

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

LARISSA DA SILVA SANTOS

**A PRISÃO PREVENTIVA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

TAUBATÉ

2021

LARISSA DA SILVA SANTOS

**A PRISÃO PREVENTIVA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

Trabalho apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Área de concentração: Direito Constitucional, Penal e Processo Penal. Orientadora: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares.

TAUBATÉ

2021

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

S237p Santos, Larissa da Silva
A prisão preventiva em consonância com o princípio da duração razoável do processo / Larissa da Silva Santos . -- 2021.
53f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2021.
Orientação: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Princípio da razoável duração do processo. 2. Prisão preventiva. 3. Pacote anticrime. 4. Superlotação carcerária. 5. Duração.
I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 343.2

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Regina Márcia Cuba – CRB 8ª/7416

LARISSA DA SILVA SANTOS

**A PRISÃO PREVENTIVA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO
RAZOÁVEL DO PROCESSO**

Trabalho apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Constitucional, Penal e Processo Penal.

Orientadora: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr: _____

Assinatura: _____

Dedico esta pesquisa à minha mãe, minha maior e melhor orientadora de vida. Com muita gratidão.

AGRADECIMENTOS

Em memória ao Professor Dr. Nilton Gomes Cardoso, por todos os ensinamentos em matéria Penal.

A Professora Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares, pela habilidade com que orientou o presente trabalho.

A Professora Dra. Reitora da Universidade de Taubaté Nara Lucia Perondi Fortes, por todo apoio durante a graduação.

A Professora Dra. Maria de Fátima Toledo, por todos os ensinamentos durante a graduação.

A Advogada Dra. Alessandra Ribeiro de Almeida Camello, por todos os ensinamentos prático-profissionais durante a graduação.

Ao Juiz de Direito Dr. Pedro Henrique do Nascimento Oliveira, por todos os ensinamentos prático-profissionais durante a graduação.

A Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Amanda Cesar Dall'Oca, por todos os ensinamentos prático-profissionais durante a graduação.

A todos os meus amigos e familiares que estiveram presentes e me apoiaram ao longo dessa trajetória.

“O segredo do sucesso é a constância do propósito.”

Benjamin Disraeli.

RESUMO

O presente trabalho possui natureza jurídica em matéria Constitucional, Penal e Processual Penal. Em primeiro momento, o objetivo se pauta em analisar o princípio Constitucional da duração razoável do processo, instituído no artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna de 1988 e como sua aplicabilidade pode resultar efeitos positivos quando aplicados sob as demais leis infraconstitucionais. Em segundo momento, serão feitas análises quanto aos tipos de prisões instituídas pela legislação brasileira, como são legalmente regulamentadas e quais os efeitos que resultam perante a sociedade. Em terceiro momento, será explorado o instituto da medida cautelar mais utilizada no Brasil: a prisão preventiva, com o objetivo de analisar quais as situações em que esta pode ser imposta ao agente, quais as suas regras, fundamentos e quais os impactos resultam na superlotação carcerária, que apresenta índices cada vez mais elevados no Brasil. Por fim, ante todas as análises acima expostas, serão examinados quais os impactos que a lacuna deixada pelo legislador, com relação ao tempo de duração da prisão preventiva, causou no país e como a aplicabilidade do princípio da duração razoável do processo fora utilizado como parâmetro para a adoção de teorias criadas na tentativa de solucionar o problema, até o advento da Lei nº 13.964 de 2019, popularmente conhecida como pacote anticrime, que estabeleceu critérios mais objetivos ao que concerne ao tempo razoável de aplicação da prisão preventiva, sem que isso importe no cumprimento antecipado de pena ao agente.

Palavras-chaves: Princípio da duração razoável do processo. Prisão Preventiva. Duração. Pacote Anticrime. Superlotação Carcerária.

ABSTRACT

The present work has a legal nature in Constitutional, Criminal and Criminal Procedure matters. At first, the objective is based on analyzing the Constitutional principle of reasonable duration of the process, established in article 5, item LXXVIII of the Constitution of 1988 and how its applicability can result in positive effects when applied under other infra-constitutional laws. Secondly, analyzes will be made regarding the types of prisons instituted by Brazilian law, how they are legally regulated and what effects they have on society. Thirdly, the most used precautionary measure in Brazil will be explored: preventive detention, in order to analyze which situations can be imposed on the agent, what are its rules, foundations and what impacts result in overcrowding prison, which has increasingly high rates in Brazil. Finally, given all the above analyzes, the impacts that the gap left by the legislator, in relation to the duration of preventive detention, caused in the country will be examined and how the applicability of the principle of reasonable duration of the process was used as a parameter for the adoption of theories created in an attempt to solve the problem, until the advent of Law No. 13,964 of 2019, popularly known as the anti-crime package, which established more objective criteria regarding the reasonable time of application of preventive detention, without this matter in the anticipated fulfillment of the sentence to the agent.

Keywords: Principle of reasonable duration of the process. Preventive arrest. Duration. Anti-Crime Package. Prison overcrowding.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 01	
O ADVENTO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	12
I – Da Adoção do Princípio da Duração Razoável do Processo no Brasil	12
II – Dos Efeitos do Princípio da Duração Razoável do Processo	13
III - A Interação da Razoabilidade com a Duração Razoável do Processo	14
IV – A teoria do Não Prazo no Processo Penal	15
CAPÍTULO 02	
AS ESPÉCIES DE PRISÕES REGULAMENTADAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	17
I – Da Prisão	17
II – Do Mandado de Prisão	19
III – Da Prisão Após o Trânsito em Julgado	20
IV – Do Princípio da Presunção da Inocência	21
V – Das Prisões Cautelares.....	22
V.I – Da Prisão em Flagrante.....	23
V.II – Da Prisão Temporária	25
V.III – Da Prisão Preventiva.....	26
CAPÍTULO 03	
A MEDIDA CAUTELAR: PRISÃO PREVENTIVA	26
I – Conceito	27
II – Da Decretação.....	27
II.I – Do Erro Judiciário e Reparação do Dano	31
IV – Duração	32
CAPÍTULO 04	
OS DESDOBRAMENTOS DA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	32
I – A Medida Cautelar e o Princípio Constitucional	32

II – Das Teorias Acerca do Prazo	33
a) Teoria dos 81 Dias	34
b) Teoria dos Critérios de Razoabilidade	36
c) Teoria da Analogia com a Lei nº 9.034 de 1995.	37
III – Das Inovações Trazidas Pelo Pacote Anticrime	38
CAPÍTULO 05	
A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O IMPACTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	40
I – Da Morosidade no Sistema Jurídico Processual Brasileiro.....	40
II – A Superlotação do Sistema Prisional Brasileiro e o Impacto da Prisão Preventiva.....	42
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Por quanto tempo o homem deve ser privado de sua liberdade, ainda que não tenha sido condenado? A prisão preventiva é a típica medida cautelar, que consiste na imposição da privação da liberdade do agente, sem que tenha havido condenação. É regulamentada pela Constituição Federal e pelo atual Código de Processo Penal e tem como justificativa a garantia da ordem pública ou econômica, bem como assegurar a aplicação da lei penal.

A finalidade de tal medida cautelar não é antecipar a pena, mas sim garantir o bom funcionamento do processo durante a instrução penal e, em alguns casos, proteger a sociedade do perigo a que estaria submetida com a permanência do acusado em liberdade. É certo que a sua aplicação deve levar em consideração a margem do subjetivismo, isto é, deve ser aplicada de acordo com a necessidade de cada caso concreto.

Ademais, quanto à sua revogação, a lei penal dispõe que esta pode decorrer pela baixa periculosidade do acusado, por falta de prova suficiente para caracterizar o crime, por ausência de indícios de autoria, pelo fim da instrução penal e, também, pela duração excessiva da privação de liberdade.

Pois bem. O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca da duração da prisão preventiva e até que ponto ela pode ser considerada lícita, sem que haja uma antecipação da pena, ainda que o acusado não tenha sido julgado, levando em consideração o princípio Constitucional da duração razoável do processo.

Para melhor compreensão do tema, o presente trabalho fora dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo visa analisar o surgimento do princípio da duração razoável do processo na Constituição Federal de 1988. Tal preceito encontra regulamentação legislativa no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna, implementado com o advento da Emenda nº 45. Dispõe acerca do cumprimento correto dos prazos estabelecidos pela Lei para a realização de atos processuais, que só devem sofrer alteração ou flexibilização ante as particularidades de cada

caso concreto. O capítulo é destinado a analisar acerca dos efeitos do princípio, bem como a interação deste com o similar princípio Constitucional, conhecido como razoabilidade.

O segundo capítulo visa trabalhar acerca da regulamentação das prisões, pelo âmbito de sua implementação histórica, bem como pela regulamentação legislativa. Além disso, destina-se a mencionar acerca da prisão após o trânsito em julgado e, também, as espécies de prisão cautelar, elencando, dessa forma, a prisão em flagrante, a prisão temporária e suas modalidades de cumprimento e aplicação. Por fim, haverá uma breve introdução acerca da prisão preventiva, além de mencionar acerca do importante princípio da presunção da inocência, no âmbito processual penal.

