

RAISSA PORTO LIMA

**A ANÁLISE DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA E O
PRAZO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

RAISSA PORTO LIMA

**A ANÁLISE DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA E O
PRAZO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2018

RAISSA PORTO LIMA

**A ANÁLISE DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA E O
PRAZO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar e analisar o instituto da prisão preventiva, assim como os seus requisitos e compatibilidade com o princípio da razoável duração do processo, sem perder de vista também, a posição dos constitucionalistas que embasam a matéria. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais de superposição. Está dividida didaticamente em três capítulos, sendo que o primeiro aborda o histórico acerca das prisões no Brasil evidenciando, é claro, a evolução da prisão preventiva, e em seguida seus fundamentos e conceito. O segundo capítulo trata-se dos pressupostos e requisitos para decretação da prisão preventiva, e elementos para sua revogação. Por fim, o terceiro capítulo analisa a prisão preventiva em confronto com o princípio da razoável duração do processo, conforme a emenda constitucional número 45, e as consequências da violação de tal princípio.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Processo penal. Cautelaridade. Prazo razoável. Devido processo legal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	3
1.1 Histórico sobre a prisão preventiva	3
1.2 Fundamentos da prisão preventiva	5
1.3 Conceitos legal e doutrinários sobre a prisão preventiva	9
CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	12
2.1 Pressupostos para decretação da prisão preventiva	12
2.2 Requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal	15
2.3 Revogabilidade da prisão preventiva e substituição por outras medidas processuais	18
CAPÍTULO III – ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	22
3.1 Conceito de duração razoável do processo em termos constitucionais	22
3.2 Prazo da prisão preventiva conforme doutrina e jurisprudência	24
3.3 consequências do excesso de prazo com relação a prisão preventiva	27
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

A presente monografia possui a finalidade de analisar os requisitos da prisão preventiva nos termos do Código de Processo Penal e as suas hipóteses legais, em quais situações se enquadram a sua revogabilidade, bem como, a sua compatibilidade com o princípio da razoável duração do processo.

A prisão preventiva é uma medida cautelar que restringe a liberdade do indiciado por necessidade dos requisitos estabelecidos em lei, que são eles: a garantia da ordem pública; da ordem econômica; pela conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal; quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; e em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Destaca-se que artigo 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional número 45 de 200 assegura a razoável duração do processo, no entanto, ainda existe alto índice de réus presos preventivamente no Brasil, e em longo prazo, o que faz questionar a presença do princípio da razoável duração do processo. Este trabalho analisa também, o que acarreta o excesso de prazo e a violação de tal princípio.

No que diz respeito a problematização do tema, foram propostos três questionamentos: a) Qual o conceito da prisão preventiva e seus fundamentos legais? b) Em quais hipóteses a prisão preventiva pode ser decretada? c) É possível compatibilizar a prisão preventiva com o princípio da razoável duração do processo?

Para responder a esses questionamentos, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo discorre acerca do histórico das prisões no Brasil evidenciando, é claro, a evolução da prisão preventiva, e em seguida seus fundamentos e conceito, buscando auxiliar num melhor conhecimento técnico sobre esse instituto essencial ao Processo Penal.

No segundo capítulo são abordados os pressupostos e requisitos para decretação da prisão preventiva, quais são particularidades mínimas e essenciais para sua decretação e devem ser analisados cuidadosamente pelo magistrado. Observa-se ainda, que caso esses critérios não se façam mais presentes, a prisão deve ser revogada.

Já no terceiro capítulo será confrontado o excesso de prazo da prisão preventiva com o princípio da razoável duração do processo, mencionando primeiramente a interpretação constitucional, e em seguida o entendimento doutrinário e jurisprudencial, bem como Súmulas importantes a respeito da matéria. Por fim, serão analisadas as consequências decorrentes do excesso de prazo.

Dessa maneira, a presente monografia, que usa a técnica de compilação bibliográfica, tende a demonstrar que a prisão preventiva, embora seja a mais drástica forma de medida acautelatória antes da sentença, é um instituto jurídico necessário e eficiente para a manutenção do objeto do processo penal.

CAPÍTULO I – CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma medida cautelar que restringe a liberdade do indiciado por necessidade dos requisitos estabelecidos em lei, que são eles: a garantia da ordem pública; da ordem econômica; pela conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal; quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; e em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Nesse capítulo analisar-se-á o histórico acerca das prisões e, por consequente, a evolução da prisão preventiva enquanto instituto essencial ao processo penal. Dentro deste estudo serão mencionadas as melhores doutrinas e julgados acerca do tema para um melhor esclarecimento técnico sobre o assunto.

1.1 Histórico sobre a prisão preventiva

As prisões, historicamente, eram um local onde o acusado esperava o seu julgamento. Em caso de condenação, o que quase sempre acontecia, as penas eram cruéis podendo ser até mesmo de morte. Apenas no final do século XVIII e início do século XIX que a detenção passou a ser vista como sanção criminal sobre um delito praticado por alguém, passando, a prisão, a se tornar peça fundamental no conjunto de punições. (AMARAL, 2013)

No Brasil não foi diferente e, até o século XVIII, as prisões eram locais de custódia, onde o réu ficava resguardado até o julgamento e a aplicação da pena. Vale lembrar que nessa época as penas eram de morte, tortura, humilhação, lesões

corporais, como mutilações, e confisco de bens, até que em 1824, com a nova Constituição Brasileira, as penas cruéis foram banidas. (ENGBRUCH, 2012).

Em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil pela lei de 16 de dezembro de 1830. O Código substituiu o livro V das Ordenações Filipinas de 1603, que mesmo depois da Independência continuou em vigor por determinação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

O Código Criminal do Império introduziu a prisão simples e a prisão com trabalho, e possuía quatro partes, sendo elas: dos crimes e das penas; dos crimes públicos, dos crimes particulares e dos crimes policiais. Foi complementado posteriormente pelo Código do Processo Penal de 1832. Em 1890 foi promulgado o novo Código Penal, que autorizava a prisão preventiva caso a autoridade não fosse obedecida depois da 3ª advertência. (ENGBRUCH, 2012).

