

Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS
Direito Penal e Processual Penal

Simone Lopes Macedo

A TEMPORALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Professor Dr. Roberto Jurado Cosmo

São Caetano do Sul

2017

Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS
Direito Penal e Processual Penal

Simone Lopes Macedo

A TEMPORALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Professor Dr. Roberto Jurado Cosmo

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso Direito Penal e Processual Penal oferecido pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Jurado Cosmo.

São Caetano do Sul

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

Aluno: Simone Lopes Macedo

Título: A Temporalidade da Prisão Preventiva

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso Direito Penal e Processual Penal oferecido pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Jurado Cosmo.

São Caetano do Sul, 01 de Julho de 2017.

Banca examinadora:

Professor Orientador

Professor(a) Convidado(a)

Professor(a) Convidado(a)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	7
1.1 Os Direitos e as Garantias Fundamentais na Constituição Federal	7
1.2 O Processo Penal à Luz da Constituição Federal de 1988	9
1.3 Princípios Constitucionais relativos à Prisão Processual	11
1.3.1 Princípio da Presunção de Inocência	13
1.3.2 Princípio do Devido Processo Legal.....	14
1.3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	16
1.3.4 Princípio da Proibição do Excesso	17
1.3.5 Princípio da Adequação	18
1.3.6 Princípio da Necessidade.....	19
1.3.7 Princípio da Proporcionalidade.....	20
1.3.8 Princípio do Julgamento em Prazo Razoável.....	21
2. DA PRISÃO.....	23
2.1 Conceito	24
2.2 Espécies de Prisão.....	25
3. DA PRISÃO CAUTELAR.....	27
3.1 Observações Preliminares	27
3.2 As Medidas Cautelares no Processo Penal	27
3.2.1 Requisitos ou Pressupostos	29
3.3 A Prisão Cautelar	31
4. A PRISÃO PREVENTIVA.....	34
4.1 Aspectos Preliminares.....	34
4.2 Conceito	35

4.3 Natureza.....	36
4.4 Momento de Decretação	37
4.5 Decretação de ofício e pessoas que podem provocar a ordenação.....	38
4.6 Pressupostos Fundamentais	40
4.7 Circunstâncias legais que autorizam a decretação da prisão preventiva.	41
4.7.1 Garantia da Ordem Pública	42
4.7.2 Garantia da Ordem Econômica	45
4.7.3 Conveniência da Instrução Criminal.....	45
4.7.4 Assegurar a Aplicação da Lei Penal.....	46
4.8 Hipóteses Legais de Admissibilidade	47
4.9 Motivação.....	49
4.10 Revogação e Redecretação.....	50
5. A PRISÃO PREVENTIVA E SEU TEMPO DE DURAÇÃO	51
5.1 Observações Preliminares	51
5.2 A Prisão Preventiva frente ao Princípio da Duração Razoável do Processo	53
5.3 A Prisão Preventiva e o excesso de prazo: uma abordagem à luz da jurisprudência dos tribunais superiores	55
5.4 A Importância do Princípio da Proporcionalidade no tempo de duração da Prisão Preventiva	60
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, seu sistema de direito penal deve basear-se nos direitos humanos, tratados e convenções internacionais. A não observância desses pilares leva a uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este acolhido pela Magna Carta Brasileira e a consequente não concretização das garantias constitucionais, as quais devem ser o objetivo mor do processo penal.

Nesse sentido, além do princípio da legalidade, que limita o poder de punir do Estado, deve-se ter em mente o princípio da proporcionalidade que contrapõe a função punitiva do Estado ao direito à liberdade do cidadão.

Na garantia da efetividade do processo jurisdicional constrói-se o mecanismo da cautelar para impedir a frustração de seu possível resultado. No processo penal, a principal dessas medidas se manifesta através da prisão preventiva.

Cuida-se, afinal, de uma situação tão anormal e excepcional como é a própria natureza da prisão cautelar. Se a liberdade é a regra, considerando-se a prisão, exceção, devemos ter em mente que há crimes específicos e destacados, fugindo ao lugar-comum e atingindo as fronteiras do extraordinário. Por isso, fazem frutificar o clamor público, pleiteando providências imediatas e efetivas do Estado.

Como medida cautelar a prisão preventiva é interina, sempre destinada a expirar tão logo cessem os seus pressupostos ou venha a termo o processo principal. A sua provisoriedade e excepcionalidade interligam-se, ainda, à garantia de presunção de inocência de que gozam todos os suspeitos e acusados (art. 5º, LVII, da CR/88). Eis aqui o encontro daquele duplo escopo em constante tensão no processo criminal: o direito do indivíduo a não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, no qual exerça ampla defesa, e o direito da sociedade a um instrumento eficaz de combate à criminalidade.

Quando o legislador constituinte afirma que ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,

esta ele, inexoravelmente, reconhecendo que a liberdade física do indivíduo é o estado normal conquanto a prisão, como já dito acima, é mediada excepcional. Não resta a menor dúvida de que a liberdade é um bem insopitável. O homem nasceu para ser livre. Isso é próprio da natureza humana.

Assim, o presente estudo tem como objetivo a análise da prisão preventiva dentro do Estado Democrático Brasileiro no que tange à respeito a sua temporalidade tendo como premissa os princípios constitucionais.

1.0 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 Os Direitos e as Garantias Fundamentais na Constituição Federal

A Organização das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 1º, afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais na dignidade e nos direitos. Dotados com razão e com consciência, devem agir uns com os outros em espírito de fraternidade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 determina em seu preâmbulo que o Estado é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Os direitos e garantias fundamentais são indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, com liberdade e igualdade. É dever do Estado reconhecê-los, bem como buscar sempre a sua implementação.

Verifica-se, portanto, que enquanto as garantias são "instrumentos" da efetivação dos direitos fundamentais e eminentemente assecuratórias, não estando necessariamente expressas no Texto Constitucional, os direitos fundamentais, propriamente ditos, constam expressamente da Carta Magna, o que confere a estes, caráter declaratório.

Os direitos fundamentais possuem caráter de "norma constitucional", mercê de sua positivação na Lei Maior. São direitos fundamentais na medida em que estão insertos no Texto Constitucional, tendo passado por declaração do Poder Constituinte para tanto, com fundamento no Princípio da Soberania Popular. A priori, tais direitos possuem eficácia e aplicabilidade imediata, situação que pode ser mitigada conforme os critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos na lei ou a serem arbitrados em determinado caso concreto.

O Estado deve respeitar os direitos do indivíduo, mas precisa também limitá-los, em nome da democracia, pois, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade, é preciso um sistema de garantias e limitações.

Desde o seu preâmbulo, a liberdade como direito fundamental e princípio, apresenta-se como postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, cuja restrição somente poderá ser admitida em situações excepcionais.

Assim a liberdade é a regra que vigora em nosso ordenamento jurídico. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

“A liberdade é a idéia-força do pensamento político moderno; sua primeira posição consiste em estabelecer-la e assegurá-la. O reconhecimento da liberdade só pode ser feito através das liberdades.

(...) O Estado de direito contrapõe-se ao Estado Absoluto, porquanto, baseado na lei (que rege governantes e governados) reconhece aos indivíduos a titularidade de direitos subjetivos> ou seja, de posições jurídicas ativas, com relação à autoridade estatal. É, por isso, seu regime indissolúvel ligado às liberdades públicas”.¹

O direito à liberdade de locomoção e à liberdade de consciência devem ser direitos fundamentais e não devem deixar de constar no rol dos direitos fundamentais da Constituição de um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático.

O direito à liberdade física é essencial. Para amparar tal direito, surge a garantia de que ninguém será levado ao cárcere sem o devido processo legal. Para dar-se um regular processo constitucional, surge a garantia da ampla defesa, que, por sua vez, é garantida pelo contraditório. O devido processo legal também é garantido pelo direito à prova e pela não admissão, no processo, das provas ilícitas.

A dignidade da pessoa humana, também reconhecida expressamente como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, inc III), tem o

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, Liberdades Públicas e processo penal: As interceptações Telefônicas, p. 7-9.

condão de funcionar simultaneamente como objetivo e limite da ação dos poderes estatais, reclamando que toda intervenção no campo penal preserve a dignidade existente, respeitando a integridade física, corporal e moral.

O direito à vida, à liberdade e à igualdade corresponde diretamente às exigências mais elementares da dignidade humana que verdadeiramente se constitui em um valor-guia não apenas dos Direitos Fundamentais, mas também de toda a ordem constitucional.

Direitos fundamentais são, portanto, valores essenciais à realização plena da pessoa, os quais são exteriorizados em princípios expressos no texto constitucional. Para Canotilho, “consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.²

1.2 O Processo Penal à Luz da Constituição Federal de 1988

O Processo Penal encontra suas linhas mestras traçadas na Constituição Federal. Nesse passo, ela deve estabelecer os princípios a serem seguidos, constituindo-os em diretrizes do ordenamento jurídico. Não é outra a visão de José Cirilo VARGAS, para quem “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição”³.

Walter Claudius Rothenburg esclarece que a primeira abordagem feita sobre os princípios negava-lhes o caráter de autêntica norma jurídica, por serem vagos e destituídos de sanções imediatas. Assim, os princípios eram apenas “meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito”⁴.

² CANOTILHO, J.J.Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 171.

³ VARGAS, José Cirilo de. Processo Penal e Direitos Fundamentais, p.67.

⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais, p.13.

Anota ainda o mesmo autor que, posteriormente, “detecta-se um movimento no sentido do reconhecimento de juridicidade aos princípios, que passam a ser admitidos pelo Direito como imperativos”.⁵ De modo geral, o princípio não possui força de norma – não pode ser aplicado por si só – apenas fornece um direcionamento jurídico para que se aplique a norma. Assim, na maioria dos casos, para tornar concreta a atuação jurisdicional do Estado, é preciso haver a norma jurídica positivada, cuja validade reflita o próprio princípio, consubstanciada na pretensão da sociedade. Em outras situações, o princípio já possui força de norma, como, por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa, que já está positivado em nossa Constituição, como norma fundamental.

Ao estudarmos as regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos indivíduos, a explicação de José Augusto Delgado enfatiza a extrema importância dos princípios para a ordem jurídica, na medida em que “após se articularem com normas de diferentes tipos e características, passam a ser fecho que ilumina a compreensão das regras processuais constitucionais e às de posição hierárquica menor”⁶.

A função instrumental do processo não deve ser vista apenas sob o prisma técnico, ou seja, como mero meio de aplicação do Direito Penal, mas principalmente, como instrumento capaz de efetivar o acesso à justiça.

O Direito Processual Penal, num Estado Democrático de Direito, deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, de cunho nitidamente garantista. Nenhuma regra processual pode estar em desacordo com a Letra Maior.

A título de informação, visitamos o artigo 5º da Carta Magna e buscamos os preceitos que dizem respeito especificamente ao processo penal. Estão assim dispostos: inciso XI, sobre a inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que inadmite juízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a

⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais, p.13.

⁶ DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão, p.63-78

individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e, finalmente, inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de habeas corpus, habeas data e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo.

O desrespeito aos preceitos constitucionais supramencionados causa, inevitavelmente, a nulidade do processo penal.

1.3 Princípio Constitucionais relativos à Prisão Processual

Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos no ordenamento jurídico ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O processo penal não foge à regra, erguendo-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal, encontramos a maioria dos princípios que governam o processo penal brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos.

Referidos princípios se dirigem ao legislador, num primeiro momento, impedindo-o de editar normas que firam os direitos e garantias fundamentais, mas,

além disso, também orientam a atividade do órgãos judiciários ao analisar um caso concreto, e também ao se manifestar sobre a constitucionalidade de determinadas leis.