O terceiro capítulo será especialmente dedicado aos artigos 311 à 316, do Código de Processo Penal, que regulamentam a medida cautelar mais utilizada pela justiça brasileira: a prisão preventiva. O conteúdo será voltado ao conceito, objetivos e finalidades da prisão preventiva.

Além disso, será analisado todo procedimento a ser adotado quando da sua decretação, pontos estes de grande valia para compreender acerca da regularidade de sua imposição. E, em conclusão, uma breve colocação acerca da duração desta medida cautelar, frente à toda a discussão causada diante da lacuna legislativa deixada nesse sentido.

O quarto capítulo é destinado a analisar a duração da prisão preventiva, bem como elucidar acerca da importância do princípio Constitucional da duração razoável do processo, ante a lacuna deixada pelo legislador ao não regulamentar prazo para sua finalização. Além disso, serão analisadas as teorias criadas pela doutrina e jurisprudência, na tentativa de estabelecer critérios para se chegar a um prazo, tido como razoável, para a duração desta medida cautelar. Por fim, serão analisadas os efeitos legais que o advento da Lei nº 13.954, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, trouxera quanto à esta discussão.

Por fim, o quinto capítulo será destinado a comentar acerca da morosidade do Poder Judiciário brasileiro e, ainda, sobre a contribuição da prisão preventiva para a superlotação do sistema carcerário do país.

Com a disposição de todos os capítulos acima elencados, utilizando dos métodos bibliográficos e estatísticos, busca-se demonstrar quais os reflexos que o princípio Constitucional da duração razoável do processo traz sob a duração da prisão preventiva e analisar se as inovações trazidas pelo Pacote Anticrime surtiram efeitos positivos no que tange à duração razoável e manutenção correta de tal medida cautelar, analisando-os pela ótica dos direitos humanos e jurídico processual.

CAPÍTULO 01

O ADVENTO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

I – DA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO BRASIL

Nos dias de hoje, inseridos em uma cultura onde há cada vez mais apreço à velocidade, estipular uma conceituação para o tempo é tarefa árdua, especialmente no que tange o tempo do Direito. De acordo com artigo “*O tempo e o Direito: O tempo como Bem Jurídico*”, publicado por Felipe Bizinoto:

O tempo como bem jurídico constitui, exsurge do fato de que ele constitui base para o desenvolvimento de toda e qualquer relação jurídica, espalhando-se em todos os setores humanos, individual e coletivo, jurídico e extrajurídico. O tempo é a base da vida, que dura certo tempo e é nele que se desenvolvem todas as atividades existenciais humanas.

No Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo Pacto de San José da Costa Rica, desde 1969, dispõe em seu bojo acerca da duração razoável do processo.

Art. 8º. Toda pessoa terá direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Grifo próprio).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, na tentativa de promover avanço nas garantias de acesso à justiça e com o objetivo de ampliar a proteção às garantias fundamentais, adotou em seu texto, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 5º, inciso LXXVIII.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (Grifo próprio).

Com a vinda de tal preceito no ordenamento jurídico brasileiro, todos os processos, tanto judiciais, quanto administrativos, foram resguardados pelo efeitos do princípio da duração razoável do processo.

II – DOS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da duração razoável do processo fora adotado com o objetivo de amenizar os imensos volumes de processos nos tribunais, que traziam como resultado negativo a lenta tramitação dos casos e a dificuldade na satisfação dos interesses submetidos à máquina judiciária, dentro de um tempo tido como adequado.

É certo que independentemente de sua natureza, é essencial que haja celeridade na tramitação processual, de forma que todos os atos necessários para o desenvolvimento daquela lide, ocorram de maneira ágil e eficiente, vez que é direito de todo cidadão que a sua demanda administrativa ou disputa judicial, sejam resolvidas de forma mais eficiente e justa possível.

Isto porque, em muitos casos, o passar do tempo pode tornar ainda mais graves os danos e conflitos contidos em uma relação jurídico processual.

Podemos dizer que todo processo é uma reconstrução histórica de fatos e ponderações acerca de distintas versões, que são levadas às autoridades competentes pelas partes processuais.

Dessa forma, o uso correto do tempo é essencial para que se constate corretamente os fatos, dando às partes a oportunidade de apresentação de provas e recursos, de acordo com o tempo útil e necessário, previsto em lei.

Além disso, formou-se a ideia de que o processo não pode se estender de forma impositiva e indeterminada ao acusado, sem antes mesmo de uma eventual condenação.

O estigma de ser sujeito passivo de um processo, reconhecido, na maioria das vezes como: “processado”; “acusado”; “réu”, já fora suficiente para que o legislador ponderasse acerca da duração razoável do processo.

De acordo com artigo publicado pelo *site* Artigo Quinto, pelos autores Lucas Henrique de Lucia Gaspar e Francine Canto:

O direito a duração razoável do processo é um direito do cidadão e deve ser interpretado e aplicado em seu benefício e não em seu desfavor. Por isso mesmo, não pode o estado prolongar um processo desnecessariamente, assim como também não pode a autoridade estatal – seja ela judicial ou administrativa - violar garantias fundamentais do próprio cidadão, como a do devido processo legal, a pretexto de conferir uma suposta duração razoável do processo. Afinal, trata-se de um direito do cidadão em face do estado, e não o oposto.

Em contrapartida, é inequívoco que tal princípio vise somente a celeridade processual. É certo que, de outro lado, zela para que o processo não seja concluído em período demasiadamente curto, onde, provavelmente, se estaria deixando de cumprir todas as garantias e exigências processuais, tais como a obediência ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

III - A INTERAÇÃO DA RAZOABILIDADE COM A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

No sentido estrito da palavra, tem-se a ideia de que “razoável” é tudo aquilo que se situa dentro dos limites do aceitável. O que ocorre, nas relações jurídico processuais há inúmeras dificuldades de encontrar a razoabilidade, em si, dentro de um contexto fático. De acordo com Braga:

Isso não invalida, entretanto, a noção de controle de razoabilidade de uma medida, pois os valores contidos nas Constituições também são variáveis, de acordo com a comunidade e a época histórica em que são formuladas e

aplicadas, sem que reste caracterizada a impossibilidade de sua concretização. Destarte, para que sejam consideradas razoáveis/aceitáveis, faz-se necessário que haja argumentos jurídicos empíricos a justificar as medidas. (BRAGA, 2008, p. 66).

O princípio da razoabilidade não está contido expressamente na Constituição Federal. Entretanto, pode-se extrair sua essência a partir de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o devido processo legal.

Entretanto, é certo que a razoabilidade está diretamente atrelada com o princípio da duração razoável do processo, vez que ambos possuem importante relevância no ordenamento jurídico brasileiro e têm objetivos similares, quais sejam o de:

Afastar leis e atos normativos irrazoáveis e fornecer elementos de exclusão do momento, do meio de atuação, da dispensa de tratamento igual ou desigual ou da finalidade não compatível com o senso comum. (DI PIETRO, 2002, p.177).

Por fim, o a razoabilidade traz a ideia de que uma norma razoável é uma norma materialmente ou substancialmente aceita, ou seja, envolve critérios como a opção do julgado pelo senso comum, aproximando-se, dessa forma, dos valores da sociedade, bem como implica a análise de uma situação pessoal do sujeito envolvido e, também, do caso concreto em que se apresenta.

IV – A TEORIA DO NÃO PRAZO NO PROCESSO PENAL

Ainda que o princípio que estabeleceu a duração razoável do processo esteja previsto em norma Constitucional, vale dizer que este também tem sua aplicabilidade vinculada às normas Infraconstitucionais.

O presente trabalho visa discutir acerca da razoabilidade dos prazos na esfera penal, logo, imperioso mencionar a – não – aplicabilidade de tal preceito no Código de Processo Penal.

É certo que, na análise do artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna, o legislador não adotou quaisquer critérios objetivos que pudesse dar base para aplicação da duração razoável do processo, tampouco estabeleceu medidas punitivas a serem empregadas na hipótese de lesão a este direito Constitucional.

De acordo com o professor Aury Lopes Jr:

“[...] essa realidade evidencia que o Brasil adota a teoria do não prazo. Ou seja, além do Código de Processo Penal não prever tempo máximo para a razoável duração do processo, inexistente óbice para o descumprimento dos prazos estabelecidos, tendo em vista que o legislador não atribuiu qualquer sanção em razão da inobservância”.

Há lacunas não apenas quanto à previsão da duração máxima do processo penal em si, mas também na inexistência de prazos limitadores no que concerne às medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, a fim de evitar arbitrariedades e a não aplicação do direito constitucional à duração razoável ao processo, a doutrina e jurisprudência trazem em suas idealizações, critérios objetivos a serem adotados na análise processual penal, bem como a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais.

Todavia, tendo em vista a vulnerabilidade acerca da lacuna legal sobre a razoabilidade no tempo processual, se faz necessário a criação de parâmetros e medidas concretas a fim de coibir inúmeras violações.