Nestes termos pode-se ler na já revogada lei, porém, não menos importante para a compreensão do contexto histórico agora analisado o seguinte aspecto sobre a prisão:

Art. 121. Quando a autoridade policial for informada da existência de alguma sedição, ou ajuntamento ilícito, irá ao lugar, acompanhada do seu escrivão e força, e reconhecendo que a reunião é ilícita e tem fins ofensivos da ordem pública, o fará constar às pessoas presentes e as intimará para se retirarem. Si a autoridade não for obedecida, depois da 3ª admoestação empregará a força para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças. Art. 122. Os que, depois da 1ª intimação da autoridade, conservarem-se no lugar e praticarem alguma violência, incorrerão mais nas penas que corresponderem ao crime resultante da violência (BRASIL, 1890, *online*)

Em 1940, com o advento do Código Penal a pena de morte foi definitivamente abolida, mantendo-se o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade. Em 1977, foi promulgada a Lei nº 6.416 que alterou o processo penal e brasileiro. A mudança mais significativa no cenário brasileiro com relação à execução da pena veio com o advento da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais – que, efetivamente, judicializou a execução penal no país. (AMARAL, 2013)

Com o passar do tempo, a prisão processual tem sofrido diversas críticas e servido de instrumento nas mãos dos governantes, sempre invocada contra o criminoso e em prol da sociedade. (BRITO, 2015)

No tocante à prisão preventiva, a Lei 12.403/2011 alterou, significativamente, o Código de Processo Penal de 1941 trazendo requisitos mais claros para a análise de sua concessão. Dessa maneira, a evolução do tema passa por uma verdadeira mutação, sempre tendo como orientador o princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Originalmente, no Código de Processo Penal, era possível se falar em prisão preventiva obrigatória e facultativa, pois, na redação original do artigo 312, a prisão preventiva seria decretada em crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos, tratando-se de prisão preventiva obrigatória. Já no caso da facultativa, essa era usada em contraposição, sendo cabível quando, além de prova da materialidade e indícios de autoria, estivessem presentes outros pressupostos. (LIMA, 2014)

Verifica-se uma preocupação real, a partir do século XIX, com a prisão e o sistema penal brasileiro, com a abolição das penas cruéis e de morte, e o crescimento da sanção de detenção como forma de pena em si mesma.

1.2 Fundamento da Prisão preventiva

A Constituição Federal que é a norma máxima da nação traz em seu conteúdo os requisitos mínimos da prisão em seu artigo 5º LXI o qual dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. (BRASIL, 1988)

Além de estar previsto como garantia fundamental, o artigo 93, IX, da Constituição Federal Brasileira afirma que toda decisão judicial deve ser fundamentada, previsão idêntica a encontrada no artigo 315 do Código de Processo Penal, razão pela qual é indispensável que o juiz apresente razões fundamentadas

para privar alguém de sua liberdade, sendo inadmissível a mera repetição de termos legais, sem especificar, o juiz, em quais fatos se baseia para extrair sua conclusão. (NUCCI, 2012)

Antes, entendia-se que a fundamentação processual das decisões era apenas uma forma de garantia técnica do processo, passando-se, com o tempo, a ser identificada como garantia da própria jurisdição, funcionando como exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. (LIMA, 2014)

Antes do advento da Lei 12.403/2011 eram quatro as hipóteses de caracterização do chamado *periculum in mora*: conveniência da instrução criminal; garantia da aplicação da lei penal; garantia da ordem econômica e garantia da ordem pública. Com o advento da lei, a prisão preventiva passa a poder ser decretada, também, em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. (CAPEZ, 2013)

A prisão preventiva possui dois pressupostos: a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria – não se exige prova plena, bastando o *fumus boni iuris*. (CAPEZ, 2013). Como qualquer medida cautelar, pressupõe a existência de *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*) – perigo na demora (ou perigo na liberdade) e fumaça do bom direito (ou fumaça da prática de um direito punível) – sendo esse caracterizado pela possibilidade do agente de ter praticado a infração penal, em face dos indícios de autoria e, aquele, significando “o risco de que a liberdade do agente venha a causar prejuízo à segurança social, à eficácia das investigações policiais/apuração criminal e à execução de eventual sentença condenatória”. (AVENA, 2017, p. 980)

Em se tratando de *periculum libertatis* é importante que a autoridade judiciária identifique, de forma objetiva, quais os atos específicos futuros que se pretende evitar e apontar quais foram os elementos fáticos que levaram à convicção de que esse ato possa, efetivamente, se concretizar. (BRITO, 2015)

Com relação aos fundamentos da prisão preventiva, em nova redação, o

artigo 312 do Código de Processo Penal, passa a vigorar da seguinte maneira:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (BRASIL, 2011, *online*)

O *caput* do artigo 312 assinala quatro fundamentos da prisão preventiva, quais sejam: a garantia da ordem pública; a conveniência da instrução criminal; a garantia da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica.

A primeira situação, de garantia de ordem pública, é normalmente associada à continuidade da prática criminosa, podendo, ou não, ter relação ao delito que tenha se praticado. (BRITO, 2015)

Nas palavras de Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2017, p. 981) o qual disserta com acerto sobre o instituto que: “Entende-se justificável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio de que volte a delinquir”.

Já na hipótese de garantia da ordem econômica, o legislador tratou de uma variável da garantia da ordem pública, sendo mais específica, relacionada a uma determinada categoria de crimes ligados as questões de livre-concorrência, livre mercado, domínio de mercado de bens e serviços, entre outros e, sendo necessária que a gravidade da infração, a repercussão social e a possibilidade de reiteração da conduta criminosa sejam fatores que impeçam o restabelecimento a paz social e da tranquilidade. (AVENA, 2017)

O terceiro fundamento para estabelecimento da prisão preventiva, de acordo com o previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, está ligado com a conveniência da instrução criminal e, o objetivo da prisão é prender o indiciado

que, em liberdade, coloca em risco a produção de provas e atrapalha a instrução. (CAMPOS, 2014)

Por fim, o último fundamento para decretação da prisão preventiva liga-se ao fato de o juiz identificar que o acusado tentará se furtar da aplicação da lei penal, por motivo de fuga, para não se submeter á sanção penal decorrente de futura condenação. (BRITO, 2015)

Com o advento da Lei nº 12.403, passou-se a admitir a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, mesmo que constitua a última alternativa colocada à disposição ao magistrado, em que pese o disposto no artigo 282, § 4º do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz, em se tratando de medida cautelar, substituir a medida cautelar; ou impor outra em cumulação ou; por fim, decretar a prisão preventiva. (CAPEZ, 2013)

Como a prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não pode se prolongar indefinidamente por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório, configurando constrangimento ilegal nos casos em que assim acontecer. (NUCCI, 2012)

A Lei nº 12.403 de maio de 2011, trouxe, ainda, nova redação ao artigo 313 do Código de Processo Penal, com a definição das condições de admissibilidade da prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso

ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 2011, *online*)

Em caso de inadmissibilidade a prisão preventiva por ausência de seus requisitos, nada impede a decretação de outra medida cautelar diversa da prisão. (LIMA, 2014) Presentes os pressupostos e fundamentos que autorizam a prisão preventiva, esta será admitida nas hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal.