Pela concepção moderna, princípios são normas, compreendendo estas os princípios e as regras. Admitidos por normas, “são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Esta norma não pode deixar de ser o princípio.”⁷

Para Canotilho, QUE CONCEBE A Constituição como um sistema aberto de regras e princípios,

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica”.⁸

Em relação ao processo penal como sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais, pode-se adiantar a existência de alguns princípios absolutamente inafastáveis, e, por isso, fundamentais, destinado a cumprir a árdua missão e proteção e tutela dos direitos individuais.

Como bem analisa Ada Pellegrini Grinover, a Constituição Federal de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código de Processo Penal de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.⁹

O sistema de prisões processuais no Brasil está regido normativamente por princípios do Direito Processual Penal, apesar, é claro, de não encontrar um entendimento pacífico na doutrina. Do vasto elenco constitucional destacam-se cinco princípios a saber: presunção de inocência, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, proibição do excesso e julgamento em prazo razoável.

⁷ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, p.276.

⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 166-167.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo: estudos e pareceres, p. 278

Os princípios serão a seguir individualmente analisados, posto que atuarão como principais instrumentos capazes de viabilizarem a aplicação do instituto cautelar da prisão preventiva.

1.3.1 Princípio da Presunção de Inocência

Dentre os princípios do Direito Processual Penal que tem aplicação direta no regime de prisões processuais, destaca-se como um dos mais importantes, sem dúvida, o chamado princípio da presunção ou estado de inocência ou da não culpabilidade.

Este princípio está positivado em nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, LVII da CR/88. Porém historicamente surgiu na *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que fez questão de deixar registrado em seu art. 9º: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”. A mesma prescrição consta da Constituição Francesa de 1791.

Tal é a importância da ideia veiculada neste princípio que, quase dois séculos mais tarde, ele continua a ser ressaltado, desta feita na Declaração Universal dos Direitos do Homem votada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo artigo XI é de uma clareza solar: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. O mesmo ideal é reproduzido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, cujo artigo 14, item 3, enumera um rol de garantias mínimas a qualquer pessoa acusada de um delito, sobressaindo-se na alínea “g” o direito de não ser obrigado a se confessar culpado.¹⁰ Da mesma forma, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), também nominada de Pacto de São José da Costa Rica, cujo item 2, do art. 8º,

¹⁰ In Legislação Internacional, organizado por Ricardo Seitenfus, Ed. Manole, 2009

celebra a ideia de que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”¹¹

Em nossa Constituição Federal este princípio está estabelecido no artigo 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. De modo geral, é possível afirmar que a presunção de inocência, enquanto princípio constitucional geral, é mais um elemento de promoção do necessário equilíbrio entre a liberdade do cidadão (*jus libertatis*) e a prerrogativa estatal de punir eventuais infratores (*jus puniendi*), cujo objetivo maior é garantir a manutenção de um Estado de Direito. Por isto a presunção de inocência, enquanto princípio constitucional, não apenas desautoriza a formação prévia de qualquer juízo afirmativo quanto à culpabilidade, como também, e a nosso ver com maior ênfase ainda, veicula a ideia de que todos são inocentes até que se prove que são culpados. Este, aliás, o conteúdo semântico do próprio vocábulo “presunção”, ou seja, suposição que se tem por verdadeira até prova em contrário.

Importante esclarecer que a expressão “presunção de inocência” não pode ser interpretada ao pé da letra pois contrariar-se-ia todos o sistema brasileiro de prisões processuais. Se assim o fosse não seria possível inquérito e processos em relação a uma pessoa inocente. Sendo um homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, o que não pode acontecer antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela.

1.3.2 Princípio do Devido Processo Legal

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de modo expresso, no art. 5.º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹¹ *Verbis*. Adotada pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.09.92, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 06.11.92. In: Legislação Internacional, organizado por Ricardo Seitenfus, Ed. Manole, 2009.

Cuida-se de princípio regente, com raízes no princípio da legalidade, assegurando ao ser humano a justa punição, quando cometer um crime, precedida do processo penal adequado, o qual deve respeitar todos os princípios penais e processuais penais. Garante ao indivíduo que somente será processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal.

Observa-se, contudo, que o princípio não deve ser entendido apenas como exigência de que a sentença condenatória seja sempre precedida de um processo, e que esse processo obedeça aos tramites legais previamente instituídos, mas, antes, como exigência de um determinado tipo de processo - o processo devido. Trata-se, assim, de uma maneira especial de enxergar o *due process* *flaw*, compatível com a ideia segundo a qual, na lição de Canotilho, “uma pessoa não tem direito apenas a um processo legal, mas sobretudo, a um processo legal, justo e adequado”.¹²

No âmbito estrito do direito processual é o princípio do devido processo legal o mecanismo assecuratório de maior força contra o arbítrio estatal e privado. Pois, a um só tempo, possibilita as partes um tratamento isonômico em relação ao Estado, os direitos de ação e de defesa, um julgado imparcial e o direito a busca de provas; como minimiza os poderios econômicos e políticos que possam influir os julgados. Por fim, é no processo penal que a garantia ou princípio do devido processo legal, demonstra-se com maior pujança. Sendo o processo penal a forma de movimentar e efetivar o direito de punir do Estado, é o respeito ao devido processo legal previsto na Carta Magna que propicia segurança e certeza num processo penal justo composto por juiz efetivamente imparcial e partes parciais em igualdade de condições.

Se a prisão antes de passar em julgado deve ter sempre natureza de medida cautelar, então é certo que, como forma específica de manifestação do poder jurisdicional, deve também estar sempre vinculada ao princípio do devido processo legal, isto é, ao sistema acusatório de processo penal.

¹² CANOTILHO, J.J.Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.450-451.

1.3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Estabelece o art. 1.º, III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”. Assim este princípio traduz-se no reconhecimento do valor do indivíduo como limite e fundamento da organização política da sociedade. Constitui o fundamento de validade que harmoniza e inspira todo o ordenamento constitucional vigente, informando a base do ordenamento republicano e democrático

Analisando esse princípio leciona Guilherme Nucci:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.¹³

No campo processual penal, a dignidade da pessoa humana se estende-se na premissa de não ser possível à redução do homem a condição de mero objeto do Estado. Veda-se a coisificação da pessoa.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está a garantir que o Estado, ao manejar o jus puniendi em benefício da restauração da paz social, atue de modo a

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, p. .67

não se distanciar das balizas impostas à condição humana do acusado da prática do crime. Por mais reprovável que seja a ação delituosa, não há como justificar seja o seu autor privado do tratamento digno.

A esse respeito, não restou omissa o Direito Constitucional Brasileiro. Como o advento da Constituição da República de 1988 a dignidade da pessoa humana foi alçada à categoria de valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais. A Carta Magna de 88 trouxe no rol de direitos individuais em seu artigo 5º, inúmeros incisos, que podem ser vistos como exigências que o Estado no desempenho de sua função punitiva, há de observar, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana.

Desta forma é grande a preocupação dispensada ao princípio da dignidade da pessoa humana a fim de impedir que o Estado, manifestada sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo, principalmente no que tange a prisões cautelares.

1.3.4 Princípio da Proibição do Excesso

O princípio da proibição de excesso trabalha na conciliação entre direitos fundamentais. Ele ressalta o valor do justo, proibindo o excesso nas restrições ou limitações dos direitos fundamentais do ser humano.

O “[...] princípio da proibição do excesso constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos”¹⁴

Deve-se lembrar de que “o Direito não é o valor mais alto, mas o que condiciona os demais; não é a vida, mas a garantia precípua da vida em sociedade”¹⁵ logo, o Direito deve refletir o justo. Firmada esta premissa, necessário se faz a objetivação do

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada – STA 233/RS, Decisão da Presidência Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30.04.2009

¹⁵ REALE, M. O Direito e a problemática do seu conhecimento, p. 284

justo no tempo, ou seja, trazer justiça ao caso concreto, revelando a concepção do Direito como fato social. Deve-se conferir valor à ideia de justiça, de acordo com uma análise sociológica e histórica do caso a ser tutelado.

O princípio da proibição do excesso surgiu ligado à ideia de limitação do poder no século XVIII, sendo considerado uma medida com valor supra positivo ao Estado de Direito, visando garantir a liberdade individual das ingerências administrativas. Esse critério de proporcionalidade tem suas raízes mais profundas na época dos iluministas, como Montesquieu, autor do *Espírito das Leis*.

O ponto básico do reconhecimento do direito à liberdade decorre do fundamento da dignidade humana, e estabelece, neste aspecto, que qualquer excesso por parte do poder público é odioso, pois, somente se admite a restrição à liberdade de um cidadão naquilo que ultrapassa ela mesma e atingem bens jurídicos e valores de outros cidadãos de caráter constitucional, protegidos por lei.

Encaixa-se, este princípio, ao tempo de duração da prisão preventiva, pois somente pode ser considerada como resposta correta no Estado Democrático de Direito, a que, de forma necessária, seja adequada e de acordo com a Constituição Federal, atendendo aos anseios da sociedade e garantindo, em última análise, o direito fundamental a liberdade.

Para a correta compreensão do princípio da proibição do excesso impõe-se a observância de três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade.

1.3.5 Princípio da Adequação

Consoante este primado o direito penal deve estar apto a proteger os bens jurídicos, adotando medidas adequadas aos objetivos visados, no sentido de estabelecer penas que possibilitem a prevenção geral e especial, nas formas estabelecidas pela lei.

O processo é instrumento de definição (certificação), proteção (asseguração) e realização (efetivação) do direito substancial – eis a síntese do seu escopo jurídico.

Trata-se, em verdade, do mínimo de funções que se podem observar da análise do fenômeno processual- e talvez sejam as mais peculiares – embora não se olvidem funções outras como a social (pacificação social) e a política (tutela das liberdades públicas).

Assim, nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude de crime praticado, a provável pena a ser imposta não será privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa. O meio prisão, consistente em restrição à liberdade individual, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não se resultará privação de liberdade.

1.3.6 Princípio da Necessidade

A reprimenda deve ser imposta observada a previsão legal (princípio da legalidade), na sua forma menos drástica. Daí decorre o princípio da necessidade, não só sob aspecto normativo, pois o legislador não deve cominar penas desnecessárias, quer na qualidade, quer na quantidade, para fatos que a política criminal não recomenda excesso.

É preciso, para não ser desproporcional, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim.

Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa.

Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando outras que também o atingiram de forma menos danosa.

1.3.7 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação do Estado, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

A maior parte da doutrina existente sobre o princípio da proporcionalidade o define sobre a contenção dos excessos que por ventura o Estado possa tentar contra as garantias e direitos individuais.

Nesta mesma linha encontramos Beccaria:

“Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”¹⁶

Na esteira desta compreensão encontra-se Paulo Queiroz, que a luz do que se tem dito amplia esta concepção e refere-se ao princípio da proporcionalidade sobre três aspectos: 1º) proporcionalidade abstrata (ou legislativa); 2º) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização) e o 3º) proporcionalidade executória. Na proporcionalidade abstrata, de acordo com o celebrado autor, dar-se a quando o legislador define as sanções (penas e medidas de segurança) mais apropriadas (seleção qualitativa) e quando estabelece a graduação (mínima e máxima) das penas cominadas aos crimes (seleção quantitativa). A proporcionalidade concreta (individualização judicial), como o nome já diz, é aquela feita pelo julgador no momento da aplicação da pena. Por fim, a proporcionalidade executória que ocorre durante o cumprimento da pena, na fase da execução penal. Assim, concluí o autor, têm o

¹⁶ In: Dos delitos e das penas. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella, p. 37

princípio da proporcionalidade três destinatários: o legislador, o juiz e os responsáveis pela execução penal.¹⁷

Ademais, de acordo com este princípio é necessário que se verifique se a intervenção do direito penal é própria para a defesa do bem jurídico tutelado e se compensa a utilização do poder punitivo do Estado para o fato ocorrido. Por mais valioso que seja o bem jurídico, muitas vezes a intervenção do Estado, por meio do direito penal, limitando a liberdade, se apresenta injustificada. Ao mesmo tempo, deve-se ponderar que a resposta penal é proporcional à importância do bem jurídico, é dizer, não se pode punir com penas leves ação que são reprovadas mais intensamente pelo grupo social e outras que causem danos relevantes com penas insignificantes.