Nesse sentido, a Lei 13.964, de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, trouxe amplas modificações quanto à duração razoável ao processo penal, principalmente no que concerne à prisão preventiva - assunto este de grande importância para o presente trabalho e que será analisado oportunamente.

Por fim, ainda que as recentes alterações legislativas e os novos projetos de lei tenham como parâmetro trazer avanços importante, no que compete à eficácia do direito à duração razoável do processo, estas são medidas sérias que devem ser discutidas para que se fortaleça cada vez mais o sistema jurídico brasileiro, bem como para fazer jus àquilo previsto Constitucionalmente.

Afinal, “JUSTIÇA TARDIA NÃO É JUSTIÇA”.

CAPÍTULO 02

AS ESPÉCIES DE PRISÕES REGULAMENTADAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

I – DA PRISÃO

De acordo com os dicionários, a palavra prisão traduz o ato de prender; capturar; aprisionar e deter. O Professor Doutrinador Fernando Capez, entende que: *“prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”*.

Nesse sentido, podemos conceituar a prisão como sendo um castigo/punição imposta pelo Estado ao condenado, com a finalidade de ressocializar o agente, visando restabelecer a ordem jurídica violada e, conseqüentemente, a reinserção deste à sociedade.

É certo que, antes do estabelecimento do atual modelo prisional, a grande maioria das sanções ocorriam como forma de punição corporal, isto é, o Estado e – também - a Igreja, aplicavam medidas de natureza violenta contra o réu, o que por inúmeras vezes se dava de forma mais gravosa do que a própria infração praticada pelo agente – o que não se distancia das punições cumpridas atualmente em ambientes insalubres e desumanos.

Até o final do século XVIII a prisão era apenas um meio de manter resguardados os indivíduos que aguardavam julgamento, sendo que a decisão proferida determinaria a sanção a ser aplicada, quase sempre corporal, podendo determinar inclusive a pena de morte. (BITENCOURT, 2004, p. 3.)

Nesse sentido, de acordo com o ilustre Filósofo Michel Foucault:

Foi a partir do Iluminismo que surgiram as principais modificações no modelo punitivo adotado, eis que constatado que a sanção aplicada ao infrator condenado era tão ou muito mais grave que a própria conduta criminosa combatida com a aplicação da sanção. (FOUCAULT, 1999, p, 12).

Ainda de acordo com o entendimento de Foucault, após o extermínio dos suplícios e de todo o espetáculo que o envolvia, o conceito de prisão fora totalmente reformulado, tendo como principal base as regulamentações trazidas pela Inglaterra e Holanda, já na idade média, tomadas pela era do capitalismo.

A Revolução Industrial foi elemento determinante para o aumento da massa carcerária. A radical transformação dos meios de produção provocou um êxodo da população rural para as cidades; o homem do campo abandonava agricultura para buscar emprego nas indústrias, gerando, assim, uma excessiva oferta de mão-de-obra, incapaz de ser absorvida pela industrialização e, via de consequência, um exército de desempregados se fazia aumentar a cada dia na porta das fábricas, daí advindo a marginalização, a miséria, a fome, o desemprego, o crime, a prisão (CORDEIRO, 2006, p. 30).

De acordo com o estabelecido pela Holanda e Inglaterra, o objetivo principal das punições estatais era ensinar aos trabalhadores a disciplina rígida e capitalista de produção, com a submissão do preso a uma intensa e contínua rotina de trabalho, transformando, dessa forma, a mão de obra desqualificada em novas aptidões laborais, adequados aos modelos capitalistas de produção.

O objetivo era único: fazer com que o agente se adequasse de forma coagida à nova realidade – industrial – e, que após o período de reclusão, este pudesse retornar à sociedade com aptidão para produzir e contribuir com o novo sistema.

Passados os anos, no Brasil, a história do sistema penitenciário revela que desde o início a prisão foi local de exclusão social e questão posta a segundo plano pelas políticas públicas, importando, conseqüentemente, a falta de construção adequada aos edifícios penitenciários que, na maioria das vezes eram constituídos em ambientes improvisados, inabitáveis e insalubres.

Atualmente, o sistema jurídico brasileiro, regulamentador da prisão, divide-a em três importantes espécies. São pertinentes ao entendimento do presente trabalho: a prisão-pena, sendo aquela que advém após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que visa a satisfação da pretensão executória do Estado e; a prisão sem pena, mais conhecidas como prisão preventiva e prisão temporária, que são aquelas impostas ao agente durante o tramite processual, com

o fito de assegurar o bom andamento deste, satisfazendo os requisitos do “*fumus bonis iuris*” e o “*periculum in mora*”.

Além destas, insta mencionar que as prisões como a civil; administrativa; disciplinar e aquela para averiguação, também são regulamentadas pela legislação penal brasileira.

II – DO MANDADO DE PRISÃO

O mandado de prisão tem como principal objetivo autorizar e regulamentar a privação da liberdade de uma pessoa, mediante ordem de ofício emitida pelo juiz ou da autoridade de polícia competente.

Via de regra, a prisão somente ocorre por ordem escrita da autoridade judiciária competente, isto é, o mandado de prisão. De acordo com o artigo 285, parágrafo único, do Código de Processo Penal:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Assim, de acordo com o artigo citado acima, haverá ilegalidade quando o instrumento da prisão for assinado por juiz impedido, bem como será nulo e inexecutável o mandado expedido por autoridade incompetente ou que não esteja assinado pelo juiz.

Além disso, quando da expedição do mandado, o crime deve ser detalhadamente descrito, com o fito do agente saber os motivos pelos quais está sendo capturado. Em casos de crime afiançável deve, ainda, arbitrar o valor da fiança, para que o agente tenha meios de obter, de imediato, a sua liberdade provisória.

A ordem de prisão, instrumentalizada pelo mandado, poderá ser cumprida em qualquer dia e horário, desde que respeitadas as regras de inviolabilidade do domicílio.

Por fim, após ser detido, é direito do preso ser informado acerca de todos os seis direitos, podendo, inclusive, ficar calado sem que isso importe em prejuízo a defesa. Ainda, lhe será assegurada a assistência familiar e a nomeação de advogado ou, na falta deste, um defensor público, tendo direito a identificação dos responsáveis pela sua prisão.

Já com relação ao uso de algemas, o STF, em agosto de 2008, editou a Súmula Vinculante n.º 11, a qual preceitua:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Por fim, importante mencionar que no momento da apreensão, a lei apenas admite o uso da força, somente se esta for extremamente necessária ou quando houver resistência ou tentativa de fuga do preso.

III – DA PRISÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO

A luz do Direito, a expressão “*trânsito em julgado*” é usada para indicar que determinada decisão ou acórdão judicial não pode mais ser recorrido, seja porque já esgotados todos os recursos ou, também, porque esgotados os prazos para recorrer e, por fim, por acordo homologado em sentença entre as partes.

Acerca disso, a Constituição Federal de 1988, aborda em seu texto dispositivos voltados aos direitos e garantias individuais em matéria penal, são eles:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Além da previsão Constitucional, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lei nº 4.657/42, dispõe em seu artigo 6º, §3º, que:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Já em solo penal, o legislador, ao editar o artigo 283 do Código de Processo Penal, delibera em seu *caput* que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Nesse sentido, é certo que o princípio da presunção da inocência está diretamente interligado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Daí porque tantas adversidades acerca da prisão em segunda instância.

IV – DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência, além de estar descrito na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é Constitucional e está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Traduz a ideia de que o réu da ação somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, após provada sua culpa em sentença irrecorrível.

A presunção da inocência é preceito de grande importância no Direito Processual Penal, uma vez que garante que o réu seja considerado inocente até a última decisão, bem como assegura a este todos os meios para que prove sua inocência.

Este princípio possui grande relevância para o presente trabalho, visto que, de acordo com o Infopen, 41% dos presos no Brasil são provisórios, ou seja, não receberam sentença penal condenatória e, portanto, devem ser considerados inocentes até que haja a finalização concreta do trâmite processual.

No ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal determinou que os réus só poderiam ser presos, dentro da legalidade, após o trânsito em julgado, isto é, após esgotados todos os recursos, e, todas as instâncias.

Entretanto, sete anos mais tarde, em 2016, o Supremo decidiu que o réu condenado em segunda instância já poderia começar a cumprir pena, ou seja, poderia ser privado de liberdade, mesmo enquanto ainda recorria em tribunais superiores. Nesse sentido, para ir de encontro à este entendimento, o principal argumento contrário encontra base na própria Constituição Federal, que determina que a não culpabilidade é considerada até o final do processo, quando não cabem mais recursos.

Já em 2019, tal decisão fora declarada Inconstitucional, determinando, dessa forma, que o processo judicial deveria se esgotar antes da prisão do réu.

V – DAS PRISÕES CAUTELARES

De acordo com o artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Tal regulamentação decorre do reconhecido princípio acima mencionado, de forma que, considera-se o acusado inocente, até que se prove o contrário, ou, quando esgotados todos as possibilidades recursais. Com esse entendimento, presume-se que ninguém poderá ser privado de liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, o legislador prevê algumas hipóteses, excepcionais, em que o acusado pode ser privado de liberdade antes de sua condenação.