1.3 Conceitos legal e doutrinários sobre a prisão preventiva

A prisão é conceituada pelos estudiosos do direito penal levando-se em consideração sua dupla função, tanto no direito penal quando no direito processual penal, sendo considerada como “toda forma de privação legal da liberdade deambulatoria de alguém, seja em decorrência de cumprimento de pena imposta por sentença definitiva, seja em razão de providência cautelar processual penal”. (CABETTE, 2013)

O professor Guilherme de Souza Nucci conceitua prisão como sendo “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. (NUCCI, 2012, p. 413)

Já em se tratando de prisão preventiva, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 604), é “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.

Para o professor Fernando Capez a prisão preventiva é uma prisão processual cautelar decretada em qualquer fase da investigação policial ou persecução penal, decretada pelo magistrado desde que presentes os requisitos e existentes os motivos legais autorizadores. (CAPEZ, 2013)

Já na visão de Eduardo Luiz Santos Cabette, a prisão preventiva se encontra vinculada a fatores de necessidade e adequação, conformando a proporcionalidade de sua aplicação aos casos efetivos. (CABETTE, 2013)

Ainda sobre o conceito, o Professor Norberto Cláudio Pâncaro Avena conceitua prisão preventiva como “modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam e as hipóteses que a admitem”. (2017, p. 972)

Por fim, na linha do dispositivo legal, Walfredo Cunha Campos (2015, p. 197) conceitua prisão preventiva da seguinte maneira: “É a prisão cautelar decretada em qualquer fase das investigações policiais ou do processo penal, tendo por fundamento a necessidade de se assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a futura aplicação da lei penal”.

A prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária, pois esta só pode ser decretada na fase pré-processual, não pode ser decretada de ofício, só é cabível em um rol taxativo de delitos e possui prazo pré-determinado. (LIMA, 2014)

A lei nº 12.403 de maio de 2011, que alterou diversos artigos do Código de Processo Penal de 1941, prevê, em seu artigo 1º, a nova disposição para o artigo 282, §§ 4º e 6º do CPP, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (BRASIL, 2011, *online*)

Caso o juiz verifique que o agente praticou o fato amparado pelas excludentes de ilicitude, pelas provas constantes nos autos, a prisão preventiva não poderá ser decretada, conforme dispõe o artigo 314 do Código de Processo Penal. (CAMPOS, 2015)

A prisão preventiva possui natureza cautelar, tendo em vista o disposto no artigo 312 a respeito de seus fundamentos, sendo seu objetivo a tutela da sociedade, da investigação criminal e da aplicação da pena, é importante destacar,

conforme disposição do § 6º do artigo 282, que deve ser evitada, sendo determinada apenas nos casos especificados em lei.

CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.

Nesse capítulo abordaremos os pressupostos e requisitos para a decretação da prisão preventiva, entendidos como tais os aspectos mínimos e que devem estar presentes para a sua decretação.

Nesse passo, nota-se que a medida não pode ser arbitrária, outrossim, o Juiz, usando do seu prudente critério, deve analisar minuciosamente se estão presentes todos os elementos para a sua decretação. Da mesma forma, caso eles desapareçam supervenientemente, a prisão deve ser revogada, pois não se trata de pena, mas sim de medida acautelatória para garantir o objeto do processo em todos os seus termos.

2.1 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Os pressupostos para decretação da prisão preventiva são aqueles contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que são: a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Fernando Capez ressalta que os pressupostos se tratam da expressão *fumus boni iuris*, e que o juiz somente poderá decretá-la se estiver demonstrada a possibilidade de o réu ter sido o autor de fato típico e ilícito. (CAPEZ, 2015)

Esses pressupostos concretizam o *fumus commissi delicti* (fumaça da prática de um direito punível) para decretação da medida, dando segurança juntamente com a apuração probatória da infração e infrator.

Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, analisando de forma mais detida os pressupostos da prisão preventiva, após verificar com cuidados os autos de inquérito e ação penal, chegou a conclusão e aduziu que:

Os elementos que justificam a propositura da ação penal não se identificam com aqueles exigidos para decretação da prisão cautelar. 2. Um dos requisitos para decretação da prisão preventiva é a presença de indícios suficientes de autoria. Hipótese não configurada no caso em tela. 3. Não havendo indícios suficientes de autoria para ensejar a constrição da liberdade, não se falar em necessidade da segregação preventiva para garantia da ordem pública. 4. As condições pessoais favoráveis, como primariedade, ocupação lícita e definida e residência fixa, não afastam por si sós, a segregação cautelar, mas devem ser valoradas quando inexistentes os motivos da decretação da ordem constritiva (HC 205118-1 – PE, 4.^a C.C., rel. Marco Antonio Cabral Maggi, 02.02.2010, v.u.).

Não basta mera suspeita, deve haver materialidade delitiva em conjunto com os indícios suficientes como condição indispensável. Segundo Frederico Marques, a expressão indício suficiente tem sentido de probabilidade suficiente e não de simples possibilidade de autoria. (TOURINHO FILHO, 2011)

As expressões existência do crime e materialidade são expressões que não podem ser usadas indistintamente. Apesar de que os crimes estejam sujeitos a ter sua existência atestada nos autos, só se deve falar em materialidade quando se tratar de delitos que deixem vestígios. (AVENA, 2017)

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em consonância com a melhor doutrina e com os seus julgados precedentes, se manifestou da seguinte maneira:

A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (STF, HC 115.613/SP, j. 25.06.2013, rel. Min. Celso de Mello) (DEZEM, 2016).