1.3.8 Princípio do Julgamento em Prazo Razoável

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 45/2004, a efetiva prestação jurisdicional foi erigida a princípio fundamental, uma vez que fora acrescentado o inciso LXXVIII, ao art. 5º, da Carta Magna, que assim estabelece, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

O princípio encontra-se previsto igualmente na Lei 9.099/95 (art. 62) e sempre foi utilizado, na medida do possível, no processo penal comum. Não pode implicar, no entanto, em nenhuma hipótese, a restrição ao direito da parte de produzir prova e buscar a verdade real.

Em decorrência de modernas posições doutrinárias e jurisprudenciais, emerge outro princípio constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais: a duração razoável da prisão cautelar. Observa-se, como fruto natural dos princípios constitucionais explícitos da presunção de inocência, da economia processual e da estrita legalidade da prisão cautelar, ser necessário consagrar, com

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral, p. 36

status constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que for absolutamente imprescindível para o esgotamento do processo. Essa tem sido a tendência dos tribunais pátrios, em especial do Supremo Tribunal Federal.

De fato, não se torna crível que, buscando-se respeitar o estado de inocência, conjugado com o direito ao processo célere, associando-se a todas as especificações para se realizar, legitimamente, uma prisão cautelar, possa o indiciado ou réu permanecer semanas, meses, quiçá anos, em regime de restrição de liberdade, sem culpa formada. O Código de Processo Penal, de 1941, já não apresenta solução concreta para o binômio, hoje realidade intrínseca do sistema judiciário brasileiro, prisão cautelar necessária x lentidão do trâmite processual. Não é possível, igualmente, quedar inerte a doutrina; muito menos, nada fazer a jurisprudência. Por isso, extraindo-se uma interpretação lógico-sistemática de preceitos existentes na Constituição Federal, é medida transitável afirmar a indispensabilidade da duração razoável não somente do processo-crime, mas, sobretudo, da prisão cautelar. É realidade não se poder fixar em dias o número exato de duração de uma prisão preventiva, por exemplo. Porém, ingressa, nesse cenário, o critério da razoabilidade, devendo o magistrado avaliar, no caso concreto, o que ultrapassa a medida do bom senso.

Percebe-se que o conceito de razoável duração do processo é aberto, sobre ele a jurisprudência criminal, que, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, procuram construir tais limites, reconhecer e determinar casos a extrapolação do admissível em termos de segregação cautelar.

2. DA PRISÃO

O Direito Penal tem por finalidade essencial proteger os valores mais importantes dos indivíduos e da sociedade em geral. Esses valores são os bens jurídicos penais entre os quais se destacam: vida, liberdade, propriedade, integridade física, honra, patrimônio público.

Essa proteção se dá com a incriminação de determinadas condutas, condutas estas que ferem os bens jurídicos. Assim, cometida a infração pena, nasce para o Estado o direito de punir (pretensão punitiva) consubstanciando na sua legislação material.

Conforme ensinamentos de Fernando Capez:

No momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se numa pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor.¹⁸

Por isto num Estado de Direito a “liberdade não é absoluta e qualquer sociedade organizada dispõe de um direito de repressão, cujo melhor representante é a prisão”¹⁹

Contudo essa sanção penal, a mais extrema e que se relaciona com um dos princípios básicos do cidadão – a liberdade - o *ius punitiois* do Estado só poderá ser exercido mediante o devido processo legal, o qual gerará uma decisão final, o juiz aplicará a pena cominada em abstrato transformando-a em concreta. Transitado em julgado a sentença condenatória, nasce para o Estado o poder-dever de executar a pena em concreto, o *ius executionis*, isto é, a pretensão executória do Estado, visto ter formado um título executivo judicial onde nada mais é do que um prolongamento do *ius punitiois* concreto, surgido com a prática do delito.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, p. 2

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, Liberdades Públicas e processo penal: As interceptações Telefônicas, p. 77

2.1 Conceito

O termo prisão tem sua origem no latim “*prehensio*” e “*prehendere*” que significa ato de prender ou ato de agarrar a coisa. Na realidade a palavra exprime o ato pela qual se priva a pessoa da sua locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir recolhendo-a um lugar seguro e fechado de onde não poderá sair.

Para o Direito Processual Penal a prisão é qualquer forma de privação de locomoção humana resultado de uma medida legalmente prevista.

Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena.

Este conceito, contudo, não é único. Pelo contrário, em nosso sistema a palavra prisão é empregada indistintamente em várias acepções.

Enquanto o Código Penal regula a prisão decorrente de pena, estabelecendo a suas espécies, formas de cumprimento e regimes, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima “a prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei”.²⁰

Portanto o termo prisão é comumente utilizado para significar: estabelecimento prisional, pena privativa de liberdade e, por fim medida legalmente prevista para restringir-se a liberdade individual.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, p. 1168

2.2 Espécies de Prisão

Alguns doutrinadores dividem a prisão em espécies para até mesmo facilitar o estudo o as principais características e institutos aplicáveis a ela.

Tourinho Filho, referindo-se ao conceito de prisão, houver por bem separá-la em duas espécies: “ prisão como pena, ou prisão sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória, utilizada como meio repressivo aos crimes e contravenções, e a prisão sem caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena”²¹

Considerando conveniente separar as prisões em espécies que reúnem aspectos semelhantes.

Uma primeira espécie chamada de **prisão penal**. Essa espécie agrupa todas as prisões relativas ao sistema processual penal vigente, quais sejam: a prisão pena (imposta depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não tem natureza acautelatória já que visa à satisfação da pretensão executória do Estado) e a prisão processual ou prisão sem pena (tem natureza processual e assegura o bom andamento da investigação e do processo penal, evitando, ainda, que o réu volte a cometer crimes, se solto). A segunda espécie chamada de **prisão extrapenal** que deverá reunir todas as medidas de privação da liberdade de locomoção totalmente desvinculada de um fato criminoso.

A prisão pena é a restrição de liberdade humana que se origina de sentença condenatória irrecorrível. É a prisão que dá início à fase de execução penal e se encerra com o cumprimento da pena. É importante lembrar que a prisão pena existe ainda que a pena esteja sendo cumprida em regime aberto, pois a restrição à liberdade continua existindo mesmo de forma atenuada.

No entendimento de Fernando Capez a prisão pena “é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, V3, p. 374

Não tendo finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal à satisfação da pretensão executória do Estado”.²²

Já a prisão processual trata-se de uma modalidade de prisão processual de natureza puramente cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, não tendo o caráter retributivo, mas processual.

Pode perdurar até a sentença transitada compreende a prisão temporária; prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão em decorrência de pronúncia; prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível.

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional sendo exceção à regra. Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade, seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena.

Vicente Greco Filho, asseverando que a prisão processual existe “em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar”, entende que “às vezes se utiliza à expressão prisão provisória, mas pode dar e entender que se trata de algo que será substituído por algo definitivo. Ainda que, e parte, a relação exista, parece preferível a denominação prisão processual”²³

Quanto à prisão extrapenal, como já frisado anteriormente, é a privação da liberdade de locomoção totalmente diversa de um fato criminoso. Tem por modalidades a prisão civil (art. 528, §3º do CPC), a prisão disciplinar militar (CPPM, art. 223), a prisão do estrangeiro para fins de extradição (lei n. 6.815/80).

A prisão extrapenal é, para Tales Castelo Branco, “a prisão de natureza processual decretada no âmbito da jurisdição civil, podendo representar-se como providência coercitiva ou como providência disciplinar”²⁴

²² CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, p. 224.

²³ GRECCO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, p.262

²⁴ CASTELO BRANCO, Tales, Da Prisão em flagrante, p. 13

3. DA PRISÃO CAUTELAR

3.1 Observações Preliminares

Já é cediço que o Estado somente pode privar o ser humano de sua liberdade de locomoção nas hipóteses estritamente necessárias e em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

A prisão, mormente cautelar, é a última “*ratio*” do direito. Só deve existir após esgotados todos os meios legalmente previstos para atingir a finalidade desejada. É um mal e só deve existir quando, sem ela, houver mal maior.

3.2. As medidas cautelares no Processo Penal

No transcorrer do tempo da relação jurídica processual penal até a resposta jurisdicional definitiva, há sempre o risco de ocorrerem fatos que comprometem a sua eficácia.

Destes fatos nasce a necessidade de previsão legal de medidas capazes de garantir a utilidade da decisão final, mesmo com o sacrifício de valores essenciais à realização da justiça.

Como doutrina Fernandes, “nestes casos, se essas providências não forem tomadas, a decisão da causa não mais conseguirá satisfazer o direito da parte. Não se atinge a finalidade instrumental do processo que consiste na prestação jurisdicional justa”²⁵

Na seara do processo criminal constata-se que o nosso Código em vigor não disciplinou autonomamente o processo penal cautelar. Apesar disso, é uníssono o entendimento de que existem atualmente medidas cautelares no nosso processo

²⁵ FERNANDES, Antonio Sacarance, Processo Penal Constitucional, p. 285.

criminal. Como afirma Afrânio Silva Jardim²⁶: “De uma forma ou de outra, é indiscutível a existência de tutela cautelar no nosso sistema”.

As medidas cautelares são formas de se garantir a defesa de direitos até que se confirme a tutela definitiva garantindo, assim, o bom funcionamento da função jurisdicional estatal.

Da impossibilidade de se fazer que os processos de conhecimento e execução sejam mais céleres, surgem as medidas cautelares, que são tutelas jurídicas imediatas, que antecipam os efeitos da condenação definitiva. Isso porque há toda uma tramitação a seguir, pois o processo é uma série coordenada de atos.

Pode ser entendida como uma tutela imediata, conquanto preventiva buscando resguardar direitos e bens para assegurar, afinal, a eficácia das providências determinadas na decisão final.

O processo de conhecimento na área penal é a ação penal condenatória. As medidas cautelares objetivam, pelo menos, minorar a morosidade dos processos, minimizando os efeitos prejudiciais da passagem do tempo sobre o processo, devido ao seu retardamento.

A doutrina divide o instituto jurídico das medidas cautelares em três espécies: 1) Medidas cautelares de caráter pessoal (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão por sentença condenatória recorrível, prisão por pronúncia); 2) Medidas cautelares probatórias (busca e apreensão e depoimento ad perpetuum rei memoriam); e, 3) Medidas cautelares de cunho real (sequestro, arresto e hipoteca de bens).

Além disso, importante destacar o poder geral de cautela. Entende-se que o processo penal apresenta autonomia limitada, ou seja, as medidas cautelares de cunho pessoal não guardam interdependência com o âmbito cível, uma vez que o juiz penal não possui o denominado “poder geral de cautela” que possui o juiz cível. O juiz penal atua com base da discricionariedade recognitiva, ou seja, analisa se os pressupostos dispostos na lei penal, encontram-se presentes no caso concreto.

²⁶ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal, p. 37

3.2.1 Requisitos ou Pressupostos

A concessão de qualquer providência de natureza cautelar pressupõe ao atendimento de dois requisitos fundamentais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sem os quais se tem como inadmissível qualquer antecipação do resultado final.

Faz necessária aqui falar do *periculum in mora*. A urgência decorre do perigo na demora da solução final do processo; perigo esse consubstanciado em elementos efetivos. Não podemos deixar de mencionar que a pretensão postulada decorre da probabilidade de resultado favorável para o beneficiário. É o que se denomina de *fumus boni iuris*. Daí a importância de essa medida ser valorada pelo juiz evitando-se ao máximo prejuízos as partes.