À essas excepcionalidades, dá-se o nome de Prisão Cautelar. São elas: a prisão em flagrante; a prisão temporária e; a prisão preventiva. Sua função - na teoria - é a de não anteceder a punição do acusado, mas sim de restringir sua liberdade, quando a locomoção deste colocar em risco interesses maiores.

V.I – DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante, espécie de medida cautelar, está regulamentada no Código de Processo Civil, nos artigos 301 à 310. O artigo 301, por sua vez, dispõe que: *“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”*.

Nesse sentido, tem-se que a prisão em flagrante é o cerceamento momentâneo da liberdade do agente que é encontrado praticando crime, com o objetivo principal de evitar a consumação ou o exaurimento do crime, bem como a fuga do possível culpado e, também, garantir segurança ao autor e vítima do crime.

Ademais, outra característica da prisão em flagrante é que “qualquer do povo” pode realizá-la, isto é, o ato de prender em flagrante por presenciar alguém cometendo ato ilícito, não encontra limite às forças policiais. É claro que as autoridades policiais contam com o dever legal de efetuar a prisão em flagrante, sob pena de responder administrativamente pela omissão, entretanto, esta pode ser realizada por qualquer outra pessoa.

A situações de flagrante estão previstas, em rol taxativo, do artigo 302, do Código de Processo Penal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A doutrina, com o fito de facilitar o entendimento dos incisos, subdivide as hipóteses de flagrante em algumas espécies. O primeiro e segundo inciso do artigo acima são conhecidos como Flagrante Próprio, situações das quais o agente é surpreendido praticando o crime, ou, também, logo após cometê-lo. Já o terceiro inciso é definido como Flagrante Impróprio ou também conhecido como “quase flagrante”, que se configura na situação em que o autor é perseguido, logo após a prática do ato criminoso.

O inciso quarto é reconhecido pela doutrina como Flagrante Presumido ou Ficto, que traduz as circunstâncias em que, logo após a prática do ilícito, alguém é encontrado com os instrumentos utilizados na ação criminosa, bem como armas, ou quaisquer objetos que se façam presumir ser aquela pessoa a autora da ação.

Importante ressaltar que, a doutrina não se limita aos incisos acima comentados para definir as espécies de flagrante. Além destas, também há a hipótese do Flagrante Preparado ou Provocado, que ocorrem quando o autor é induzido a praticar o ato, em cenário montado para tal fim, de modo que, o agente somente comete o ilícito movido por força de coação. Há também o chamado Flagrante Esperado, que se caracteriza no ato de esperar a ocorrência do delito, para que seja possível a prisão em flagrante.

Além disso, tem-se o Flagrante Prorrogado ou Retardado, que se caracteriza nas situações em que, ainda que as autoridades policiais tenham o dever legal de efetuar a prisão de quem se encontre em flagrante delito, o agente público deixa de efetuar a prisão do averiguado, quando para a investigação criminal for mais interessante a prisão em momento posterior.

Por fim, temos, de acordo com a doutrina, o Flagrante Forjado, tido como ilícito, que se caracteriza nas hipóteses em que a pessoa em flagrante não cometeu algum ato atípico, sendo mero fantoche nas mãos de quem o induziu a praticar o ato.

Ademais, no que diz respeito aos crimes permanentes - aqueles que se perduram ao longo do tempo - de acordo com o artigo 303, do Código de Processo Penal, entende-se que o agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Outro ponto bastante discutido quanto a este tipo de medida cautelar, é a necessidade ou não do uso de algemas, quando do procedimento para deter o autor em flagrante delito. Em meio à grandes controvérsias, o Supremo Tribunal Federal, em Súmula Vinculante n.º 11, entendeu que:

“só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Por fim, quanto ao procedimento da prisão em flagrante, cumpre-se o disposto no artigo 107, do Código de Processo Penal:

“quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto”.

Ao ser apresentado, a autoridade ouvirá o condutor, isto é, quem prendeu o agente em flagrante delito e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este, cópia do termo e recibo de entrega do preso.

Logo após, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando a autoridade, ao final, o Auto de Prisão em Flagrante.

Nas hipóteses em que o flagrante seja inequivocamente ilegal, a autoridade policial deixará de lavrar o Auto de Prisão em Flagrante e, imediatamente, deverá colocar o agente em liberdade. Entretanto, existindo suspeita contra o conduzido, dentro de vinte e quatro horas o Auto de Prisão em Flagrante será lavrado.

V.II – DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A medida cautelar conhecida como Prisão Temporária, tem como objetivo assegurar o êxito durante a investigação policial, nos casos em que a liberdade do acusado interfira nesta atividade. Também pode ser adotada nos casos em que o agente não tiver residência fixa ou deixar de fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua verdadeira identidade. Imperioso mencionar que as hipóteses mencionadas são taxativas, isto é, a prisão temporária não poderá ser decretada por nenhum outro motivo.

Além disso, ainda em rol taxativo, o legislador limita o cabimento da prisão temporária para os crimes como o de homicídio doloso, sequestro ou cárcere

privado, roubo, extorsão ou extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, entre outros.

A prisão temporária é medida extremamente gravosa, por isso o cuidado do legislador ao adotar o rol taxativo no que diz respeito à sua decretação, de modo que esta necessita de fundadas razões de autoria ou de participação do suspeito no crime objeto de investigação. E, caso seja decretada sem que haja elementos suficientes, a medida automaticamente será reconhecida como ilegal e como consequência, será a prisão relaxada.

Quanto à sua decretação, esta jamais poderá ocorrer de ofício, havendo possibilidade, somente, de ser decretada por autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. Além disso, vale dizer que esta é uma medida cautelar vedada no que diz respeito aos crimes de ação penal privada.

V.III – DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva - última espécie de medida cautelar - será discutida no próximo capítulo, destinado somente aos seus desdobramentos e efeitos.

CAPÍTULO 03

A MEDIDA CAUTELAR: PRISÃO PREVENTIVA

Como visto no capítulo anterior, ninguém deverá ser preso enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado. Afinal, vigora-se o princípio Constitucional da presunção da inocência, até o momento em que a decisão se tornar irrecorrível.

Entretanto, em situações excepcionais, o ordenamento jurídico reconhece duas hipóteses em que seja possível restringir a liberdade do acusado, em prol de um bem maior. São elas: a prisão temporária, já tratada anteriormente e, enfim, a prisão preventiva, objeto de análise neste capítulo.

I – CONCEITO

Pode-se dizer que a prisão preventiva é a medida cautelar mais utilizada nos dias de hoje. Sua definição se dá pela imposição de privação da liberdade ao averiguado, sem que tenha havido condenação, ou, melhor dizendo, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

De acordo com Mirabete:

A prisão preventiva, em sentido estrito, é a medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais, em que a custódia provisória seja indispensável.

O principal objetivo da aplicação desta medida cautelar não se encontra em antecipar a pena do investigado, mas sim garantir a plena aplicação da lei penal, bem como assegurar a sociedade do perigo a que estaria submetida, caso o agente permanecesse em liberdade.

Pela ótica do Professor Doutrinador Fernando Capez, a prisão preventiva se define como:

Prisão de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

II – DA DECRETAÇÃO

A prisão preventiva, instrumento processual, está regulamentada pelos artigos 311 à 316, do Código de Processo Penal.

Nos moldes do artigo 311, do CPP, sua decretação ocorre quando necessária a garantia da ordem, seja ela pública ou econômica, bem como por conveniência à

instrução criminal, ou para, também, assegurar a aplicação da lei penal, quando presentes a prova da existência do crime e indícios insuficientes de autoria.

Sua decretação pode ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou do próprio processo penal, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, bem como à requerimento emitido pelo Ministério Público, pelo querelante ou assistente, e, por fim, por representação da autoridade policial.

Vide artigo 311, do CPP:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Pelas palavras de Greco Filho:

Quanto ao momento, a prisão preventiva pode ser decretada desde a data dos fatos até a sentença. Prolatada esta, se for absolutória, a preventiva seria incompatível com ela, e, se for condenatória a prisão decorrerá, ou não, dela própria e não da preventiva.

Ademais, a prisão preventiva só será imposta quando o cerceamento da liberdade realmente for necessário para que se alcance os objetivos descritos no artigo acima mencionado, de modo que se for possível alcançar o mesmo resultado com uma das medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320, do Código de Processo Penal, a prisão, portanto, não poderá ser imposta.

Como já mencionado acima, para que haja a decretação da prisão preventiva, devem estar presentes o *fumus boni iuris*, isto é, existir prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, bem como o *periculum in mora*, ao passo que deve a prisão ser necessária para evitar que o mal iminente ocorra.

A prova da existência do crime é fator essencial, ao passo que na falta de existência de fato definido em lei como crime, não há o que se falar em prisão preventiva, de modo que, para decretá-la, deve haver a certeza da ocorrência do crime pelo magistrado.