A materialidade, que é a prova da existência do crime, refere-se à existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso, como por exemplo documentos, prova testemunhal, laudos de exame de corpo de delito, entre outros. (MIRABETE, 2007)

Nestor Távora (2016, p. 1253), afirma que: “temos a necessidade de comprovação incontestada da ocorrência do delito, seja por exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica autorizada judicialmente ou quaisquer outros elementos idôneos, impedindo-se a segregação cautelar quando houver dúvida quanto à existência do crime.

Noberto Avena cita como exemplo uma tentativa branca de homicídio, que não possui materialidade a ser atestada, já que não deixa vestígio. Logo, o que deve ser comprovado para fim de custódia cautelar é a existência do delito. Então pode-se notar o uso do termo inapropriado pelo legislador no artigo 413 do Código de Processo Penal, que seria mais adequado o uso da expressão existência por ser mais ampla e englobar delitos com e sem materialidade. (AVENA, 2017)

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (BRASIL, 2008)

No que se refere aos indícios suficientes de autoria, a lei se contenta com simples indícios, ou seja, elementos probatórios menos relevantes do que os necessários para a prova de existência do crime. Além disso, é apuração confiada ao sensato arbítrio do magistrado, sem regras gerais e padrões pré-definidos. (MIRABETE, 2007)

Ou seja, na autoria são necessários somente indícios que vinculem o indivíduo à prática do delito, não exigindo a percepção de certeza que é necessária para a condenação. A lei aceita um fundamento superficial mínimo que vincule o agente ao delito. (TÁVORA, 2016)

A concepção de Frederico Marques diverge dos demais, segundo ele, a prisão preventiva possui quatro pressupostos: a) natureza do crime (não admitida

por alguns delitos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni iuris* – fumaça do bom direito); c) perigo da demora (*periculum in mora* – perigo na demora); e d) controle jurisdicional prévio. (MARQUES, 2009)

2.2 Requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal

Os requisitos legais são vinculados aos pressupostos mencionados, também presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal. São requisitos: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) garantia da ordem econômica; d) assecuração de eventual pena a ser imposta.

O desembargador Amilton Bueno de Carvalho, analisando a expressão “ordem pública” considerou que: “é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente enquadrável em qualquer situação.” (voto vencedor no Recurso em Sentido Estrito n. 70006880447, 5ª Câ. Do TJRS, j. em 29-10-2003). (TOURINHO FILHO, 2011)

A garantia da ordem pública é a que possui a interpretação mais ampla. Entende-se que é indispensável manter a ordem na sociedade, que sofre abalos pela prática de um delito. Nucci compreende que este requisito pode ser visualizado pelos fatores: gravidade concreta da infração associada com a repercussão social e a periculosidade do agente. (NUCCI, 2015)

Por não ter um conceito exato do significado da expressão “ordem pública”, existem confusões na doutrina e jurisprudência quanto ao significado. A decretação da prisão preventiva utilizando esse requisito como base, possui como finalidade evitar que o agente cometa nova prática delitiva no decorrer da persecução penal. Pode-se compreender então, que a expressão significa paz e tranquilidade no meio social. (TÁVORA, 2016)

Alguns doutrinadores como Aury Lopes Jr. e Geraldo Prado sustentam a inconstitucionalidade do termo por ser vago, no entanto, a doutrina majoritária não entende dessa maneira e a jurisprudência não aceita essa posição. (DEZEM, 2016)

Sobre a conveniência da instrução criminal, a qual é um pressuposto para a decretação e que deve estar presente e analisada pelo juiz, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 458) entende que:

“Conveniência da instrução criminal: trata-se do motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas sobretudo do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.”

A conveniência da instrução criminal, busca impedir que o agente atrapalhe de alguma forma a produção de provas. Evidencia-se o termo *periculum in mora*, pois o réu solto até o final do processo pode prejudicar que se chegue à verdade dos fatos. (CAPEZ, 2015)

Esse requisito tem em si nota típica de cautelaridade, pois, encerrada a instrução ou investigação criminal, com prisão preventiva decretada com base nesse único requisito, esta deverá ser revogada já que foi cessado o motivo que a autorizou. Valendo destacar que caso se trate de crime doloso contra a vida, o encerramento da instrução se dá com o Plenário do Júri. (DEZEM, 2016)

Com as alterações da Lei 12.403/2011, veio a tendência de diminuição no número de prisões preventivas decretadas com base nesse requisito, passando a determinar o artigo 282 §6º do Código de Processo Penal que a prisão só poderá ser decretada quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar diversa da preventiva. O corre que, dentre elas a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (inc. III) e a monitoração eletrônica (inc. IX), mas isso não impede o magistrado de decretar a prisão preventiva, mas deve fundamentar a sua postura caso as medidas citadas não sejam eficazes para resguardar a tutela da instrução criminal. (AVENA, 2017)

A garantia da ordem econômica pode ser interpretada no mesmo sentido da garantia da ordem pública, porém firmada no âmbito dos grandes negócios, ou

seja, os chamados crimes econômicos, presentes nas seguintes leis: a) 1.521/1951 (economia popular); b) 7.134/1983 (aplicação ilegal de créditos); c) 7.492/1986 (sistema financeiro nacional); d) 8.078/1990 (CDC); e) 8.137/1990 (ordem tributária); f) 8.176/1991 (adulteração de combustíveis); g) 9.279/1996 (crimes contra a propriedade imaterial); h) 9.613/1998 (lavagem de capitais); i) 11.101/2005 (Lei de Falências). (MAGNO, 2011)

Norberto Avena, interpretando o artigo 312 do Código de Processo penal com todas as suas peculiaridades científicas (2017, p. 670) expõe que:

dentro desta mesma linha deve ser a interpretação do art. 30 da Lei 7.492/1986, dispondo que, 'sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada'. Por magnitude da lesão causada compreende-se a extensão do dano patrimonial provocado pelo agente nos crimes praticados contra o sistema financeiro nacional. Muito embora se trate de tema polêmico, havendo quem vislumbre na magnitude da lesão causada um elemento autônomo para fundamentar a custódia cautelar.