Nesta esteira, a presença dos dois requisitos é essencial para a aplicação da medida cautelar. Se existe urgência em afastar o perigo de prejuízo ao processo, tendo em vista o decurso do tempo, a aplicação da medida cautelar se torna justa.

Com isso, o cerne do processo cautelar é o de assegurar que um estado de fato e de direito seja inalterado. Toda medida cautelar têm as seguintes características fundamentais: jurisdicionalidade; instrumentalidade e provisoriedade.

Para a decretação pelo magistrado das medidas cautelares, é imperioso a presença das características supramencionadas e, ainda, dos requisitos básicos já anteriormente citados. São eles: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A fumaça do bom direito e o perigo da demora do processo devem ser interpretadas com as peculiaridades do processo penal, diante da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória.

Para tanto, ao invés de falar em *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, é preferível utilizar os termos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, na esteira dos ensinamentos de Antonio Scarance Fernandes²⁷.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, As Nulidades do Processo Penal, p. 243

Em outras palavras primeiro devem de ser consideradas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução criminal ou para futura aplicação da lei penal.

Neste diapasão, preleciona Roberto Delmanto Junior:

Isto posto, e com a promulgação da Constituição da República de 1988 e a ratificação interna do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque ou e do Pacto de San José da Costa Rica, é constitucionalmente inadmissível que a legislação processual penal preveja prisões decretáveis no decorrer da persecução penal, que não contenham, já em sua tipificação, os elementos estruturais de toda prisão cautelar: Juridicidade (mesmo se tratando da prisão em flagrante, tendo em vista a sua convalidação judicial), Instrumentalidade e Provisoriedade.²⁸

Para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se sua liberdade realmente representa ameaça ao desenvolvimento e julgamento da ação penal ou a futura eventual execução.

Quanto ao *fumus commissi delicti*, que se traduz pelo binômio materialidade e autoria, como já frisado acima, vale destacar que dado o caráter de urgência com que se desenrola a atividade cautelar, não se exige a comprovação cabal e inequívoca de seus elementos, sendo suficiente uma fundada expectativa acerca da sua procedência. Aliás, como bem observa Lopes Junior, “não se exige um juízo de certeza, mas a probabilidade razoável”²⁹

²⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, p.84

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso de Lima, Fundamento, Requisito e Princípios Gerais das Prisões Cautelares, p. 453.

A verificação acerca dos indícios de autoria não se confunde, como é evidente, com eventual prejudgamento, mesmo porque a prisão cautelar não será nunca decretada com base nessa constatação.

Aliás, como bem observado por Roberto Delmanto Junior, a “a indispensabilidade desses indícios sérios de autoria para que possa proceder ao encarceramento provisório afigura-se, antes de tudo, como uma verdadeira exigência do direito à presunção de inocência, uma vez que vem a limitar, ao máximo, a utilização da prisão provisória, que, repetimos, não será jamais decretada em função da culpabilidade do acusado”³⁰

No que concerne ao requisito ou pressuposto das medidas cautelares, o *periculum libertatis*, a decisão judicial que decreta ou mantém o encerramento provisório deverá sempre demonstrar, com base em dados concretos, em que consiste o perigo que a liberdade do imputado acarreta à instrução ou à aplicação de eventual pena.

3.3 A Prisão Cautelar

A medida cautelar que mais intensamente implica a restrição do direito fundamental à liberdade, atingindo a dignidade do suspeito ou acusado, sem dúvida, é a prisão cautelar, cujo objetivo não é a punição, “mas instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados”.³¹

Trata-se de uma medida cautelar que priva temporariamente o indivíduo, suposto autor do delito, de sua liberdade de locomoção, mesmo que ainda não haja sentença transitada em julgado.

É a prisão destinada à realização do processo e garantia de seus resultados sem objetificar a punição. Recai sobre o suspeito ou acusado, privando-o de sua liberdade de locomoção antes mesmo de uma sentença definitiva.

³⁰ Ob. Cit., p. 85.

³¹ RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, p. 497

Distinta da chamada prisão pena ou prisão sanção, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, tem-se a prisão sem pena, de natureza processual ou cárcere *ad custodiam*, anterior ao desfecho definitivo do processo penal.

A prisão cautelar deve ocorrer em caráter de urgência e necessidade. Trata-se de medida que deverá ser adotada pelo Judiciário para assegurar o curso do processo penal justo, e não como medida paliativa para acabar com a violência e criminalidade das ruas.

A culpabilidade do indivíduo não decorre de ter sido contra ele decretada uma prisão cautelar. O objeto da prisão cautelar não é a culpa e sim a provável periculosidade do indiciado.

De acordo com a lição de Machado, ao lado da atividade cognitiva e executória, o Processo Penal também conhece:

(...) uma atividade jurisdicional cautelar, com pressupostos, fins e peculiaridades da tutela cautelar em geral. Todavia, convém destacar que um sistema político atravessado pela ideologia do liberalismo, tais medidas, que às vezes importam na restrição da liberdade do indivíduo, antes mesmo do provimento jurisdicional definitivo de culpa, não de ser tomadas sempre em caráter absolutamente excepcional e em situações de concreto risco para a efetividade da jurisdição. Fora desses casos, sobretudo numa atmosfera liberal, a constrição da liberdade do indivíduo deve configurar constrangimento intolerável com evidente abuso de autoridade por parte de quem a ordena ou executa.³²

No entanto, como alerta Magalhães, convém não olvidar que “constitui, na verdade, um poderoso instrumento a serviço do aparato estatal, refletindo quase sempre uma opção deliberada do legislador pelo emprego de instrumentos processuais com finalidade intimidatória e repressiva”.³³

³² MACHADO, Antonio Alberto, *Prisão Preventiva*, p28-29

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Presunção de Inocência e prisão Cautelar*, p. 60

São desta índole as seguintes espécies de prisão cautelar: prisão em flagrante (CPP arts. 301 a 310), prisão preventiva (CPP arts. 311 a 316), prisão temporária (Lei n. 7.960/89), prisão decorrente de sentença de pronúncia (CPP, art. 413, § 3º).

Em suma a prisão cautelar, por ser medida extraordinária, deve ser subordinada a parâmetros de legalidade estrita, ou seja, devem ser explicitados motivos concretos, específicos, prejudiciais ao regular andamento do processo, para que o ato se concretize nos termos legais, não podendo, jamais, ser utilizada como punição antecipada, pois, neste caso, não cumprira o seu objetivo específico que é atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.

Ocorre que o Código de Processo Penal sofreu substancial alteração por parte da Lei 12.403/2011, que, alterando diversos dispositivos do referido Diploma, conferiu caráter ainda mais excepcional à prisão preventiva visto que a regra geral, a partir da alteração, é a imposição de uma (isolada) ou algumas (cumulativas) das diversas medidas cautelares (CPP, art. 319), que devem ser aplicadas sempre, de maneira prévia, à prisão: tal conclusão se nota da leitura das expressões impositivas do caput artigo 282 da lei processual penal, quais sejam, "deverão" e "serão".

Verifica-se, portanto, que se antes da Lei 12.403/2011 a prisão cautelar já assumia caráter excepcional, agora podemos dizer, sem receio de erro que sua decretação é excepcionalíssima, visto que, em primeiro lugar, deve(m) ser utilizada(s) medida(s) cautelar(es) alternativa(s) à segregação (CPP, art. 282, caput e §4º c/c 319). Em segundo lugar, na hipótese de descumprimento desta(s), deverá ocorrer, primeiramente, a substituição de uma medida por outra, ou então a cumulação de medidas e, apenas em terceiro e último caso, é que se pode decretar a segregação antecipada.

4. A PRISÃO PREVENTIVA

4.1 Aspectos Preliminares

A prisão preventiva deita suas raízes na Antiguidade, tendo antecedido a própria pena privativa de liberdade. Encontrando seu apogeu na Idade Média com o desenvolvimento do processo inquisitório, onde se tornou o pressuposto ordinário da instrução, como meio de obtenção da confissão através do emprego de tortura. Mais tarde, foi estigmatizada pelo Iluminismo, concomitante à afirmação do processo acusatório. Não obstante, em nome de necessidades variadas, com o perigo de fuga, de deterioração das provas ou mesmo a gravidade do delito e necessidade de prevenção, acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal.

Entre nós, o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu a medida para os crimes inafiançáveis, tendo o Código de Processo Penal baixado pelo Decreto lei 3.689 de 03.10.1941, cuja fonte inspiradora confessamente foi o regime autoritário em vigor na Itália.

Acolhendo uma absurda presunção de necessidade, instituiu-se assim a prisão preventiva compulsória, medida cautelar que somente desapareceu em 1967, através da Lei n. 5.349.

Com a nova legislação, que tornou a prisão preventiva facultativa, eliminando o critério da gravidade do crime, o Capítulo II do Código de Processo Penal sofre profunda modificação. O art. 313 do CPP foi posteriormente modificado pela Lei n. 6.416/77.

Outrossim o artigo 312 do Código de Processo Penal sofreu nova alteração, agora através da Lei n. 8.884/94.

À luz do princípio da presunção de inocência, como já destacado, a prisão preventiva, sendo modalidade de prisão cautelar, somente pode ser justificada quando adotada em caráter excepcional, em situações “em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.

4.2 Conceito

Prisão preventiva é espécie do gênero prisão cautelar de natureza processual. Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. No ensinamento de FREDERICO MARQUES, possui quatro pressupostos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*, ou seja, “fumaça do bom direito”); c) perigo na demora (*periculum in mora*); e d) controle jurisdicional prévio.³⁴

Nas lições de Tourinho Filho “é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução de pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal”³⁵

A prisão preventiva é típica medida cautelar em matéria penal. Consiste na privação da liberdade do acusado de cometer crime para o qual a lei comina pena dessa natureza, vale dizer, pena privativa da liberdade, imposta sem que tenha havido ainda condenação. Este o sentido amplo da expressão, no qual se inclui qualquer forma de privação da liberdade antes da sentença penal condenatória. Mas existe a prisão preventiva em sentido estrito, assim definida por 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

³⁴ MARQUES, Jose Frederico Elementos de direito processual penal, p. 58.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Manual de Processo Penal, p. 622

pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais, em que a custódia provisória seja indispensável.”³⁶

A finalidade da prisão preventiva não é antecipar a pena, mas garantir sua aplicação, e em alguns casos livrar a sociedade do perigo a que estaria submetida com a permanência do acusado em liberdade. Assim é que Fernando Capez conceitua a prisão preventiva 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 ocorram os motivos autorizadores.”³⁷.

A prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu. A prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

4.3 Natureza

É uma espécie de prisão provisória e que possui natureza tipicamente cautelar uma vez que almeja garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo.

Como prisão preventiva que é, reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculum in mora*. Dessa forma já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal, p. 681

³⁷ CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, p. 241.

“... a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada”.³⁸

4.4 Momento de Decretação

Nos ditames do artigo 311 do CPP a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial. O juiz pode decretá-la, de ofício, desde que no curso da ação penal.

A decisão judicial que decreta prisão preventiva rege-se pelo princípio geral *rebus sic stantibus* (locução latina que pode ser traduzida como "estando assim as coisas"), o que significa que pode ser revogada e decretada novamente, tantas vezes quanto for necessário, de acordo com a situação fática apresentada.

Sua determinação durante a *informatio delicti* pode ocorrer desde que no seu curso restem configurados os requisitos, pressupostos e condições gerais indicativas da adoção dessa medida cautelar. Por outro lado, antes da instauração da *informatio delicti* a prisão preventiva não pode ser decretada, mesmo porque não existe a rigor uma persecução criminal que somente vê-se configuradas com a existência do inquérito policial onde as investigações devem ser materializadas.

Convém lembrar aqui a regra do art. 10, *caput*, do Código de Processo Penal, assim se o inquérito estiver em andamento, sem que a polícia tenha concluído as investigações, nada impede seja decretada a prisão, contando-se, a partir da sua efetivação, o prazo de dez dias para conclusão.

