprindo fins verdadeiramente cautelares, é que poderá ser considerada constitucional,⁴⁰ devendo também ser observado o seu prazo de duração.

Quando as ideias não correspondem aos fatos: senão há prazo, é possível argumentar o excesso?

Em outro momento foi sugerido, não de forma explícita, um tempo determinado para a prisão preventiva, um tempo máximo para que o juízo analise a necessidade da manutenção da referida prisão processual.⁴¹

Não há prazo para o fim de de uma prisão preventiva, tampouco há prazo para a duração de um processo, em que pese ser tal direito presente no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição.⁴² Decorre dessa lacuna a necessidade de criação de um tempo máximo para a prisão cautelar, reconhecendo-a como direito fundamental. .

A forma como é contextualizada a questão do excesso de prazo de prisão preventiva em um cenário democrático, em que há inúmeras garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, imensuráveis desrespeitos ao ser humano, leva à música de Cazuza e Arnaldo Brandão, intitulada *O tempo não para*, pois parece expressar bem a forma arcaica de pensar as práticas jurídicas. Observando-se um trecho:

[...]
A tua piscina tá cheia de ratos
Tuas ideias não correspondem aos fatos
O tempo não para
Eu vejo o futuro repetir o passado
Eu vejo um museu de grandes novidades
O tempo não para
Não para, não, não para
[...].⁴³

⁴⁰ GIACOMOLLI, 2013.

⁴¹ CASTILHOS, 2013, p. 72. Verifica-se também se há o “fundamento” da prisão processual, a prova de que o crime existiu ou a presença de elementos que possam indicar a autoria, o que a doutrina crítica intitulou como cabível.

⁴² BRASIL, 1988.

⁴³ CAZUZA; BRANDÃO, Arnaldo. *O tempo não para*. In: Ideologia. Rio de Janeiro: PolyGram; Universal Music, 1988. 1 CD?.

Assim, como no trecho transcrito, vivem-se as práticas jurídicas em dissonância com o que emana o estado constitucional de direito,⁴⁴ posto que “nossas ideias não correspondem aos fatos”, as nossas práticas forenses não correspondem às ideias protetoras da dignidade humana, da presunção da inocência, da razoável duração do processo, da não incriminação. De fato, “vemos o futuro repetir o passado”, quando vemos ainda hoje ser determinada a prisão preventiva para casos em que não se expressava nenhuma necessidade de aplicação da reprimenda cautelar. Como bem delatado pelo ministro Marco Aurélio, da Suprema Corte Brasileira, em entrevista, há uma cultura no Brasil de primeiro encarcerar para depois apurar-se os fatos.

Inovações vieram com a Lei nº 12.403/2011, ou seja, “medidas cautelares”⁴⁵ diversas à prisão. De acordo com a lei, diz-nos o legislador, a prisão é a *ultima ratio* das práticas jurídicas e a prisão preventiva a *ultima ratio da ultima ratio*. Na verdade repete o já sabido: que a liberdade é um dos valores supremos do nosso estado constitucional de direito, e que por conta de ter esse *status*, a preventiva não deve ser aplicada como primeira opção jurídica para a solução do problema da criminalidade ou da necessidade de se dar respostas rápidas para a sociedade.

Como não há prazo de duração para a reprimenda, optou-se por sugerir que fosse analisado pelo juízo, em determinado tempo, se a reprimenda coercitiva, antes da sentença, era necessária, mantinha-se o requisito e o pressuposto para a manutenção da medida.⁴⁶ Outros preferiram trazer à baila opções de se estabelecer prazos para a reprimenda cautelar, no entanto, prazos muito longos, que acompanhem praticamente todo o processo, ou seja, o prazo da duração da prisão preventiva pode durar até o fim do processo.⁴⁷ Parte da doutrina também indica que o Brasil não adotou um prazo para a duração da prisão processual, embora, indique 105 dias, valor determinado no Plano de Gestão para Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal.⁴⁸

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., ampl. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58. Direitos fundamentais como um elemento de limitação do poder do Estado.