Um fato que dividiu opiniões doutrinárias, foi que a jurisprudência também já entendeu que poderia haver decretação de prisão preventiva com base no requisito da garantia da ordem econômica em crimes contra o patrimônio para crime de estelionato:

Na espécie, a prisão preventiva encontra-se suficientemente justificada na necessidade de resguardo da ordem pública. Com efeito, não a gravidade abstrata, mas, sim, o modus operandi dos delitos evidencia a periculosidade social da acusada, que, segundo a denúncia, estaria envolvida em quadrilha dedicada à obtenção de vantagem econômica indevida em detrimento de turistas na cidade do Rio de Janeiro por meio do golpe conhecido como 'boa noite cinderela'. (STJ, HC 256.699/RJ, j. 04.04.2013, rel. Min. Og Fernandes).

O requisito da assecuração de eventual pena a ser imposta, como o próprio nome já diz, assegura o cumprimento da pena. Essa opção se aplica caso haja perigo de fuga do agente do distrito da culpa, quando o agente não possuir

residência fixa ou ocupação lícita por exemplo. Nessa hipótese, causaria risco a futura execução da pena devido a uma possível fuga. (CAPEZ, 2016)

A garantia da futura aplicação da Lei Penal dá respaldo também não só quando há indícios de que o acusado está prestes a fugir, mas também quando já fugiu para se esquivar do cumprimento da pena, ou seja, para não ser citado, o que dá causa a suspensão do processo. (LENZA, 2013)

2.3 Revogabilidade da prisão preventiva e substituição por outras medidas processuais.

A prisão preventiva se move pela cláusula *rebus sic stantibus* (estando assim as coisas), logo, se a situação das coisas mudarem, mostrando-se que a medida não é mais necessária, é obrigatório que seja revogada. O magistrado deve revogar de ofício ou por provocação, sendo dispensável que o Ministério Público seja ouvido previamente. (TÁVORA, 2016)

A Revogação da prisão preventiva ocorre quando esta é sempre exceção, e a liberdade, regra. Cita-se como exemplo a decretação da preventiva por conveniência da instrução criminal. Quando há temor de ameaça ou influência das testemunhas de acusação, então, após a colheita dos depoimentos das referidas testemunhas, pode-se revogar a medida, exceto em casos que vão a júri, pois as mesmas serão ouvidas na fase do plenário novamente. (NUCCI, 2016)

É importante observar que, verificando falta de motivo que subsista, o juiz pode revogar a prisão preventiva no decorrer do processo, e dessa decisão cabe recurso em sentido estrito. (CAPEZ, 2012)

O juiz pode revogá-la a qualquer momento caso se torne desnecessária, ou os motivos que a ocasionaram desapareçam. No entanto, ela pode ser redetada se os mesmos motivos reaparecerem ou motivada com base em novos argumentos, conforme o artigo 316 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “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.” (LENZA, 2013, página)

No que se refere a nova decretação da prisão preventiva após a revogação, Nestor Távora (2016, p. 1276) se posiciona da seguinte maneira:

se a prisão preventiva é temporalmente excessiva, ofendendo a razoável duração da prisão cautelar, ela se transforma em medida tipicamente ilegal, impondo-se o relaxamento. O expediente judicial de relaxar a prisão (temporalmente excessiva) e renovar o decreto alterando os fundamentos do cárcere preventivo não deve ser tolerado.

Decretando, substituindo, ou revogando a prisão preventiva, o juiz deve motivar o seu convencimento, fundamentando, além dos preenchimentos dos requisitos, a razão pela qual compreendeu que as medidas cautelares diversas da prisão não foram adequadas. (MARQUES; MARTINI, 2012)

A competência para revogação da prisão preventiva é do órgão originário, ou seja, mesmo órgão jurisdicional que a decretou. Desta forma, mesmo que um Tribunal tenha atuado em sede recursal, como exemplo ao apreciar um Habeas Corpus contra a decretação, cabe ao magistrado de primeiro grau decidir acerca do pedido da revogação da prisão preventiva sob pena de supressão de instância. (BRASILEIRO, 2016)

A nova redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.403/2011 traz as possibilidades de substituição da prisão preventiva por outras nove medidas processuais elencadas, e é expresso ao dizer que são “diversas” da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 2011)

Tais medidas, obedecem a princípios consistentes na necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, por se tratarem de medidas cautelares de natureza pessoal. Além desses princípios, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* deve ser observado assim como na prisão preventiva. (AVENA, 2017)

As medidas cautelares diversas da prisão podem ser adotadas como instrumento de contracautela, substituindo anterior prisão em flagrante, preventiva ou temporária; ou como instrumento cautelar ao acusado que estava em liberdade plena, de maneira autônomas. Logo, não se pode querer a restrição de uso das medidas cautelares somente ligada às hipóteses de que haja prisão anterior. (BRASILEIRO, 2016)

Por se tratarem de medidas alternativas à prisão, o juiz poderá instituí-las como antecedentes lógicas da prisão preventiva. Incide então, uma ideia de que é preferível as medidas cautelares a que se referem o artigo. 319 sobre a prisão preventiva. (DEZEM, 2016)

Ao aplicar as medidas cautelares supramencionadas, o juiz deve estabelecer a forma de fiscalização de seu cumprimento, sem que haja prejuízo do Ministério Público supervisionar a execução de tal medida cautelar, ainda que seja de forma direta ou com concurso de órgãos ou instituições públicas. (LENZA, 2013)

Na lei, não há prazo para duração da medida, dessa forma, a dilação no tempo depende da necessidade, ou seja, o *rebus sic stantibus*, e da adequação ao caso concreto. A cautelar ainda, pode ser substituída, caso não seja mais

necessária e revogada; ou ainda, cumulada com outra. Havendo novas provas que indiquem a sua conveniência, também não há impedimento para que seja red decretada após sua revogação. (TÁVORA, 2016)

Em relação às regras gerais de aplicação das medidas cautelares, Eugênio Pacelli (2017, p. 244) conclui que:

Há, porém, hipótese em que não se admitirá a imposição de qualquer medida cautelar, independentemente de se mostrar necessária a providência. Trata-se da proibição de sua imposição nos casos em que não for cominada pena privativa da liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (art. 283, § 1º, CPP). O legislador, no caso, foi prudente, evitando a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados do processo, na hipótese de condenação, orientando-se, pois, pela proporcionalidade nas restrições de direitos.