Ainda, como fator essencial à decretação da prisão, deve, necessariamente, haver indícios suficientes de autoria. É certo que a lei não exige prova concreta da autoria do crime, mas sim indícios suficientes que sejam capazes de produzir, de

acordo com a convicção do juiz - ainda que não de forma definitiva - de que o agente realmente foi autor do delito.

Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência:

Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. Vigora o princípio da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas, assim como meios de convicção mais seguros que os juízes distantes. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória.

Por essa ótica, o legislador, em rol taxativo, presente no artigo 312, do Código de Processo Penal, descreve os motivos que podem ensejar a decretação desta medida cautelar.

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

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

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

O *caput* do artigo acima mencionado ressalta que as principais motivações que ensejam a decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nesse sentido, quanto à garantia da ordem pública e econômica, pode-se dizer que estes são os fundamentos mais comuns dos pedidos e, também, das decretações desta prisão.

De acordo com a jurisprudência:

Excepcional que é a segregação provisória, ela somente deve ser decretada em casos especiais e quando se mostre necessária e o único caminho a ser tomado, ante a gravidade da conduta do agente e sua periculosidade, hipóteses não ocorrentes.

Já com relação à conveniência da instrução criminal, esta é uma medida de rigorosa necessidade.

De acordo com o Doutrinador Greco Filho:

O Código refere a possibilidade da decretação da preventiva por *conveniência* da instrução criminal. A decisão, todavia, não pode ser colocada em termos de conveniência, mas em termos de necessidade ou, como colocado no caso de prisão temporária, de ser indispensável à instrução criminal. Simples conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, como por exemplo se se decretasse a prisão somente porque o réu, estando residindo fora da comarca, daria mais tarefa judicial para expedição de precatória para intimá-lo. Se houver alternativa legal para se obter a prova, deve ela ser utilizada prioritariamente, antes de se considerar a hipótese de preventiva. Entre outras situações, é possível apontar a seguinte: não é caso de decretação imediata da preventiva em virtude do não comparecimento do acusado para reconhecimento, ainda que indispensável. Antes deve ser determinada a condução coercitiva. A segurança da aplicação da pena significa a necessidade da prisão para que, posteriormente, possa ser eficaz a punição, porque a impunidade ofende a ordem pública. Contudo, não pode ser decretada a preventiva para assegurar a execução da pena de multa.

Ainda, vale ressaltar que sua aplicação ficou restrita à casos excepcionalíssimos. Em observação feita por Greco Filho:

Os motivos ou fundamentos da prisão preventiva, ainda que contendo conceitos abertos ou amplos como o de ordem pública, são taxativos, de modo que sua utilização fora das hipóteses legais é ilegítima, ensejando o habeas corpus.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, que alterou o artigo 313, do Código de Processo Penal, o rol taxativo sobre as hipóteses em que a medida cautelar é permitida, se encontra da seguinte forma:

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;

§ 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.

Além disso, ressalta-se que, de acordo com o artigo 315 do Código de Processo Penal, qualquer decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, deverá, obrigatoriamente, ser motivada e fundamentada.

Por fim, com as inovações trazidas ao artigo 316, pela Lei nº 13.964/2019, em junção com o artigo 321, do Código de Processo Penal, o juiz terá a prerrogativa de revogar a prisão preventiva, de ofício ou à requerimento das partes, se no curso da investigação ou processo, entender pela ausência de motivos que justifiquem a sua permanência, bem como poderá decretá-la novamente se sobreviverem razões que a justifiquem. Ademais, o mesmo artigo, em seu parágrafo único, dispõe que:

Art. 316. Parágrafo único. 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.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

II.1 – DO ERRO JUDICIÁRIO E REPARAÇÃO DO DANO

A prisão preventiva decretada sem que se façam presentes os requisitos e pressupostos essenciais, é medida decretada de forma ilícita e injusta, eivada por erro judiciário.

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho:

No nosso ordenamento, a indenização pela prisão decorrente de erro judiciário, cuja disciplina estava limitada às disposições do art. 630 e parágrafos do Código de Processo Penal, com reforço do princípio estabelecido pelo art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, adquiriu maior amplitude com a inovação contida no art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988: 'O Estado indenizará o condenado por erro Judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

É certo que não há que se falar em facilidade para definir as situações em que se caracterizam o erro judiciário. Entretanto, em caso de sentença absolutória que reconheça inexistente o ilícito penal, ou inexistente a prova da autoria, resta

caracterizado o erro judiciário, e, a indenização pela prisão preventiva é reconhecida e devida, porém, passível de absolvição em face da insuficiência de prova.

IV – DURAÇÃO

A duração da prisão preventiva sempre foi objeto de discussão, doutrinária e jurisprudencial, ante a lacuna deixada pelo legislador até o advento da Lei nº 13.954, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, que será, portanto, objeto de discussão no próximo capítulo.

CAPÍTULO 04

OS DESDOBRAMENTOS DA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

I – A MEDIDA CAUTELAR E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Com o advento da Lei nº 12.403 de 2011, a prisão preventiva passou a ser imposta como última opção, caso as demais medidas cautelares não fossem suficientes ou adequadas. Nesse sentido, esta se tornou medida tida como excepcional e por ausência de regulamentação no que diz respeito a sua duração, muitas vezes fora mantida por mais tempo que o necessário, corrompendo, dessa forma, o princípio Constitucional da duração razoável do processo.

Por isso, diante da falta de previsão legal, a jurisprudência e a doutrina tomaram entendimentos discrepantes, com o objetivo de preencher a lacuna deixada pela legislação.

Entretanto, apesar de todo o trabalho desenvolvido pelos doutrinadores, bem como pelos magistrados com os seus julgamentos, a inserção do princípio Constitucional da duração razoável do processo, trazido pela Emenda Constitucional nº 45, à Constituição Federal de 1988, se tornara essencial, visto de seu objetivo era

o de, justamente, assegurar a razoável duração do processo, bem como garantir o emprego de meios que tornem a tramitação processual mais célere.

Nesse sentido, acerca do advento deste princípio Constitucional à Carta Magna, os autores Távola e Alencar, entendem que:

Para a edição da mencionada Emenda, foram considerados os efeitos deletérios do processo e que o direito à celeridade pertence tanto a vítima como ao réu. Objetiva-se assim evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena. Também é verdade que uma persecução penal equilibrada demanda reflexão.

A razoável duração do processo implica decisivamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, afinal, o excesso prazal da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação.

Ainda, relacionando o princípio da duração razoável com o direito processual penal, é o entendimento segundo Cruz:

Ninguém pode ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido por lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos tem o direito de ser julgados em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazos irrazoável.

Por isso, a aplicação do princípio da duração razoável do processo na tentativa de preencher a lacuna legislativa acerca da duração da prisão preventiva, se tornou de grande valia, não somente no que concerne à tramitação dos processos penais em que se desdobram com o réu preso, mas também em todos os setores da justiça.

Espera-se que um processo demore o mínimo possível para ser solucionado e que dele se colha resultado efetivo. Por essa ótica, se faz necessário que a aplicação da prisão preventiva não importe a antecipação de pena ao acusado, mas somente que o Estado garanta segurança durante a investigação e, também, para que seja realizada a efetiva prestação jurisdicional ao meio social em que se encontra.

II – DAS TEORIAS ACERCA DO PRAZO

O advento da Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu à Carta Magna o princípio da duração razoável do processo, não fora suficiente para preencher a lacuna legislativa havida no que diz respeito à duração da prisão preventiva.

Como crítica a simples implementação da Emenda Constitucional nº 45, na Constituição Federal de 1988, são as palavras de Paulo Hoffman e Moraes:

É lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem que nada na ineficiente estrutura e nas condições do Poder Judiciário fosse alterado, a EC 45 simplesmente acresceu o parágrafo LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Infelizmente, o simples acréscimo da Constituição Federal não modificará em nada a duração do processo. Trata-se, por ora, somente de mais uma garantia constitucional vazia.

A EC n. 45/04, porém, trouxe poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça Brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.

A omissão legislativa concernente a não fixação de um prazo para a razoável duração do processo, dá margem a diversas interpretações, o legislador se esqueceu também de quais instrumentos seriam utilizados em caso desse prazo ser dilatado injustificadamente.

Com isso, com a ausência de efetividade do princípio Constitucional e com o resultado de posições antagônicas entre doutrina e jurisprudência, foram criadas inúmeras teorias, na tentativa de estabelecer a correta aplicabilidade do princípio da duração razoável do processo, diante da omissão legislativa no que diz respeito à duração da prisão preventiva. As teorias mais conhecidas eram:

a) TEORIA DOS 81 DIAS

A teoria do prazo de 81 dias teve origem na jurisprudência. Fora criada pela necessidade de estabelecer critérios acerca de qual seria o prazo máximo e razoável da prisão preventiva durante a instrução criminal.