Por fim cumpre registrar que nos termos do artigo 236 da Lei nº 4.737 de 10.07.1965 (Código Eleitoral), é vedada a prisão preventiva de qualquer eleitor, no

³⁸ REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 531, ano 69, jan. 19980, p. 301.

período de 05 (cinco) dias antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento das eleições. Ainda o citado artigo no parágrafo 1º diz: “Os membros das Mesas Receptoras e os Fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser, detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição”.

4.5 Decretação de ofício e pessoas que podem provocar a ordenação

Conforme dispõe o artigo 311 do CPP, o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício, no curso do processo penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Assim, tem-se que a autoridade competente para decretar a prisão preventiva é sempre o juiz, quer por provocação, quer de ofício.

A autoridade judiciária que decretar a prisão preventiva deve ser competente para tal ato processual. Assim se a medida cautelar for determinada pelo juiz incompetente, o ato judicial deverá ser decretado irremediavelmente nulo, tornando-se a medida cautelar absolutamente ineficaz e geradora de constrangimento ilegal.

Em que pese a autorização legal para decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, há grande discordância doutrinária nesse sentido. Pode o juiz decretar prisão preventiva de ofício? Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes. A decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz é rejeitada por parte da doutrina processualista brasileira, por ser uma característica do sistema inquisitório.

O Ministério Público tem legitimidade para requerer a custódia cautelar do indiciado ou réu. *In casu*, haverá um pedido feito pelo *parquet* devendo ser apreciado e julgado pelo magistrado competente, o qual poderá prover ou não o pedido. Sendo a postulação indeferida terá cabimento o recurso em sentido estrito, conforme prevê o artigo 584, V do Código de Processo Penal.

O querelante, assim entendido a parte legítima para propor a ação penal privada, quer seja ela genuína, quer se tratar subsidiária da pública, também pode requerer a determinação da prisão preventiva. Assim como o assistente de acusação também o pode fazer. Não é mais o momento para considerar a vítima como mera espectadora do processo, buscando, unicamente, a condenação do réu para fins de indenização civil. Essa ideia é ultrapassada, pois até mesmo durante o processo crime pode o ofendido litigar, pleiteando a reparação civil. Diante disso, o seu interesse para acompanhar o feito criminal diz respeito à realização de justiça, sob sua ótica. Pode procurar a condenação do acusado pelo simples fato de considerar ideia essa medida punitiva logo, figurando como pessoa ofendida pelo crime, nada mais justo que poder indicar ao juiz a medida cautelar consistente na prisão preventiva. Ninguém melhor que a vítima para saber se o réu, em liberdade, pode causar-lhe transtorno. Não se quer dizer que a palavra do ofendido é absoluta, devendo sempre ser levada em conta pelo magistrado.

Quanto a autoridade policial, o artigo estudado permite a provocação da medida coercitiva mediante representação. Por oportuno mencionar Heráclito Antônio Mosin,

Representar não se confunde com requerer. Implica fazer uma exposição escrita emotivos, demonstrando em conformidade com os elementos probatórios colhidos na *informatio delicti* a conveniência da adoção da medida extrema. Se a exposição motivada da autoridade policial convencer magistrado, este decretará a prisão preventiva. Caso contrário, nem mesmo terá que se pronunciar-se a respeito, uma vez que não se trata de postulação, mas sim de mera sugestão.³⁹

³⁹ MOSIN, Heráclito Antônio, Comentários ao Código de Processo Penal: a luz da doutrina e da jurisprudência, p. 625

4.6 Pressupostos Fundamentais

A decretação da prisão preventiva exige a presença de pressupostos (*fumus comissi delicti*), que são cumulativos, consistentes na prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria. Tais pressupostos estão expressos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Sem a coexistência desses dois elementos a prisão preventiva constitui flagrante constrangimento ilegal.

A lei processual exige prova da existência do crime, que pressupõe a comprovação de sua materialidade, ou seja, do fato típico, criminoso, quer seja ele material, quer ele seja formal ou de mera conduta.

Assim como doutrina Julio Fabbrini Mirabete: “não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal”⁴⁰

De acordo com Basileu Garcia: “pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal é indeclinável”.⁴¹

Do mesmo modo, constituindo um dos elementos da infração, a antijuridicidade, uma vez ausente, obstrui qualquer possibilidade de custódia cautelar, assim, se tudo indique ter o acusado agido em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, não poderá ser decretada a sua prisão preventiva, razão pela qual dispõe o art. 314 do CPP.

A decretação da medida cautelar penal impões, ainda, o preenchimento do segundo pressuposto, ou seja, haja indício suficiente de autoria. Desta feita, a necessidade da prova da existência do crime e do indício de autoria implicam no reconhecimento do *fumus comissi delicti*.

Os indícios suficientes de autoria são indícios convincentes que levem a uma suspeita fundada. Não se trata de prova plena da autoria, mas de um juízo de probabilidade de ser o imputado o autor do crime. A lei processual penal, assim, exige

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo Penal, p.385.

⁴¹ GARCIA, Basileu, Comentários ao Código de Processo Penal, v 3, p. 153.

indícios suficientes de autoria e não a sua prova cabal, a qual somente poderá ser verificada em eventual decisão condenatória, após a instrução no processo penal.

Importante ressaltar que indício suficiente de autoria não se confunde com certeza quanto ao sujeito ativo da infração típica, o que é somente exigível quando da prolação da sentença de caráter condenatório. Enfim, no dizer de Heráclito Mosin, “Basta que as provas arrostadas nos autos indiquem a séria probabilidade de o indiciado ou acusado ser o autor do fato punível que lhe é imprecado”.⁴²

A exigência de forte probabilidade em torno da autoria e não apenas meras suspeitas decorrem da própria excepcionalidade da medida diante do princípio constitucional da presunção de inocência, sem sede cautelar, inclui o *in dubio pro libertate*, de que modo que havendo dúvida acerca da existência do crime ou sua autoria, inadmissível se apresenta o apelo à prisão preventiva.

4.7 Circunstâncias legais que autorizam a decretação da prisão preventiva

Consoante disciplina o artigo 312 do Código de Processo Penal provada a existência do crime e havendo indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada tão somente para a garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O legislador poderia ter definido ou detalhado o que vem a ser cada uma das circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva acima expressas, mas não o fez. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar.

⁴² MOSIN, Heráclito Antônio, Comentários ao Código de Processo Penal: a luz da doutrina e da jurisprudência, p.631

Importante destacar que tais circunstâncias dispostas no arcabouço legal são taxativas e não meramente exemplificativas, não se admitindo, portanto, o emprego da analogia para eleição de outras circunstâncias.

4.7.1 Garantia da Ordem Pública

Trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. A expressão ordem pública se apresenta como conceito legal e indeterminado enquadrável em qualquer situação. Diante desta constatação é imprescindível à sobrevivência do Estado Democrático de Direito que a utilização de um conceito aberto para fundamentar o cerceamento da liberdade individual seja interpretado à luz da Constituição Federal, traçando contornos que possam se adequar ao regime político-jurídico adotado.

A ordem pública requer que haja uma tranquilidade e paz social que permitam o desenvolvimento das relações sociais normais, a imposição dessa medida visa tranquilizar a sociedade muitas vezes abalada pelos índices de criminalidade.

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública. Mas não pode ser caracterizada somente pela comoção social causada pelo crime ou pela sua gravidade abstrata. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com organização criminoso*. O que importa é que existem elementos concretos, não meramente abstratos.

Tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando que exista, pelo menos, um binômio como regra.

A gravidade concreta do delito espelha-se pelo fato e suas circunstâncias e consequências. Um roubo, por exemplo, abstratamente é um delito grave, mas nem sempre o é no caso concreto. Essa busca pela concretude do fato é o dever do juiz, a fim de não banalizar a decretação da prisão cautelar, que é uma exceção, não a regra.

A repercussão social não se destaca pela influência da mídia, embora possa ocorrer o acompanhamento dos meios de comunicação. A infração penal repercute em determinada comunidade com maior ou menor intensidade, a depender do caso concreto. O Judiciário precisa atentar para os crimes que provocam o clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta, descrédito na Justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança. Cuida-se, afinal, de uma situação tão anormal e excepcional como é a própria natureza da prisão cautelar. Se a liberdade é a regra, considerando-se a prisão, exceção, devemos ter em mente que há crimes específicos e destacados, fugindo ao lugar comum e atingindo as fronteiras do extraordinário. Por isso fazem frutificar o clamor público, pleiteando providências imediatas e efetivas do Estado.

É o que se verifica, por exemplo, no voto do desembargador Caio Eduardo Canguçu de Almeida, relativamente ao “Caso Nardoni”, no julgamento do HC 993.08.044.581-8, de onde se extrai o seguinte trecho:

“Trata-se de acontecimento que alcançou altíssima repercussão, até mesmo no âmbito internacional, não apenas da hediondez absurda do delito, como pelo fato de envolver membros de uma mesma família de boa condição social, que teriam dado trágico fim à vida de uma doce menina de cinco anos. Em razão de tudo isso, revoltou-se a população de toda uma cidade, que em manifestação coletiva [de] quase histerismo determinante até de interdições de ruas ou quarteirões, apenas não alcançou atingir fisicamente os pacientes porque oportunamente impedida pela eficiente atuação policial. A justiça penal, por isso, não pode ficar indiferente na prestação que lhe cobra o reclamo de toda uma nação”⁴³.

A maneira destacada de execução tem o condão de gerar a excepcionalidade, criando o crime anormal, apto a evidenciar variados aspectos da criminalidade. A ousadia do agente, associada à premeditação, bem como aos mecanismos cruéis ou frívolos de execução, terminam por causar repulsa social além da conta. Normalmente a destacada maneira de execução é capaz de provocar

⁴³ TJ/SP, 4ª Câmara Criminal, RHC 993.08.044.581-8, Rel. Des. CAIO EDUARDO CANGUÇU DE ALMEIDA, julg. em 13.05.2008.

a repercussão social negativa. Esse fator tem sido decretado pelos tribunais, com o passar do tempo, constituindo, hoje, uma das razões a fundamentar a garantia da ordem pública.

As condições pessoais negativas referem-se à personalidade, aos antecedentes e à conduta social, elementos que serão, de todo modo, levados em conta por ocasião da aplicação de eventual pena (artigo 59 do Código Penal). Não há dúvida que causa maior preocupação, no contexto da garantia da ordem pública, o agente ser reincidente em crime doloso, ter antecedentes criminais, personalidade sádica, perversa ou maldosa, além de péssima conduta social. Indiscutivelmente tais elementos constroem o liame necessário para se evidenciar a periculosidade do indiciado ou acusado.

Entretanto importante destacar que o contrário do acima exposto, ou seja, os réus com bons antecedentes não impedem a concessão da prisão cautelar. Assim já decidiu Superior Tribunal de Justiça,

RHC. PROCESSUAL. PENAL. PRISÃO PROVISÓRIA. A primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita não impedem, por si só, a prisão provisória. ⁴⁴

As organizações criminosas são nítidos fatores de intranquilidade social em todos os níveis, desde a vida comum, em sociedade livre, até atingir o âmbito dos presídios e cadeias. Aliás, quanto mais organizado torne-se o crime, menos paz social se pode ter. Por isso, um dos principais elementos de afetação da ordem pública é o cometimento de crimes por estas organizações.

Por fim, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial pacífica, não é fundamento suficiente para decretação de prisão preventiva o simples "clamor público" ou a "credibilidade da justiça" nem a "repercussão nacional de certo episódio" nem o "sentimento de indignação da sociedade". Entretanto, quando essas circunstâncias estiverem conciliadas com o *fumus comissi delicti* e com o *periculum libertatis*, não há de se ter dúvida na decretação da prisão preventiva.