Dessa maneira, estão colocados todos os aspectos referentes à prisão preventiva, seus pressupostos e requisitos, bem como, foram expostas todas as orientações de doutrina e de jurisprudência com relação à tão acesa questão, sendo que, no capítulo adiante serão analisados os prazos da sobredita prisão e sua confrontação com o princípio da duração razoável do processo.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

O atual capítulo tratará da prisão preventiva, entendida com tal aquela decretada durante a relação processual, conforme dito já nos capítulos alhures, em confronto com o princípio constitucional da razoável duração do processo, conforme determinação expressa da emenda constitucional número 45, a qual de maneira inovadora inseriu no texto da Constituição Federal tal princípio.

Sabe-se que as relações processuais não podem se eternizar. Dito isso, o Juiz, aplicando o comando constitucional, o qual tem aplicabilidade imediata, deve usar de todos os meios para que a relação processual seja célere, é claro, sem se afastar das garantias legais que sejam inerentes a relação jurídica.

3.1 Conceito de duração razoável do processo em termos constitucionais

No processo penal comum no Brasil, impera uma absoluta indeterminação acerca do prazo da duração da prisão preventiva, que acaba assumindo um contorno de pena antecipada devido à falta de previsão no ordenamento jurídico. Desta forma, a prisão preventiva, que deveria possuir natureza cautelar de revelar a característica da provisoriedade, acaba assumindo caráter de prisão definitiva. (BRASILEIRO, 2016)

Não existe um prazo determinado na prisão preventiva, diferente do que ocorre com a temporária. A regra é que dure enquanto for necessária, durante o

curso do processo, desde que não ultrapasse decisão absolutória (o que pode cessar os motivos da decretação), como também o trânsito em julgado da decisão condenatória, pois a partir daí, é pena. Caso a prisão preventiva se prolongue indefinidamente, por culpa do magistrado ou provocação do órgão acusatório, configura constrangimento ilegal. (NUCCI, 2016)

Em virtude da indeterminação do prazo da custódia preventiva, muitos abusos foram cometidos em violação à natureza provisória da prisão cautelar, transformando-a em inadmissível antecipação executória da própria sanção penal. Esse fato viola não só o princípio da presunção de inocência como também o direito à razoável duração do processo. (BRASILEIRO 2016)

A preocupação com a razoável duração do processo surgiu, inicialmente, nas declarações internacionais de direitos humanos, especificamente, na Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 8.1, que assegura as garantias judiciais dentro de um prazo razoável, e o 7.5 com a seguinte redação:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969)

Na legislação brasileira, o princípio da razoável duração do processo encontra-se, previsto no artigo 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, e possui a seguinte redação: "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Gustavo Badaró (2016, p. 77), fazendo uma análise da Emenda Constitucional 45 em consonância com a Convenção Americana de Direito Humanos, observa que:

O direito ao processo no prazo razoável passou a ser uma garantia constitucional explícita (art. 5ºLXXVIII). Já o direito de o acusado ser posto em liberdade, se estiver preso, e o processo durar além do

prazo razoável, passou a ser uma garantia materialmente constitucional (CADH, art. 7.5), embora formalmente não seja equiparada por uma Emenda Constitucional.

A relevância do direito da razoável duração do processo, mesmo antes da introdução do inciso feita pela Emenda Constitucional número 45, vinha sendo definida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em mais de um julgado, afirmou a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional e neutralizar retardamentos abusivos ou dilações indevidas no processo, por parte de magistrados e Tribunais. (PAULO; ALEXANDRINO, 2014)

O processo, como instrumento para aplicação efetiva do direito material, não pode se eternizar ou ser demasiadamente longo, sob pena de esvaziamento de sua finalidade. Tal princípio assegura o direito de provimento jurisdicional em prazo razoável, assim como a disposição de meios que garantam a celeridade da tramitação processual. (LENZA, 2016)

Guilherme Dezem (2016) expõe que, haja vista que o dispositivo constitucional é escrito de maneira vaga, e utilizando a expressão ‘razoável duração’, há discussões acerca do que de fato vem a ser uma duração razoável. Devido a isso, é comum que se diga que a legislação brasileira se utilizou da doutrina do “não prazo”, ou seja, que não há fixação constitucional do que venha a ser um prazo razoável e a nossa jurisprudência se mostra escassa quanto a isso.

A razoável duração do processo é garantia do exercício de cidadania na medida permitida, para que todos tenham acesso à justiça, de maneira que a prestação jurisdicional não seja tardia. Vale observar também, que a prestação jurisdicional de forma imediata, é risco a democracia, pois é necessário tempo para que ocorra uma reflexão sobre os fatos. O prazo, portanto, deve ser razoável e proporcional ao caso concreto objeto de apreciação. (RANGEL, 2015)

3.2 Prazo da prisão preventiva conforme doutrina e jurisprudência

Decretada a prisão preventiva, o réu não pode ficar preso por tempo indeterminado. Os prazos estabelecidos na lei para o cumprimento dos diversos atos

processuais em caso de réu preso, devem ser observados. São eles: Conclusão do inquérito (10 dias, ou 15 quando competência da Justiça Federal); Oferecimento de denúncia (5 dias); Recebimento de denúncia (5 dias); Resposta escrita do Réu (10 dias); apreciação do magistrado quanto à resposta escrita (10 dias); e audiência para oitiva de testemunhas, debater e sentença (60 dias somados as 24 horas para andamento dado em cartório judicial). (LENZA, 2016)

A somatória desses prazos resulta num total de 120 dias quando competência da Justiça Estadual, e 125 dias quando competente a Justiça Federal, no entanto, grande parte da jurisprudência entende que esse cômputo de prazos não pode ser feito com o período de cada ato isoladamente, e devem ser considerados eventuais fatores de atraso.

Em contrário a isso, a jurisprudência do Estado de Minas Gerais, observou, em várias decisões os prazos para cumprimento dos atos processuais em sua somatória de forma isolada, tendo por base um prazo de 122 dias:

TJMG – HC – ‘HABEAS CORPUS’ - ROUBO MAJORADO - CORRUPÇÃO DE MENOR - RELAXAMENTO DE PRISÃO - EXCESSO DE PRAZO - NÃO CONFIGURADO - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Não há que se falar em excesso de prazo para formação da culpa quando a instrução criminal não ultrapassou o prazo global de 122 dias. A prisão preventiva se sustenta diante da comprovação da materialidade e dos indícios suficientes da autoria do crime, associados ao motivo legal da garantia da ordem pública, sobretudo no que se refere ao modo concreto com que o paciente teria agido. Eventuais condições pessoais, ainda que favoráveis, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva, mormente diante de elementos concretos e legítimos que demonstram a essencialidade da manutenção da custódia antecipada. Relatora Maria Luíza de Marilac – Pub. 17.05.16.