O prazo de 81 dias surgiu a partir da tentativa de sistematizar os prazos necessários na própria instrução criminal, tomando como base a soma de todos os procedimentos realizados pelo rito comum ordinário, dispostos entre dos artigos 394 e 405, do Código de Processo Penal, que juntos, somam 81 dias. Seriam eles:

- Inquérito Policial: prazo de 10 dias – artigo 10, do CPP;
- Oferecimento da Denúncia: prazo de 5 dias – artigo 46, do CPP;
- Apresentação de Defesa Prévia: prazo de 3 dias – artigo 395 do CPP;
- Inquirição das testemunhas: prazo de 20 dias – artigo 401, do CPP;
- Requerimento de Diligências: prazo de 2 dias – artigo 499, do CPP;
- Para Despacho dos Requerimentos: prazo de 10 dias – artigo 499, do CPP;
- Apresentação de Alegações das Partes: prazo de 6 dias – artigo 500, do CPP;
- Diligências *ex officio*: prazo de 5 dias – artigo 502, do CPP;
- Sentença: prazo de 20 dias – artigo 800, do CPP.

A presente teoria fora criada com o intuito de afastar o entendimento doutrinário, que sustentava acerca da necessidade da análise isolada de cada caso em concreto, oportunidade em que, muitas vezes, o prazo se tornava extrapolado diante da complexidade de cada caso.

A presente teoria sustentava a ideia de que os prazos da instrução criminal não deveriam ser considerados isoladamente, mas sim de forma igualitária. Nesse sentido, o meio de resolução encontrado por esta, foi a criação de um parâmetro a ser seguido pelos juízes, de forma a evitar excessos quanto a duração desta medida cautelar.

É certo que a jurisprudência que consolidou a aplicação da presente teoria remediou o problema, entretanto, passou longe de solucioná-lo. Na época em que fora estabelecida, por volta de 1960/1980, as circunstâncias eram mais compatíveis com as estabelecidas no Código de Processo Penal, no que diz respeito ao cumprimento dos prazos com exatidão da instrução processual, bem como na menor complexidade dos fatos, se comparados com a atualidade.

Além disso, deve-se considerar a existência de crimes sujeitos à instruções processuais mais enigmáticas, com prazos estendidos e casos de maior complexidade, como por exemplo, os crimes considerados hediondos, dispostos sob

a Lei nº 8.082 de 1990, pelos quais não são passíveis sob a correta aplicação da presente teoria.

Por fim, ainda nesse sentido, deve-se levar em consideração que os prazos previstos na legislação penal brasileira estão longe de atender às necessidades do Poder Judiciário. A demasiada quantidade de processos em tramitação, bem como a complexidade destes, trazem como consequência negativa, prazos ultrapassados e tempo notoriamente incompatível com o disposto em lei.

Nesse sentido e por essas razões, a presente teoria fora superada com a nova reforma do Código de Processo Penal, a qual alterou os prazos dos procedimentos e impossibilitou a aplicação deste entendimento jurisprudencial, que, anteriormente, fora pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

b) TEORIA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade, também conhecido como princípio da proporcionalidade ou princípio da adequação dos meios aos fins, é um método Constitucional brasileiro que tem o objetivo de resolver a colisão de princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, interesses.

Para Humberto Ávila:

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.

Diante da omissão legislativa acerca da duração razoável do processo criminal, juntamente com o crescente embasamento dos Tribunais de Justiça Nacionais, quanto à concessão e denegação de *habeas corpus*, levando em consideração o princípio da razoabilidade, o Supremo Tribunal Federal redigiu as seguintes súmulas:

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

Súmula 52 STF: encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Súmula 64 STF: Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa.

Com a regulamentação e inserção das presentes súmulas, os Tribunais Superiores começaram a proferir decisões de concessão de *habeas corpus*, sempre quando caracterizado constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Nesse sentido, os apoiadores da teoria do estabelecimento de critérios de razoabilidade para definir o tempo de duração do processo, defendiam a criação de mecanismos que definissem parâmetros acerca do que poderia caracterizar o constrangimento ilegal, sopesando, ainda, a complexidade processual e a omissão legislativa em não definir o prazo razoável para a duração do processo.

c) TEORIA DA ANALOGIA COM A LEI Nº 9.034 DE 1995.

Em razão à dificuldade encontrada, tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina, no sentido de definir qual seria o prazo máximo e razoável da duração da prisão preventiva, a corrente majoritária que fora sendo acolhida pelos Tribunais Superiores começou a tomar como base a aplicação analógica da Lei nº 9.034/95.

A Lei nº 9.034/95 versa acerca do combate ao crime organizado e nesta há um prazo definido com o fito de estipular o prazo para a duração do processo penal, nestes casos. A escolha da aplicação desta Lei se deu porque esta seria o único diploma legal brasileiro que teria, até aquele momento, fixado prazo específico final para a persecução penal. *Vide* artigo 8º:

Art. 8º O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

A corrente que adotou a presente teoria defendia que se o criminoso especializado, isto é, aquele que geralmente comete crimes de maior complexidade, ou com a presença de mais de um réu, tem o direito ao prazo de 81 dias para o término da instrução criminal, se preso. E o prazo de 120 dias, se estiver solto.

Nesse sentido, ao realizar um comparativo aos demais processos, inexistia motivo para que o criminoso comum, isto é, aquele que responde um processo mais

simples e menos ofensivo a sociedade, possua tratamento mais severo e com maior durabilidade na busca pelo julgamento processual. Logo, considerando a ausência de norma específica, o prazo contido na referida lei, seria o mais adequado à ser utilizado como parâmetro aos demais casos, de acordo com o entendimento dos defensores desta teoria.

Além disso, defendiam que o prazo de 81 dias não poderia ser inflexível, mas sim um referencial para verificação do excesso de prazo nos demais processos, de modo que a sua superação não necessariamente implica em constrangimento ilegal, ficando esta à mercê da interpretação de cada caso concreto. Pelas palavras de Fernandes, em sua obra *Processo Penal Constitucional*:

Com isso tudo, o período de oitenta e um dias permaneceu somente um marco para a verificação do excesso. A sua superação não traduzia necessariamente constrangimento ilegal, o qual deveria ser verificado em cada processo, só sendo declarado quando o atraso não fosse razoável.

III – DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME

Apesar de todo trabalho doutrinário e jurisprudencial, advindos por meio de teorias ou julgados, diante da análise à cada caso concreto, até o advento da Lei nº 13.964/2019, não havia regulamentação concreta capaz de preencher a lacuna existente no Código de Processo Penal, acerca de qual seria a duração da prisão preventiva.

A Lei nº 13.964 de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, acrescentou no artigo 316, do Código de Processo Penal, o parágrafo único, que dispõe:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. 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.

Portanto, de forma inédita e integral, fora regulamentada a duração da prisão preventiva, no curso processual, como forma de evitar o prolongamento da medida cautelar extrema, por prazo indeterminado, sem formação de culpa.

A inclusão deste artigo, tem como objetivo tornar indispensável a avaliação, a cada 90 dias, acerca da necessidade ou não de manter a prisão cautelar. Tal análise deve ser realizada de ofício, sem que haja requerimento das partes, tendo provas concretas, como meio de fundamentação, para a conservação ou não da prisão preventiva.

Imperioso mencionar que se a referida reanálise não for realizada, no prazo de 90 dias, a prisão se torna ilegal, sendo, portanto, motivo suficiente para relaxamento da prisão do averiguado. Entretanto, há ressalvas com relação à efetiva soltura do preso.

O ponto a ser levado em consideração é de que o prazo de 90 dias não pode ser peremptório, isto né, não deve ser analisado de forma absoluta, de modo que, quando ultrapassado, dê ensejo à imediata soltura do preso. Ora, se inexistente menção acerca do prazo total que deve durar a prisão preventiva, não deve se considerar que o prazo contido no artigo 316, do Código de Processo Penal, seja soberano ao determinar a soltura do preso, se não cumprido estritamente.

Nesse caso, se faz necessário utilizar – ainda que moderadamente - da flexibilidade, até chegar à conclusão dos motivos que ensejaram a não revisão da medida cautelar, no prazo estipulado, bem como se, no mérito, a validade da prisão se mantém, independente da formalidade de revisão pelo órgão emissor.

Apesar das ressalvas anteriormente feitas, a previsão de reavaliação em 90 dias é de suma importância, sob a ótica de que há, atualmente, centenas de presos preventivos, esquecidos nas cadeias, superlotando o sistema carcerário brasileiro, sem que seus processos cheguem ao término, em tempo tido como razoável, de acordo com o princípio Constitucional.

O estabelecimento do prazo de 90 dias, deve, necessariamente, cumprir com o seu objetivo de garantir uma instrução célere em primeiro grau, quando houver réu preso, de modo que, ao menos, o juiz justifique a necessidade de manter ou não a prisão cautelar.

Nos casos em que o prazo de reavaliação não for cumprido, o juiz, responsável por aquele processo, seja imediatamente cobrado, de modo que, se inexistente motivo suficiente para falta de revisão, nem mesmo para continuidade da

prisão, o Tribunal conceda a ordem de *habeas corpus*, para, assim, colocar o preso em liberdade.