⁴⁵ BRASIL, 2011.

⁴⁶ CASTILHOS, 2013.

⁴⁷ GIACOMOLLI, 2013, p. 92. O autor demonstra não haver, em nosso sistema processual, um tempo máximo para a prisão cautelar.

⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014.

Prefere-se manter os moldes da proposta feita em outro momento, posto que lá temos o tempo para a (re)análise pelo juízo sobre a manutenção da medida coercitiva, estipulando-se como prazo para tal fim o de sessenta dias após a prisão preventiva.⁴⁹ Por conta dessa ausência de prazo razoável para a duração da prisão processual, ou pela inexistência de prazo máximo para que o juízo que determinou a medida coercitiva possa (re)fazer a análise da necessidade da manutenção dessa reprimenda drástica, é que se sugere o tempo para a (re) análise.

Considerações finais

Diante do que foi exposto, concluímos que a ausência de previsão de duração da prisão preventiva em nosso ordenamento jurídico representa uma lacuna nefasta, uma vez que permite a relativização do tempo da constrição por meio dos mais diversos tipos de argumentos, muitas vezes possibilitando a ocorrência de graves violações de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que respondem a processos criminais. É preciso salientar também que o problema do vazio legal em relação ao prazo da prisão preventiva, muitas vezes, é acentuado pela mentalidade autoritária ainda presente no meio jurídico brasileiro, conforme pode ser verificado nos inúmeros casos em que a prisão preventiva perdura por demasiado período de tempo.

Assim, além da previsão de um prazo de duração da prisão preventiva, a lei deveria ser alterada também no que diz respeito ao estabelecimento de sanções aos responsáveis pelo descumprimento, pois, do contrário, surgiriam novas relativizações e o prazo continuaria sendo desrespeitado. Não se configuraria nenhum radicalismo defender também que a reforma contemplasse uma espécie de garantia reparatória, ou seja, que diante da impossibilidade de se devolver *in natura* o tempo consumido pela prisão ilegal, fosse imposta justa indenização a quem teve violada a garantia do julgamento sem demora excessiva. Em suma, conclui-se no sentido de que a solução dos problemas ensejados pela ausência de previsão de prazo de duração da prisão preventiva, ou seja, a compatibilização da prisão preventiva com os direitos fundamentais, evidentemente depende de uma nova reforma legal (com estabelecimento de um prazo) e da mudança de mentalidade dos operadores do direito.

⁴⁹ CASTILHOS, 2013.

The duration of preventive prison: an empty the legal in human rights framework

Abstract

This paper aims to discuss some issues related to term forecast of no duration of remand in the Brazilian legal system, seeking above all to identify the relationship between this legal vacuum and the occurrence of fundamental rights and guarantees of violations in the course of criminal proceedings. The pre-trial detention will be reviewed by the bias of their (in) constitutional applicability directing the debate affectation or not fundamental rights. It will also focus the critical lack of time this institute so well used and propagated in jurisprudence, including being applied as a measure *prima facie* in criminal proceedings. Still, if there is no deadline can speak in excess of it, that is, the analysis will be raised in order to question the absence as an impediment to the implementation of the understanding of an excess of time to such an extent. At the end shed, after the presentation of all the work, reflection on the theme pouring the understanding that it is necessary to stipulate deadline for pre-trial detention and sanctions for noncompliance.

Keywords: Provisional detention. Reasonable time. Fundamental rights. Lack of time.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 15 nov. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2011.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. *Prisão cautelar e prazo razoável*. São Paulo: Juruá, 2013.

CAZUZA; BRANDÃO, Arnaldo. O tempo não para. In: *Ideologia*. Rio de Janeiro: PolyGram; Universal Music, 1988. 1 CD?.

COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington, DC: OAS2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr.2015.

VASCONCELLOS, Marcos de. *No Brasil, exceção virou regra: prende-se para depois apurar*, diz Marco Aurélio. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2012.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San Jose da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais comentários ao artigo 282 do CPP na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. VRio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II.

_____. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLADO, José M. Asencio. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., ampl. e atual. 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.