⁴⁴ STJ, 6ª Turma, v.u., RHC 8.566/SP, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, julg. em 30.06.1999

4.7.2 Garantia da Ordem Econômica

Alterando-se o prisma para a garantia da ordem econômica, não se deve perder de vista os pontos já abordados, no tocante à garantia da ordem pública. Entretanto esse requisito da prisão preventiva é uma espécie do gênero. Noutros termos, a ordem econômica quando abalada, tende a acarretar gravame à ordem pública.

Reserva-se tal prisma a delinquência de crimes do colarinho branco, crimes econômicos, financeiros e tributários. Não se trata de uma prisão cautelar indiscriminada, mas associada a bases reais de perturbação da segurança no nível econômico.

Que comete um crime desse porte, insistindo, enquanto aguarda a investigação ou o processo, a permanecer ativo em seus negócios fraudulentos e ilícitos, certamente, provoca abalo à ordem econômica, justificando, assim, a decretação da prisão cautelar.

Em suma, como espécie do gênero garantia à ordem pública, a ordem econômica deve ser vista sob os fatores do seu gênero, associados à particularidades da delinquência nessa particular área do Direito.

4.7.3 Conveniência da Instrução Criminal

A conveniência da instrução criminal é o motivo resultante da garantia de se preservar o devido processo legal, no seu aspecto procedimental. Dessa forma, transtornos provocados pela atuação do imputado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução, que compreende a colheita de provas de um modo geral, tanto na fase investigativa quanto judicial, é motivo a ensejar a sua prisão.

Sob esse fundamento, tem-se razoável, por exemplo, o enquadramento de condutas tendentes a ameaçar testemunhas; investir contra as provas e elementos

de informações; ameaçar a autoridade investigadora, o órgão acusatório, o juiz do feito ou a própria vítima. A decretação da prisão preventiva, neste caso, portanto, é justificada pela necessidade de acautelar o conjunto probatório, evitando-se obstáculos ou dificuldades no estabelecimento da verdade. Segundo assevera Messa,

É possível arrolar as seguintes justificativas na conveniência da instrução criminal: a) proteger a integridade da testemunha ou vítima; b) impedir a adulteração ou ocultação ou destruição ou alteração ou falsidade ou remoção ou supressão de provas; c) impedir intimidação, ameaça, suborno ou conluio com testemunha ou perito; d) impedir influência sobre coacusados, testemunhas ou peritos⁴⁵.

Ao sustentar um decreto de prisão preventiva sob a alegação de conveniência da instrução criminal, não se presta, no entanto, mera suposição de que em liberdade, o indiciado ou acusado poderá impossibilitar a produção de provas através de manobras ilícitas. Faz-se necessário que os fatos concretos vinculados ao comportamento do acusado revelem de forma indubitosa sua disposição naquele sentindo.

4.7.4 Assegurar a Aplicação da Lei Penal

O asseguramento da aplicação da lei penal somente será possível para evitar o *periculum in libertatis*, quando houver razões plausíveis no sentido de que o indiciado ou réu se furtará do cumprimento da pena.

A fuga do indiciado ou acusado, com a conseqüente frustração da pretensão da pretensão punitiva revela uma situação de perigo a aplicação da lei penal. De fato, com a evasão do agente, impossível será a execução da pena que será aplicada.

⁴⁵ MESSA, Ana Flávia. Prisão e Liberdade, p. 213

Não se trata de presunção de fuga, mas de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto pode evidenciar essa potencialidade de desaparecimento do cenário processual.

Nesse ponto Nucci enumera atitudes que poderia ensejar sua configuração:

“(...) a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro (...); e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça”.

4.8 Hipóteses Legais de Admissibilidade

Presentes os pressupostos fundamentais, quais sejam: a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, sendo a constrição da liberdade necessária para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal, segundo a lei processual penal ainda será necessário averiguar se o crime permite a prisão preventiva. Porquanto a providência cautelar tem seu campo de incidência restrito em face da natureza da infração penal.

As hipóteses para cabimento da prisão cautelar estão expressas no artigo 313 do Código de Processo Penal. Assim, a medida cautelar em tela poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (inciso I); se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o prazo do inciso I do art. 64 do Código Penal (inciso II); 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 (inciso III); e quando houver

dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (parágrafo único).

O inciso I do artigo acima citado impõe um patamar de gravidade abstrata a comportar a prisão preventiva. Somente cabe prisão preventiva nos crimes dolosos com pena máxima cominada superior a quatro anos. Essa restrição deve-se ao fato de ter surgido várias outras medidas cautelares alternativas (artigo 319, CPP), destinadas, justamente, a atender o universo das infrações penais de menor relevo.

Já o inciso II trata da hipótese da decretação da preventiva quando o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do artigo 64 do Código Penal.

Entenda-se deva ser o réu reincidente em crime doloso, ou seja, condenado primeiramente por delito doloso, torna a ser apenado por outro crime doloso, desde que a anterior condenação não tenha experimentado o período de caducidade de cinco anos.

Não se admite a reincidência, para fins de preventiva, quando envolver delito culposos. Ilustrando, o réu é condenado por crime doloso ou o acusado é condenado por crime doloso e, após, apenado por delito culposos. Essa modalidade de reincidência não tem força para proporcionar a decretação da prisão preventiva.

Traz o inciso III (artigo 313, CPP) a hipótese introduzida pela Lei. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ou seja, a decretação de prisão preventiva para os crimes que envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, agora se acrescentando a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência, com a finalidade de assegurar a execução de medidas protetivas de urgência.

No parágrafo púnico do artigo 313, CPP contemplou-se a possibilidade de prisão preventiva quando o acusado tenha identidade duvidosa. Ou seja, prevê-se a viabilidade de decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Mas a prisão é fator de pressão para a identificação necessária; tão logo seja esclarecido o cenário da sua identidade, será colocado em liberdade, salvo se os requisitos da preventiva estiverem presentes.

Salutar destacar o artigo 314 do Código de Processo Penal. Não se decreta, em hipótese alguma, a prisão preventiva, quando o magistrado verificar, pelas provas constantes dos autos, a viabilidade de ter o agente cometido o delito sob o manto de alguma das excludentes de ilicitude.

Afinal, se existe a forte tendência de se considerar lícito o fato cometido, inexistente qualquer sentindo em decretar a prisão cautelar do agente. Aliás esse dispositivo encontra-se em harmonia com o disposto pelo artigo 310, parágrafo único, que prevê a concessão de liberdade provisória, sem fiança, quando o agente, preso em flagrante, tiver praticado o fato nas condições constantes dos incisos I a III do artigo 23 do Código Penal.

4.9 MOTIVAÇÃO

A Constituição Federal alçou à condição de dogma constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX). Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. Mesmo tendo o dever de motivação das decisões judiciais expresso na Carta Magna o legislador, na lei ordinária, insere dispositivos no mesmo prisma.

O artigo 315 do Código de Processo Penal dispõe: “ a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Ao decretar a extrema medida exige-se que a autoridade judiciária esclareça em sua decisão qual ou quais os fundamentos existentes para a decretação da custódia preventiva.

Isto é, deve o Juiz realçar as provas da existência do crime (ou da sua inexistência, na hipótese de denegação), bem como os indícios suficientes de autoria (ou insuficientes quando denegar o pedido).

A sua análise permitirá identificar se houve o manejo constitucional do instituto ou se o exercício do poder cautelar se transformou numa modalidade de justiça sumária, inconcebível num Estado Democrático de Direito.

A prisão é um fato jurídico que advém de um fato processual; nada se calca em pura teoria ou tese. É indispensável que o magistrado apresente, conforme as provas constantes do inquérito ou do processo, os dados reais, que sirvam de base para decretação da prisão cautelar.

Do contrário, banalizando-se a preventiva, apresentando-a sem fundamentação idônea, termina-se por inverter a ordem constitucional, que prevê a liberdade como regra e a prisão, pura exceção.

4.10 Revogação e Redecreção

A prisão preventiva lastreia-se em fatos que podem mudar ao longo da instrução. Desse modo a decretação da preventiva não é definitiva, podendo ser revista, caso a situação fática apresente nova feição. É o que dispõe o artigo 316 do Código de Processo Penal: “ O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim, se durante o processo o Juiz constatar que se não mais presentes os fatores que recomendaram a custódia preventiva, poderá revogá-la, e não deve ser mantida apenas porque presentes a materialidade da infração demonstrada e os indícios de autoria.

Entretanto o ato de revogação deve-se basear, e indicar com explicitude, no desaparecimento das razões que, originalmente, determinaram a custódia provisória, sem perder de vista os parâmetros traçados pelo artigo 316.

Por outro lado, considerando-se a natureza e a finalidade do instituto, é natural que se permite ao juiz decretar novamente a prisão preventiva, mesmo porque a qualquer momento ela pode ser necessária.

5. A PRISÃO PREVENTIVA E SEU TEMPO DE DURAÇÃO

5.1 Observações Preliminares

Um dos problemas mais momentosos relativos à prisão preventiva trata-se da duração temporal do encarceramento, ou melhor, da inexistência deste. Numa análise da evolução histórica, não há, bem como nunca houve em tempo algum, o estabelecimento de parâmetros temporais para a segregação preventiva em qualquer diploma de nosso sistema jurídico processual penal.

Inobstante não encontrar nenhuma referência no corpo da Lei dos Ritos, em sua Exposição de Motivos (DOU 13.10.1941), é possível encontrar a seguinte disposição: “a duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados (...)”.

A ausência de previsão expressa de delimitação de prisão preventiva em nosso Código de Processo Penal, bem como a existência de outras disposições severas e retrógradas, é em parte explicada pela influência do Código de Rocco do regime fascista. Segundo Ferrajoli, este Código alargou enormemente as hipóteses de prisão obrigatória e facultativa, suprimiu os prazos máximos e com isso o instituto do desencarceramento por decurso de prazo, e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado facultativo de prisão à avaliação das “qualidades morais e sociais da pessoa”.⁴⁶

Com efeito, no que tange às prisões cautelares, na legislação positiva nacional, somente encontramos previsão de prazo temporal para a prisão temporária, estatuído no artigo 2º da Lei nº 7.960 DE 21.12.1989, ampliando este quando se tratar de crime hediondo (artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.072 de 25.07.1990).

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tra. Por Ana Paula Zomer et alii, p.444

Hodiernamente invoca-se construção jurisprudencial alicerçada no princípio da razoabilidade, que coaduna o prazo para o encerramento da instrução processual como fixador hipotético de prazo de duração da prisão preventiva.

Em âmbito nacional, Rogério Lauria Tucci pugna pela celeridade processual como direito fundamental do acusado, afirmando que “na jurisdição criminal, a ideia de prazo razoável contém outros componentes e outras exigências; de sorte a tornar-se inafastável a inclusão, na concepção do devido processo legal, do direito do indiciado ou acusado de obter pronunciamento judicial o mais rápido possível”.⁴⁷

Outro não é o entendimento de Alberto Silva Franco:

“Nada justifica o prolongamento do processo, com a submissão do acusado a uma medida de coerção pessoal que o despoja, por tempo indefinido, de sua liberdade. A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal”.⁴⁸

Indo ao encontro com esse posicionamento doutrinário, foi positivada essa garantia do jurisdicionado mediante alteração constitucional viabilizada pela EC 45/2004, que incluiu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual expressa que “a todos, no âmbito judicial e administrativos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam celeridade de sua tramitação”.

Erigindo a garantia de direito fundamental à duração razoável do processo, incorporando o já previsto no artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*) a qual assegura que “*Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formal formulada contra*

⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, p. 255

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial., p. 279.

ele, ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Frisa-se, razoabilidade não pode ser sinônimo de imediatismo ou de violação do devido processo legal. Se há um processo que deve “demorar” este é o processo penal. As garantias e formas nele contidas representa a tradução dos valores e preceitos constitucionais; “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”, como já advertia João Mendes de Almeida Júnior.⁴⁹ Logo a celeridade almejada para a obtenção da prestação jurisdicional tem de ser analisada com parcimônia e deve ser relativizada caso a caso.