Ademais, a revisão estabelecida no artigo 316, do Código de Processo Penal, se destina, essencialmente, ao órgão emissor da decisão de prisão cautelar, enquanto estiver sob sua competência. Se, por exemplo, o juiz de primeiro grau da comarca “x” que determinou a prisão do agente, a competência de reavaliar a necessidade de manter a prisão cautelar do agente se estenderá até a sentença condenatória daquele processo.

Todavia, de acordo com o que se extrai da doutrina e jurisprudência, a responsabilidade para realizar a reavaliação da prisão preventiva, a cada 90 dias, deve acompanhar o grau de jurisdição em que o processo se encontra naquele momento.

Por fim, o que fora estabelecido com o advento da Lei nº 13.954, não se volta o comando legislativo a processos em grau de recurso, isto porque o magistrado de primeira instância cessou a sua atividade e o tribunal para o qual foi encaminhado o recurso precisa atuar com base nos princípios da duração razoável do processo, bem como o da proporcionalidade, inexistindo, nesse sentido, ligação com o prazo estipulado no artigo 316, do Código de Processo Penal, utilizando, a partir de então, o princípio Constitucional tratado no presente trabalho, como forma de garantia ao agente, de um processo de duração razoável.

CAPÍTULO 05

A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O IMPACTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

I – DA MOROSIDADE NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO

Como já mencionado ao longo do presente trabalho, o advento da Emenda nº 45, trouxe à Carta Magna nova garantia fundamental de que “*todos no âmbito*

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

Sopesando o trecho acima, fica evidente que o princípio da duração razoável do processo vai muito além do simples direito de ação ou acesso ao judiciário, mas, ao mesmo tempo, introduz a necessidade de sua eficiência e celeridade.

A partir deste marco na Constituição Federal de 1988, inúmeros questionamentos foram levantados, com o objetivo de estabelecer qual seria um tempo razoável para duração de um processo, desde que respeitado o intervalo necessário para efetivo cumprimento de todas as etapas necessárias à instrução e julgamento, ante a particularidade de cada caso.

Ao migrar este princípio Constitucional à esfera processual penal, muito se discutiu através de doutrinas e entendimentos jurisprudenciais acerca de qual seria o tempo razoável do processo à aqueles que tiveram a sua liberdade retida, quando da decretação da prisão preventiva.

Apesar de diversas teorias criadas com o fito de estabelecer ou, ao, menos, nortear os operadores do Direito sobre qual seria o razoável prazo para manutenção dessa medida cautelar, o tempo da duração do processo está muito longe de ser atendido, não somente pela lacuna deixada pelo legislador até o advento da Lei nº 13.954, mas, também, por questões estruturais e administrativas do próprio Poder Judiciário.

São inúmeros os fatores que dificultam o andamento processual célere e isto pode se dar, tanto por problemas de ordem estrutural ou administrativa, quanto pela complexidade e/ou particularidades de cada caso concreto. Além disso, há de se mencionar que as leis mal elaboradas e, também, as lacunas que – infelizmente – se fazem presentes em boa parte da legislação vigente, sem dúvidas, abrem margem para interpretações discrepantes e/ou decisões controvertidas, atrapalhando cada vez mais a celeridade processual.

Nota-se que entendimentos discrepantes, quando presentes em decisões de ordem processual, estimulam a incidência de interposição de recursos, o que certamente contribui para o insucesso legislativo. Ainda, podem ser relevantes para

a contribuição a morosidade do Poder judiciário a falta de materiais e recursos tecnológicos, a desorganização administrativa, causas estruturais e outros.

No entanto, há de se reconhecer que com o passar dos anos o Poder Judiciário vêm adotando medidas para efetivar a prestação jurisdicional de maneira célere à todos. É certo que garantir a melhora e celeridade processual, sem se desvincular dos princípios e garantias fundamentais é um grande desafio ao judiciário brasileiro.

É recente a concepção de que a celeridade é uma condição essencial para a efetividade do processo, apesar de que pela ótica processual penal, os apoiadores dos Direitos Humanos sempre defenderam esta ideologia. Todavia, há de se resguardar o entendimento de que a economia processual é precisa ao estabelecer que se concilie o binômio tempo e segurança para, assim, garantir ao agente absoluta segurança quanto às decisões tomadas em seu processo.

II – A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O IMPACTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

A superlotação no sistema carcerário não é novidade alguma aos brasileiros. A carência de desenvolvimento de políticas públicas no sentido de reduzir as desigualdades sociais se faz presente no atual Poder Executivo e como consequência, temos o resultado de um país marginalizado, com altos índices de desigualdade social, onde o crime organizado, muitas vezes, acaba preenchendo o espaço que deveria ser ocupado pelo Estado.

É incontroverso que a promoção de políticas públicas voltadas a distribuição de renda, ao investimento à educação, à saúde e demais garantias sociais e fundamentais, seria fator de grande relevância social no sentido de tentar amenizar a marginalização do país.

Todavia, a responsabilidade pelo cenário crítico que o país vêm enfrentando à anos no sistema penitenciário, não deve recair somente ao Poder Executivo. Deve-se levar em consideração que o Poder Judiciário, detentor do papel garantidor

quanto aos direitos fundamentais previstos na Lei Maior, também pode ser responsabilizado pelo encarceramento em massa.

Vale dizer, ao Poder Judiciário se incumbe o exercício do controle à outros poderes, isso significa que este não pode se encurvar diante de pressões políticas e, muito menos, fechar os olhos para prática de ilegalidades dos outros poderes e, por isso, este pode ser considerado o órgão responsável pela situação carcerária caótica que assola o Brasil.

O advento da Lei nº 12.403 de 2011 introduziu ao Código de Processo Penal outras medidas cautelares, diversas da prisão preventiva, com o objetivo de tornar cada vez mais excepcional a utilização desta, levando em consideração os seus altos índices de decretação.

Como crítica ao cenário atual, são as palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Infelizmente, não é isso o que se vê no dia a dia forense, em que há uma massificação das prisões cautelares, a despeito do elevado custo que representam. Como bem ressaltam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, 'infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva'.

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos criminógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização.

Em complemento ao entendimento acima, a matéria publicada pelo G1, no ano de 2015, apontou que nos últimos dez anos, o número de presos no país ultrapassa o marco 600 mil e que deste total, 39% são presos provisórios, revelando, portanto, que em média, 244 mil vagas nos presídios brasileiros, são destinadas ao cumprimento desta medida cautelar.

E os números vão além. A matéria publicada pela revista Consultor Jurídico, no ano de 2014, revela que, em média, 37% dos encarcerados submetidos à prisão preventiva, não são condenados à prisão definitiva, após a sentença condenatória e que, deste total, 18% foram absolvidos e ao restante foram aplicadas medidas restritivas de direitos alternativas às privativas de liberdade.

Já no ano de 2017, a mesma revista trouxe números superiores aos resultados de três anos atrás. Os alarmantes dados apontam que o Brasil passou a ocupar o 3º lugar no *ranking* das maiores populações carcerárias do mundo, ultrapassando a Rússia, com 726.712 mil presos. Ainda, o número de presos provisórios alcançam a margem de 40%, sendo metade desse quinhão, jovens entre 18 a 29 anos.

Em 2018, de acordo com levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CJN, o Brasil ultrapassou o marco de 800 mil presos, sendo que 41,5% desta totalidade são presos provisórios que, ainda, não possuem condenação.

Os dados revelam também que há em todo país um total de 366,5 mil mandados de prisão a serem cumpridos, dos quais 94% são procurados pela polícia e os demais encontram-se foragidos.

Ademais, o artigo “Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. Presos provisórios são o segundo maior contingente”, publicado pelo site Agência Brasil, relata que, de acordo com os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, o ano de 2019 obteve crescimento de 3,89% em comparação ao ano de 2018, sendo que 33,47% deste total, ainda, são presos provisórios.

Já entre os anos de 2020 e 2021, período este demarcado pela Pandemia causada pelo COVID-19, os dados emitidos pelo portal G1 em sua manchete “População Carcerária Diminui, mas ainda registra superlotação nos presídios em meio à Pandemia”, demonstra que pela primeira vez, desde 2014, o número de presos no país está em queda e, com isso, a superlotação fora reduzida de 67,5% para 54,9%. Entretanto, o percentual de presos provisórios que aguardam julgamento é maior do que o registrado no passado.

O Conselho Nacional de Justiça ainda aponta que, de acordo com o DEPEN, o aumento da população prisional brasileira cresce a um ritmo de 8,3% ao ano, o que significa dizer que por volta do ano de 2025, o Brasil contará com 1,5 milhão de presos, o que equivale a população de cidades como Belém e Goiânia.

De acordo com o Ministro Marco Aurélio Mello:

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configura o tratamento degradante, ultrajante e indigno há pessoas que se encontram sob custódia.

As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno de pior tratamento possível', sendo negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

Além disso, dados apontam que o crescimento do número de presos provisórios segue no mesmo patamar do que a quatro anos atrás, isto é, de 40% de acordo com o CNJ.