A contagem do prazo se inicia com a prisão do acusado, mesmo que decorrente de flagrante delito, convertida em preventiva. Logo, a partir da prisão, terá início a contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial, que é de dez dias na Justiça Estadual e 15 dias prorrogáveis na Justiça Federal, seguindo-se os demais atos processuais, que são o oferecimento da denúncia e início da instrução criminal. (PACELLI, 2017)

Norberto Avena (2017, p. 684) ainda ressalta Súmulas importantes que abordam o referido prazo:

Cabe lembrar, por derradeiro, a existência de Súmulas pertinentes ao rotulado excesso de prazo na prisão, ressaltando-se, no âmbito do STJ, a Súmula 21 ('pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução'), a Súmula 52 ('encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo') e a Súmula 64 ('não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa').

A posição amparada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é de que o prazo para conclusão da instrução criminal se sujeita a um juízo razoável, e que pode ser estabelecido por senso jurídico comum no qual não se considera ocorrente excesso de prazo na custódia quando houver justificativa para demora na marcha processual. (AVENA, 2017)

A divergência em relação aos prazos é notória, visto que, nos últimos dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio da prisão provisória no país por Estados, varia de 172 até 974 dias.

Na jurisprudência formaram-se alguns critérios que servem para apontar a maior extensão da instrução criminal sem que fosse gerado excesso de prazo, como por exemplo: grande número de corréus; provas produzidas por carta precatória; variadas provas periciais; e diligências solicitadas pela defesa do acusado. (NUCCI, 2016)

Pode-se observar tais critérios mencionados na jurisprudência, nesse sentido, como no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ademais, o processo conta com seis réus, cujos defensores são distintos, havendo necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas. Tais circunstâncias demonstram a complexidade do feito e justificam seu retardamento, não sendo possível atribuir eventual demora à inércia do Poder Judiciário, sendo o caso da aplicação do princípio da razoabilidade (HC 990.10.455036-0, 16.^a C.,rel. Almeida Toledo, j. 14.12.2010, v.u.).

A aceleração do processo deve-se produzir a partir de um ponto de vista utilitarista, e não da ilusão de uma justiça imediata destinada a vingança do feito. A

duração deve ser razoável para uma maturação e cognição imprescindíveis, porém, sem excessos, já que o réu é submetido a um ritual degradante e uma angústia prolongada por causa da pendência. Pode-se afirmar então, que a celeridade é também para evitar sofrimento desnecessário a quem está submetido ao processo. (LOPES JR, 2004)

Com a falta de previsão legal acerca do prazo na prisão preventiva, e amplo entendimento jurisprudencial e doutrinário, Eugênio Pacelli (2017, p. 269), resume que:

A regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se admitindo a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.

Dessa maneira, nota-se pelo que foi exposto algures que a lei brasileira é imperfeita com relação à definição de um prazo certo para a prisão preventiva, sendo que, a jurisprudência dos tribunais vem a duras penas tentando solucionar essa problemática de omissão legislativa.

3.3 Consequências do excesso de prazo com relação a prisão preventiva.

A prisão que nasce legal e correta, acaba possuindo sua natureza transformada para ilegal caso o decurso do prazo seja longo e sem que haja o julgamento do acusado, pois viola a garantia constitucional da duração razoável do processo. Tem-se então, hipótese de ilegalidade da prisão, e essa hipótese surge após sua decretação e cumprimento. (DEZEM, 2016)

A Súmula número 697 do Supremo Tribunal Federal, tem em sua redação que “a proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual”, ou seja, o relaxamento cabe desde que reconhecida a ilegalidade da prisão, ainda que o crime praticado seja hediondo.

A razoável duração do processo implica de forma decisiva na legalidade da manutenção da prisão cautelar, já que o excesso de prazo na custódia leva a

ilegalidade da prisão preventiva independente de qual seja a infração, esse entendimento é consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial com as Súmulas supramencionadas. (TÁVORA, 2016)

Renato Brasileiro (2016, p. 1292) menciona que em virtude dessa indeterminação de prazo, muitos abusos são cometidos, violando o princípio da razoável duração do processo expresso na Constituição Federal, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, §5º), e entende que:

De fato, se a duração da prisão cautelar exceder um prazo razoável, torna-se ilegal, porquanto viola a garantia constitucional da razoável duração do processo. Se a prisão é ilegal, deve ser objeto de relaxamento, já que a Constituição Federal prevê que toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, sem prejuízo, todavia, da continuidade do processo.

Nestor Távora (2016, p. 1266), compreende que o expediente judicial de relaxar a prisão que possui prazo excessivo, alterando os fundamentos do cárcere não deve ser aceito, já que fragiliza a garantia constitucional. Se o Réu está detido para preservação da instrução criminal, e a prisão é relaxada, não cabe ao juiz renovar o decreto prisional para garantir a ordem pública, pois seria como desconsiderar o critério objetivo suscitado para reconhecer a legalidade que foi desatendida.

Reconhecida a ilegalidade da prisão preventiva, deve-se impor o seu relaxamento, em regra, sem a imposição de ônus ao acusado. Entretanto, é admitido que o acusado seja submetido ao cumprimento de alguma obrigação necessária para assegurar a eficácia das investigações e o andamento do processo. (BRASILEIRO, 2016), como pode ser observado em decisão no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

1. O prazo máximo da prisão preventiva não pode ser estabelecido seguindo um critério puramente aritmético, visto que não é possível tratar todas as situações da mesma forma. A atual orientação jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores, a razoabilidade do tempo da prisão preventiva é indicada a partir da análise de três elementos: (a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; e c) conduta das autoridades judiciais. 2. Na hipótese vertente, o Paciente encontra-se segregado cautelarmente desde o

dia 28.01.2013, tão somente por conta do processo em curso no Juízo da Comarca de Madalena, caso que se cuida. 3. A morosidade é excessiva e incompreensível. Nem mesmo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser invocados para justificar a evidente ineficiência do Estado-Juiz, já que o Paciente está preso cautelarmente há cerca de 2 anos e 6 meses sem que a instrução criminal tenha sido encerrada, e sem previsão de quando o encerramento ocorrerá. 4. Evidenciado o constrangimento ilegal sofrido, à luz do princípio constitucional da duração razoável do processo, disposto no art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o relaxamento da prisão do Paciente é medida que se impõe. 5. Não obstante o reconhecimento do excesso de prazo, aplica-se a medida cautelar alternativa à prisão prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, inciso I, IV e V, mormente porque ainda persistem os riscos indicados no artigo 282, inciso I, também do CPP. (HC 0624415-34.2015.8.06.0000 – CE, 1.ª C. C., rel. Maria Edna Martins, 14.07.2015, v.u.).