Delmanto Júnior em obra específica sobre o tema alerta o perigo de não se proceder a um julgamento precipitado, pois sempre devemos ter em mente que o prazo tem de ser razoável não só no viés de ser indispensável à defesa, mas igualmente necessário para garantir a serenidade do juízo, que demandam um certo tempo para esvaecer.⁵⁰

5.2 A Prisão Preventiva frente ao Princípio da Duração Razoável do Processo

Em nosso sistema, como em todos que se pretendem fundados em bases democráticas, a prisão processual é exceção, porque se trata de uma providência cautelar e, como tal, tem vez apenas quando ameaçada a eficácia do (devido) processo penal cognitivo ou executivo, e porque representa a mais drástica forma de limitação à liberdade do indivíduo, cabendo sempre de forma subsidiária, quando não for o caso de aplicar-se uma outra medida acautelatória. Aliás, da leitura dos dispositivos do Código Penal brasileiro referentes à matéria, conclui-se que também a aplicação da prisão definitiva (pena) é excepcional, porquanto cabível apenas se não se afigurar possível a sua substituição por uma pena restritiva de direitos.

⁴⁹ ALMEIDA Jr, João Mendes de. O processo criminal brasileiro, p. 13.

⁵⁰ DELMANTO. Jr. Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prezo de duração, p.306

Dessa forma, os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelos às garantias fundamentais, é claro, estão calcados no respeito à dignidade do acusado, no interesse coletivo e na própria confiança já Justiça de resolver assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerados como adequados e razoável.

Como medida cautelar, a prisão preventiva é interina, destinada a expirar tão logo cessem os seus pressupostos ou venha a termo o processo principal. A sua provisoriedade e excepcionalidade interligam-se ainda à garantia de presunção de inocência de que gozam todos os suspeitos e acusados (art. 5º, LVII, da CR/88).

A ausência, contudo, de uma disciplina sobre o tempo do encarceramento preventivo (tempo que é, na verdade, o maior ônus a recair sobre o preso) reflete negativamente, a uma só vez, sobre as garantias individuais do investigado/acusado e sobre a imperiosa necessidade de uma resposta penal célere do Estado-juiz, como pilares da segurança jurídica e da confiabilidade do sistema judiciário.

Nesta seara, calha advertir, porém, como faz Roberto Delmanto Junior⁵¹, que a celeridade assim perseguida não se confunde com precipitação, sob o risco de comprometer a colheita de provas e de prejudicar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O conceito de razoável duração do processo é aberto, sobre ele corriqueiramente se debruça a jurisprudência criminal, que, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, procura, se não construir tais limites, reconhecer em determinados casos a extrapolação do admissível em termos de segregação cautelar. No terreno doutrinário, a diretiva é a mesma, como nos mostra José Carlos Mascari Bonilha:

O princípio da razoabilidade, segundo o qual não é a mera soma aritmética que deve imperar para a aferição do excesso de prazos, fornece balizas que devem ser observadas em Primeira Instância (hoje, nada obstante este princípio, entende-se que deve, a prova acusatória, ultimar-se no prazo de setenta e seis e oitenta e um dias, nas hipóteses de tráfico de drogas). Há, igualmente, previsão legal

⁵¹ DELMANTO. Jr. Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, p.36

de desaforamento, para os casos em que, decorrido um ano, a contar do libelo acusatório, não tenha sido realizada a sessão de julgamento pelo júri popular. Mas, a celeridade processual deve, à semelhança, incidir na segunda instância e nos tribunais superiores da União, o que contribuiria para a efetiva garantia constitucional, estando em conformidade com a Convenção Americana dos Direitos Humanos.⁵²

Assim o conceito de razoável duração do processo é aberto, dado a sua elasticidade e subjetivismo. Sobre ele debruça a jurisprudência criminal, que se valendo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, procura-se não construir tais limites, reconhecer em determinados casos a extrapolação do admissível em termos de segregação cautelar.

5.3 A prisão preventiva e o excesso de prazo: uma abordagem à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Se não é possível ao juiz estabelecer, de antemão, o prazo de duração da custódia cautelar, quando se verifica o excesso de prazo a configurar constrangimento ilegal?

A questão é debatida de longa data na doutrina e na jurisprudência. Até recentemente – mais precisamente, até o advento da Lei nº 11.719/2008, que produziu alterações no Código de Processo Penal, relativamente aos procedimentos –, prevalecia o entendimento de que a instrução processual, estando o réu preso, deveria encerrar-se no prazo de 81 dias.

DANTE BUSANA explica como se consolidou, na jurisprudência, o entendimento de que a instrução processual, estando o réu preso, deveria limitar-se ao prazo máximo de 81 dias:

⁵² BONILHA, José Carlos Mascari. Prisão cautelar, Processo penal e estado de direito, p. 197-8

“Desde o início da vigência do Código de Processo Penal, inclinouse a jurisprudência por adotar como parâmetro para a aferição do excesso de prazo no julgamento de réu preso o critério do prazo global, isto é, da soma dos prazos previstos na lei para a prática dos atos do procedimento correspondente ao crime. Pouco mais de um mês após a entrada em vigor do Código, em 20 de fevereiro de 1942, a Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, em acórdãos relatados pelo Desembargador Baptista de Oliveira, decidia: “Nos crimes sujeitos ao processo comum da alçada do Juiz singular, é de 81 dias o prazo ordinário para o encerramento com a sentença final de condenação ou absolvição”; nos crimes de competência do Júri é de sessenta dias o prazo em que, de ordinário, deve ser encerrada a formação da culpa.” Nos 66 anos seguintes, o critério foi contestado, repudiado, aplaudido, adaptado, acolhido em lei especial (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, modificada pela Lei nº 9.303, de 5 de maio de 1996) e, finalmente, adotado pela jurisprudência majoritária”.⁵³

Por sua vez, ainda sobre esse ponto, BÁRBARA SORDI STOCK assinala:

“Com exceção da prisão temporária, não há, no Brasil, prazo de duração à prisão cautelar (preventiva, decorrente de pronúncia ou da sentença penal condenatória recorrível). A indeterminação temporal à prisão cautelar fez com que a jurisprudência construísse, a partir da soma dos prazos do procedimento aplicado ao caso sub judice, um limite para a duração do processo. Culminou a construção jurisprudencial com a orientação de que haveria excesso de prazo para quem figurasse preso por mais de 81 dias com processo em andamento na primeira instância. A liberdade poderia ser restabelecida via habeas corpus (art. 648, II, CPP), sem prejuízo do regular andamento do processo. Na verdade, a tentativa foi de limitar

⁵³ BUSANA, Dante. O Habeas Corpus no Brasil, p. 117.

a prisão cautelar e não propriamente estabelecer um limite para a indevida dilação processual, motivo pelo qual está sendo refutada”.⁵⁴

Atualmente, a jurisprudência, incluindo os tribunais superiores, tem proclamado que o prazo para a conclusão da instrução criminal, estando o réu preso, não tem características de fatalidade e de improrrogabilidade, não podendo limitar-se, essa análise, à mera soma aritmética do tempo dos atos processuais.⁵⁵ Esse exame deve ser feito numa perspectiva de razoabilidade, atentando-se para as circunstâncias do caso concreto. Eventual excesso em uma fase processual pode ser compensado na fase seguinte, pois o exame há de ser feito de forma global.⁵⁶

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a alegação de excesso de prazo na prisão preventiva diante da complexidade da causa⁵⁷ e da pluralidade de réus⁵⁸, bem como de outras peculiaridades, como a necessidade de expedição de cartas precatórias⁵⁹ ou o grande número de testemunhas, por vezes residentes em Estados diferentes. Há inúmeros precedentes do STJ no mesmo sentido.⁶⁰

Em decisão de relatoria do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, proferida em sede de habeas corpus, o STJ afastou a alegação de constrangimento

⁵⁴ STOCK, Bárbara Sordi. O Direito Fundamental a ser julgado em um prazo razoável, p. 148.

⁵⁵ STJ, 5ª Turma, HC 124.739/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, j. 24.03.2009; STF, 1ª Turma, HC 103385, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 08.02.2011

⁵⁶ Neste sentido, acórdão da 1ª Câmara Criminal do TJRS (Apelação-Crime nº 70038331112, Rel.Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 15.09.2010).

⁵⁷ STF, 2ª Turma, HC 97299, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, j.15.12.2009. Destaca-se da ementa: “(...) 4. A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. 5. Há elementos, nos autos, indicativos da complexidade do processo, que apura a existência de organização criminosa dedicada à prática de delitos no âmbito de agência do INSS, composta por dezoito denunciados, e com necessidade de expedição de cartas precatórias para fins de cumprimento do art. 514 do CPP (defesa preliminar antecedente ao recebimento da denúncia), o que justifica a demora no recebimento da denúncia. (...)”

⁵⁸ STF, 2ª Turma, RHC 138369, Relator Ministro GILMAR MENDES, j. 07.02.2017; STF, 1ª Turma, RHC 92300, relator Ministro CARLOS BRITTO, j. 30.10.2007.

⁵⁹ STF, 2ª Turma, HC 97891, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, j. 19.10.2010; STF, 1ª Turma, HC 95648, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 09.12.2008; STF, 1ª Turma, HC 107122, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 03.05.2011. Destaca-se da ementa desta última decisão: “Está justificado o prolongamento da instrução criminal, tendo em vista os vários incidentes processuais e a necessidade de oitiva de testemunhas por intermédio de cartas precatórias expedidas. Razoabilidade atendida.”

⁶⁰ Entre outros precedentes: STJ, 6ª Turma, HC 207.664/GO, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), j. 21.06.2011, DJe 10.08.2011; STJ, 5ª Turma, HC 171.353/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, j. 14.06.2011, DJe 01.07.2011.

por excesso de prazo, ao reconhecer que a morosidade do caso não pode ser imputada ao Judiciário:

3. As circunstâncias concretas demonstram o preenchimento dos requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 do CPP). Com efeito, se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despiciendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade (HC n. 296.381/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014). 4. A persecução Penal está sendo devidamente movimentada, conforme se extrai do portal eletrônico do Tribunal revisor. Ainda, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. 5. Não se verifica constrangimento ilegal se a morosidade não pode ser imputada ao judiciário, uma vez que o Magistrado processante tem adotado medidas para imprimir celeridade na solução do caso, estando os autos a receber impulso intenso e constante, com movimentações quase diárias. 6. Estando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, incabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão." (STJ, 5ª Turma, HC 80709 / AL , Relator Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j.23.05.2017, DJe-071 divulg. 31.05.2017).

A linha definidora do excesso de prazo é o limite do razoável, não a mera soma aritmética do tempo dos atos processuais. Entretanto no nosso cenário carcerário há casos em que a prisão preventiva se estende muito além do razoável, transformando-se em verdadeira antecipação da pena privativa de liberdade. Veja-se decisão do STF:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO PACIENTE NO TRIBUNAL DO JÚRI. ALONGAMENTO PROCESSUAL PARA O QUAL NÃO CONCORREU DECISIVAMENTE A DEFESA. DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a custódia instrumental do paciente já ultrapassa 4 (quatro) anos, tempo superior até mesmo a algumas das penas do Código Penal. Prazo alongado, esse, que não é de ser debitado decisivamente à defesa. 3. A gravidade da increpação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida.” (STF, 1ª Turma, HC 98384, Relator Ministro CARLOS BRITTO, j. 29.09.2009, DJe-228 divulg. 03-12-2009).