De acordo com um Defensor Público Gustavo Ribeiro a situação do sistema prisional brasileiro se prolonga por fatores como a demora na conclusão de processos, as prisões cautelares (sem condenação) que se estendem por muito tempo e o encarceramento de pessoas por crimes de baixo potencial ofensivo. Pelas palavras do Defensor: *“Recebo muitos processos de prisão cautelares que duram 3,4 anos, sem condenação nenhuma. Eles acabam cumprindo pena sem condenação”*.

Veja-se que os registros são posteriores às alterações trazidas pela Lei nº 12.403 de 2011 e que mesmo após a introdução de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, o país não teve retorno positivo quanto à redução da população carcerária.

Os altos índices são suficientes para se chegar a conclusão de que a prisão preventiva vêm sendo utilizada de forma demasiada e em contrariedade com diversos princípios Constitucionais, inclusive o da duração razoável do processo, frente a sua alta incidência.

Ora, além da quantidade de decisões exacerbadas quanto a aplicação da prisão preventiva ao réu, a superlotação carcerária traz ao Poder Judiciário um efeito cascata negativo composto pela quantidade de processos em tramitação, tornando, dessa forma, a persecução penal ainda mais morosa e, ainda, em contrariedade com os direitos e garantias fundamentais.

Os números excessivos de presos provisórios no Brasil, levando em consideração as penas privativas de liberdade, convertidas à restritivas de direito, além da expressiva quantidade daqueles que são absolvidos ao final do processo, confirmam que as inovações trazidas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403, não surtiram efeitos positivos quanto à diminuição do encarceramento brasileiro, com ênfase aos presos provisórios.

Há de se considerar que além da Lei nº 12.403 que trouxe alterações significativas no Código de Processo Penal, a Lei nº 13.954, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, também adquiriu à Carta Legislativa inovações no que diz respeito à duração da prisão preventiva e, portanto, estabeleceu ao magistrado a necessidade de revisão a cada 90 dias, acerca da manutenção ou não da prisão preventiva.

A imposição de tal revisão é de grande importância ao atual cenário do cárcere brasileiro, de modo que pode colaborar com a diminuição do encarceramento provisório no país, além de garantir ao acusado a efetiva prestação jurisdicional do Estado, sem que sejam violados os seus direitos e garantias fundamentais e, ainda, salvaguardar a efetiva duração razoável do processo, mesmo que se tratando de uma medida cautelar.

Com isso, espera-se que as inovações trazidas pelo Pacote Anticrime resultem efeitos positivos à atual situação carcerária no Brasil, no sentido de privar a liberdade somente daqueles em que seja legalmente necessária a prisão provisória para o efetivo andamento do processo e que, portanto, se faça JUSTIÇA!

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo ponderar acerca do princípio da duração razoável do processo, trazido com o advento da Emenda Constitucional nº 45 à Constituição Federal de 1988, e a sua aplicação em solo processual penal, no que diz respeito a decretação e duração da prisão preventiva.

As análises foram de suma importância no sentido de traçar uma linha do tempo acerca de todas as tentativas criadas pela doutrina ou jurisprudência, no sentido de estabelecer um ponto de equilíbrio entre a correta utilização do princípio Constitucional da razoável duração do processo, quando aplicado à prisão preventiva, frente à lacuna deixada pelo legislador no que concerne à duração desta medida cautelar.

As teorias criadas pela doutrina e a jurisprudência a partir de julgados, demonstraram zelo quanto à duração razoável do processo, para que os presos cautelares não passassem pelo cumprimento da pena antecipado, ou pior, atravessassem pelo cumprimento da pena e fossem posteriormente inocentados, sendo este um prejuízo pessoal e social irreparável ao réu.

Todavia, é certo que a celeridade processual não deve significar uma corrida desvairada contra o tempo, mas sim uma resposta célere e efetiva as partes que compõem a relação jurídico processual, levando em consideração situações adversas como a complexidade de cada caso concreto, a quantidade de acusados, a diversidade de crimes, entre outros.

É certo que o princípio da duração razoável do processo foi imprescindível na busca pelo estabelecimento de critérios fixos da duração da prisão preventiva, para que a resposta não ficasse, exclusivamente, a critério do julgador. As teorias e tentativas de estabelecer um prazo razoável tinham o único objetivo de fazer com que o réu não sofresse com a antecipação da pena antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Mesmo após a reforma sofrida pelo Código de Processo Penal, com a advento da Lei nº 12.403, que trouxe à Carta Legislativa medidas cautelares diversas da prisão preventiva, com o objetivo de diminuir a incidência da aplicação desta, as dificuldades quanto à duração razoável ainda não tinham sido satisfeitas. Posteriormente, com a vinda da lei nº 13.964, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a alteração do artigo 316 do Código Processual Penal trouxe uma luz quanto à este problema.

O estabelecimento acerca da obrigatoriedade de revisão da prisão preventiva a cada 90 dias, trouxe, ao menos, uma segurança aos presos provisórios acerca da necessidade da manutenção ou não da medida cautelar. Nesse sentido, a probabilidade de que o réu não sofra com o cumprimento antecipado da pena e que a duração razoável do processo seja efetivamente cumprida, ficaram mais altas.

É claro que os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, frente ao acúmulo de processos em tramitação, além dos altos índices de população carcerária no Brasil, surtem efeitos negativos quanto ao cumprimento exato de todos os procedimentos e princípios que decorrem do texto Legislativo e Constitucional.

Por isso, espera-se que a regulamentação trazida pelo Pacote Anticrime surta efeitos positivos quanto à diminuição da população carcerária no país, além de garantir aos presos provisórios um processo de razoável duração, sem que este importe na antecipação em antecipação da pena ou desrespeito às garantias e direitos fundamentais.

E, ainda, que o Poder Judiciário trabalhe cada vez mais para alcançar a tão almejada celeridade processual, no sentido de garantir prestação jurisdicional íntegra e de qualidade à toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal.** Curitiba: Juruá, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BIZINOTO, Felipe. O Tempo de o Direito: O Tempo com Bem Jurídico. **Jusbrasil.** 14 de maio de 2021. Disponível em: <https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/653091934/o-tempo-e-o-direito-o-tempo-como-bem-juridico#sdfootnote24sym>.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal: Organização dos textos, notas remissivas e índices** por Anne Joyce Angher. Editora Rideel, 2010, 175 p.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da Republica Federativa do Brasil.** DF: Senado, 1998, 168 p.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANÁRIO, Pedro. Privação de liberdade: 37% dos réus submetido à prisão provisória não são condenados a prisão. **Consultor Jurídico.** 10 de setembro de 2021. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/37-submetidos-prisao-provisoria-nao-sao-condenados-prisao>.

CANTO, Francine; GASPAR, Lucas. Inciso LXXXVIII – Razoável Duração do Processo. **Politize.** São Paulo, 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/duracao-razoavel-do-processo/#:~:text=O%20inciso%20LXXXVIII%20do%20artigo,melhor%20e%20mais%20c%C3%A9lere%20maneira>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 241.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CRUZ, Rogério Schietti Machado da. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 381 p.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 76.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 243 a 245.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento das prisões**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GASPAR, Lucas Henrique de Lucia; CANTO, Francine. Inciso LXXVIII – Razoável Duração do Processo. **Artigo Quinto**. 24 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/duracao-razoavel-do-processo/>.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Instituto Universitário Brasileiro. A Prisão Preventiva e a Duração Razoável do Processo. **JusBrasil**, 10 de Julho de 2021. Disponível em: <https://institutoiunib.jusbrasil.com.br/artigos/388304739/a-prisao-preventiva-e-o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACEDO, Isabela; ROCHA, Lara. Razoável duração do processo e a “teoria do não prazo”. **SAJADV**. São Paulo, 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/razoavel-duracao-do-processo/#:~:text=A%20teoria%20do%20n%C3%A3o%20prazo%20no%20processo%20penal&text=Ou%20seja%2C%20al%C3%A9m%20do%20C%C3%B3digo,san%C3%A7%C3%A3o%20em%20raz%C3%A3o%20da%20inobserv%C3%A2ncia>.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.3.

MILANEZI, Larissa. Presunção da inocência e sua relativização. **Politize**. São Paulo, 30 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/presuncao-de-inocencia-o-que-e/>.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 681.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada: Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NASCIMENTO, Luciano. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. **Agência Brasil**. 10 de setembro de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>.

NUCCI, Guilherme. A revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva. **GEN JURÍDICO**. 20 de Julho de 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/11/19/revisao-manutencao-da-prisao-preventiva/>.

PEREIRA, Wander. Uma análise do Direito Constitucional à duração razoável do processo. **JUS.COM**. 15 de julho de 2021. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/30100/uma-analise-do-direito-constitucional-a-duracao-razoavel-do-processo/3>.

Revista **Consultor Jurídico**, 22 de setembro de 2020.

Revista **Consultor Jurídico**, 8 de dezembro de 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. Número de presos dobra em 10 anos e passa de 600 mil no país. **Portal G1**. 10 de setembro de 2021. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>.