Em outro julgamento de habeas corpus oriundo do Estado do Pará, a prisão preventiva do paciente se estendia por tempo quase inacreditável:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DOS PACIENTES NO TRIBUNAL DO JÚRI. ALONGAMENTO PROCESSUAL PARA O QUAL NÃO CONCORREU DECISIVAMENTE A DEFESA. DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a custódia instrumental dos pacientes já ultrapassa 7 (sete) anos, tempo superior até mesmo a algumas das penas do Código Penal. Prazo alongado esse que não é de ser debitado decisivamente à defesa. 3. A gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso

LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida.” (STF, 1ª Turma, HC 102668, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 05.10.2010, DJe-020 divulg. 31-01-2011).

Por evidente, em casos tais, o constrangimento ilegal é manifesto, ausente qualquer justificativa razoável para a manutenção da prisão provisória.

Outro ponto que deve merecer atenção é a exata compreensão do contido nas súmulas 21 (“Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”) e 52 (“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”) do STJ. A pronúncia ou o encerramento da instrução põe fim a qualquer alegação de excesso de prazo, mas com o olhar para trás. A partir de então, a marcha do processo, estando o réu preso preventivamente, deverá continuar a merecer exame numa perspectiva de razoabilidade. O constrangimento por excesso de prazo pode, é certo, ser identificado após a pronúncia ou o encerramento da instrução processual.

5.4 A Importância do Princípio da Proporcionalidade no tempo da duração da Prisão Preventiva

O princípio da proporcionalidade ou também chamado pela Doutrina Constitucionalista de Princípio da Proibição do Excesso, como já enfocado anteriormente, possui elementos estruturais que são também chamados de subprincípios ou subregras. São elas: a) princípio de adequação; b) princípio da necessidade; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade deve ser medida, portanto, pela iminência no caso concreto destes três elementos essenciais: a adequação dos meios utilizados pelo legislador par consecução das finalidades pretendidas; a necessidade de utilização

destes meios, e a razoabilidade, aferida por meio de uma ponderação entre os objetivos visados e o significado da intervenção.⁶¹

A correta identificação da adequação do meio exige uma perquirição acerca da aptidão para alcançar o resultado pretendido. Observa Afonso da Silva, criticando a comum identificação da adequação com o efetivo alcance da finalidade visada, que adequado “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”⁶². Conclui assim que uma medida somente poderá ser considerada inadequada caso sua utilização não contribua em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.⁶³

Cuida-se, na realidade, de um processo investigatório em torno da aptidão, utilidade, idoneidade da medida, para oportunizar o alcance da finalidade perseguida.

As três subregras se inter-relacionam de modo que somente poderá ser qualificada a medida como proporcional quando, a um só tempo, for adequada, necessária e razoável.

Mas para que uma medida limitadora de um direito fundamental, como é a prisão preventiva, seja considerada proporcional não é suficiente que seja adequada e necessária. Exige-se ainda um último exame, que consiste “em sopesamento entre a necessidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁶⁴

Dito de outro modo, para que a Prisão Preventiva seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito basta que os motivos que fundamentem a adoção da medida não tenham peso suficientemente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

⁶¹ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares, O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição, p. 125.

⁶² SILVA, Luis Virgilio Afonso da, O Proporcional e o Razoável, p. 36

⁶³ SILVA, Luis Virgilio Afonso da, O Proporcional e o Razoável, p. 36

⁶⁴ SILVA, Luis Virgilio Afonso da, O Proporcional e o Razoável, p. 40

De fato, ao princípio da proporcionalidade está subordinado uma importante função interpretativa, porquanto é capaz de indicar ao hermeneuta o caminho no processo de busca pela solução mais justa ao caso concreto e específico.

Como assinala Paulo Bonavides,

O critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça de caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com equidade e é um eficaz instrumento de apoio as decisões prós e contra, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato de correção⁶⁵

Assim, a estrita observância do princípio da Proporcionalidade na efetivação do tempo de duração do encarceramento provisório, exige a concretização de um juiz ponderativo de vários interesses que entram em rota de colisão em casa caso concreto.

Pois se de um lado, no âmbito da *persecutio criminis* alinha-se os interesses investigatórios e penais do Estado, de outro, não menos relevante são os interesses de quem sofre as consequências da prisão preventiva. Ou seja, é o balanceamento entre uns e outros que resulta a medida mais adequada em casa situação concreta.

Nenhum excesso do Poder Público pode deixar de ser contido, mesmo porque a restrição das liberdades fundamentais está sujeita à estrita observância do princípio da proporcionalidade (também chamado de princípio da proibição do excesso), que veda o arbitrário de qualquer poder.

Nesta esteira, no momento de verificar em casa caso concreto se há excesso de tempo na duração da prisão preventiva, além de atender os requisitos formais do Código de Processo Penal (artigos 312 e ss.), o que existe de mais imperioso é a impostergável imprescindibilidade de se ponderar os vários interesses em conflito para se verificar quais, concretamente, devem ponderar.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 426.

Para fins de análise sobre o tempo de duração da prisão preventiva, devem ser analisados primordialmente em cada caso concreto; as consequências jurídicas esperadas; a importância da causa; o êxito previsível da medida.

De outro lado, o *ius libertatis*, configura um dos mais sagrados direitos fundamentais, só podendo ser atingido em casos extremos, de absoluta necessidade, é dizer quando há sério e fundamentado risco a sociedade.

Assim cabe ao magistrado ao analisar se alguém será preso preventivamente sem a devida necessidade, ponderar particularmente pelos interesses do acusado, quais sejam: a preservação do *ius libertatis*; os prejuízos que a medida proporciona e o respeito aos seus direitos fundamentais.

Logo, para que se chegue à conclusão de excesso de prazo é imprescindível o juízo de proporcionalidade quanto ao tempo da prisão preventiva do acusado e do trâmite processual, associados aos fatos ocorridos no processo, à complexidade da causa, ao número de réus e se a demora pode ser imputada à defesa.

Neste diapasão, para que se possa perquirir em cada caso concreto se há excesso de prazo, caracterizando constrangimento ilegal, segundo o Superior Tribunal de Justiça se faz necessário à configuração dos seguintes requisitos: o excesso decorra exclusivamente de diligência suscitadas pela acusação; resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo e por fim implique ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Nesta linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento de *Habeas Corpus* entendeu, por votação unânime, a denegação da ordem, não havendo constrangimento ilegal por excesso de prazo. Transcreve-se parte do venerando acórdão:

1. A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória, mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na

tramitação da ação penal. 2. No caso em exame, o alegado excesso de prazo para a formação da culpa não está configurado, pois decorre de conduta exclusiva do paciente (Súmula 64/STJ), que permaneceu foragido do distrito da culpa por quase 15 anos, alheio aos chamados do Poder Judiciário, o que ensejou a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. 3. Ordem denegada. (STJ, 6ª Turma, HC 387243/PE, Relator Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, j.16.05.2017, DJe-071 divulg. 30.05.2017).

Valendo também o mesmo destaque a jurisprudência da Corte Suprema, num julgamento, também de *Habeas Corpus*, denegou, por unanimidade, a ordem por entenderam que se a demora processual deu por culpa da defesa, não há que se falar em excesso de prazo:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Homicídio qualificado e ocultação de cadáver. Prisão preventiva. Excesso de prazo não configurado. Contribuição da defesa para a mora processual. 3. Constrangimento ilegal não configurado. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. HC 142125 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 06-06-2017 PUBLIC 07-06-2017).

CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, a liberdade do indivíduo é a regra e a prisão cautelar, uma medida que, *a priori*, em razão do princípio da inocência deve ser adotada somente quando houver necessidade. Desta forma evita-se uma avaliação negativa da pessoa do acusado antes do encerramento do devido processo penal, o qual não é um mero instrumento de aplicação da lei penal, mas, sim, um meio de se evitarem arbitrariedades e de se permitir ao acusado o exercício de todos os seus direitos e garantias.

Assim o encarceramento antes do trânsito e julgado de uma sentença penal condenatória é medida possível em nosso ordenamento jurídico pátrio, desde que adotada excepcionalmente e proporcionalmente, obedecendo a sua função, qual seja, prover o processo e assegurar o seu desenvolvimento ou eficácia da prestação jurisdicional.

A prisão preventiva, na sua decretação e na sua manutenção, deve orientar-se por critérios de necessidade, uma vez satisfeitos os requisitos legais. O constrangimento por excesso de prazo deve ser aferido numa perspectiva de razoabilidade e proporcionalidade, atentando-se para as circunstâncias do caso concreto.

Não se pode perder de vista que a prisão preventiva – enquanto medida cautelar – mais do que um instrumento a serviço do processo, precisa ser proporcional, uma vez que não pode acarretar consequências mais graves do que o resultado final do processo penal.

É importante sempre observar que a prisão preventiva atinge gravemente a liberdade do agente, expondo-o ao encarceramento provisório, com toda a estigmatização que dela resulta. Por isso indispensável se faz a verificação se, no caso concreto, a decretação da prisão preventiva é adequada, necessária e se justifica e, face de valor maior a ser protegido.

Assim como corolário lógico dos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, a prisão preventiva somente poderá perdurar por tempo razoável,

analisado em cada caso concreto, não podendo admiti a manutenção da custódia preventiva conquanto seja necessário.

Na realidade, o mais apropriado e indicado seria o estabelecimento de prazo peremptório e definido para a duração da prisão preventiva, desvinculando de qualquer parâmetro processual. O *quantum* da segregação cautelar deve vir fixado em termos absolutos, ou seja, expressamente previsto na lei processual sem qualquer exceção ou dependência de qualquer outra fase procedimental.

Há um princípio basilar que vigora no regime constitucional da prisão preventiva: necessária limitação do tempo. Toda a prisão preventiva que se prolonga além de um limite de tempo se converte, de fato, na aplicação de uma pena, e, para manter sua legitimidade constitucional, prisão preventiva deve ser o menos semelhante possível a uma pena.

É imperioso que a provisionariedade, característica de todas as medidas cautelares, bem como da prisão preventiva, associada unicamente aos motivos ensejadores da decretação da segregação provisória, deva ser entendida também como alicerce e fundamento ao lapso temporal de sua duração.

O estabelecimento de um prazo máximo para a custódia preventiva, se abraçado pelo legislador, virá em boa hora, atendendo ao mesmo tempo à dupla finalidade que constitui razão de ser do processo penal: a garantia de liberdade do acusado, corolário do seu estado presuntivo de inocência, e a resposta estatal à violação do ordenamento com a ocorrência do fato criminoso, que deve ser efetiva e, pois, célere.

O estabelecimento de um parâmetro temporal razoável representa grande avanço no sentido de limitar o poder punitivo e preservar a dignidade do homem, sendo imperativa a coragem e a consciência de nosso Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA Jr, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. V1. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução:J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONILHA, José Carlos Mascari. Prisão cautelar, Processo penal e estado de direito. Campinas: Edicamp, 2002.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUSANA, Dante. O Habeas Corpus no Brasil. São Paulo, Atlas, 2009.

CANOTILHO, J.J.Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTELO BRANCO, Tales, Da Prisão em flagrante, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1993

DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2001

FERNANDES, Antônio Sacarance, Processo Penal Constitucional. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tra. Por Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, 2. Ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Basileu, Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v 3.

GRECCO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini, Liberdades Públicas e processo penal: As interceptações Telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. O processo: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MESSA, Ana Flávia. Prisão e Liberdade – 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013

MIRABETE, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal – Interpretado, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2001.

MOSIN, Heráclito Antônio, Comentários ao Código de Processo Penal: a luz da doutrina e da jurisprudência.1.ed. Barueri: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014

QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005

RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

REALE, M. O Direito e a problemática do seu conhecimento, in: Horizontes do Direito e da História, 3ª ed.rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 2000

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999

STOCK, Bárbara Sordi. O Direito Fundamental a ser julgado em um prazo razoável. Porto Alegre, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul – nº 57, Metrópole.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal Comentado, 8ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, v. 1, 2 e 3.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARGAS, José Cirilo de. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.