A hipótese de caracterização de constrangimento ilegal, pode ensejar então o habeas corpus, com fundamento no artigo 648, II, do Código de Processo Penal, cuja instrução considera ilegal a coação “quando alguém estiver preso por mais tempo que determina a lei”, ainda que não haja fixação de prazo certo na legislação, com respaldo pela jurisprudência. (PACELLI, 2017)

Em janeiro de 2017, a ministra Laurita Vaz, presidente do Superior Tribunal de Justiça, concedeu liminar em habeas corpus para colocar em liberdade um cidadão que estava preso preventivamente desde abril de 2015, acusado de roubar um celular com emprego de faca. A ministra entendeu que o prolongamento indevido na custódia, que na ocasião estaria encarcerado por mais de dois anos, seria suficiente para configurar excesso de prazo na formação da culpa.

Nos casos em que a demora da marcha processual se dá por culpa das diligências suscitadas pela acusação, por inércia do Poder Judiciário, ou quando o excesso de prazo é evidente, o Supremo Tribunal Federal tem deferido as ordens de Habeas Corpus quando alegado o excesso de prazo.

Vale observar, que quando o atraso for da defesa, a libertação do acusado por excesso de prazo não se justifica. Nesses casos, é comum por exemplo, que haja demora na apresentação da resposta escrita; ou que o réu arrole testemunhas que não são encontradas; ou ainda requeira diligências de difícil

cumprimento, e posteriormente o defensor alegue excesso de prazo, o que não pode ser reconhecido pela demora exclusiva da defesa.

Percebe-se que caso a demora seja por culpa da defesa, o magistrado pode manter o acusado preso por mais algum tempo, e contra essa decisão que pronuncia o acusado, cabe recurso em sentido estrito. Caso a defesa entre com esse recurso, não há que se falar em excesso de prazo durante a tramitação do mesmo, conforme a Súmula número 21 do Superior Tribunal de Justiça, já mencionada. Entretanto, o artigo 428 do Código de Processo Penal prevê que o julgamento em plenário deve se dar no prazo de seis meses, e caso nesse tempo nenhuma providência for adotada, aí sim pode-se alegar o excesso de prazo. (LENZA, 2016)

Em se tratando do excesso de prazo, o doutrinador Aury Lopes Jr. (2004, p. 34) acredita que deve compensar o tempo, e considera que: “Assumindo o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz que compensar a demora reduzindo a pena aplicada, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo”.

Dessa maneira, todos os tópicos mencionados retro confrontam a prisão com a duração razoável do processo, sendo que, a prisão preventiva, tal como posta nos termos processuais penais, não pode ser uma execução antecipada da pena, sob o prejuízo de se impor ao condenado uma reprimenda indevida antes do trânsito em julgado da condenação.

CONCLUSÃO

A ideia do trabalho foi analisar os requisitos da prisão preventiva e seu confronto com o princípio da duração razoável do processo. No tocante à problematização foram propostos três questionamentos: a) Qual o conceito da prisão preventiva e seus fundamentos legais? b) Em quais hipóteses a prisão preventiva pode ser decretada? c) É possível compatibilizar a prisão preventiva com o princípio da razoável duração do processo?

A prisão preventiva é medida acautelatória que restringe a liberdade do indiciado em razão dos requisitos previstos na lei, fundamentados pela prova de existência do crime e indícios suficientes, os quais se relacionam com as expressões *periculum in mora* – perigo na demora - e *fumus boni iuris* – fumaça do bom direito.

As hipóteses de cabimento são os requisitos legais presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, são eles: a garantia da ordem pública; a conveniência da instrução criminal; a garantia da ordem econômica; e a assecuração de eventual pena a ser imposta.

A compatibilização da prisão preventiva com o princípio da razoável duração do processo é sim possível, mas exige uma celeridade processual que é de certa forma escassa no país. Existe uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao prazo, já que o termo 'razoável duração' é vago, mas a maioria doutrinária e jurisprudencial, principalmente no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afirma que o prazo razoável gira em torno de 125 dias, que é o tempo necessário para o cumprimento dos atos processuais.

Logo, sabe-se que a ideia de duração razoável do processo é nova e foi incluída na Constituição Federal pela emenda 45 de 2004. Entretanto, embora seja tal regra garantia fundamental inserida no contexto do Artigo 5º, portanto, cláusula pétrea, nota-se que não se implementou o instituto com toda a sua força normativa, posto que, há na realidade jurídica brasileira casos que extrapolam em muito o que seria duração razoável nos termos da sobredita norma.

Recentemente o tema vem sendo bastante discutido, já que as prisões no país são superlotadas, e a maioria dos presos estão lá provisoriamente. Inclusive, o Conselho Nacional de Justiça, em 2017 divulgou o plano de ação dos tribunais para reduzir o prazo dessas prisões, que atualmente possui uma média que varia de 172 até 974 dias nos estados brasileiros, evidenciando o constrangimento ilegal.

Dessa maneira, a presente pesquisa buscou esclarecer o tema da forma mais abrangente possível e conforme as regras específicas para a obtenção de graduação em direito sempre com o uso da melhor doutrina e julgados acerca do assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Evolução Histórica e Perspectivas sobre o Encarcerado no Brasil como sujeito de direitos**. 2013. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>>. Acesso em 19 nov. 2017.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html> Acesso em: 1 mar. 2018.

_____. **Código Criminal da Primeira República de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 06 dez. 2017.

_____. **Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRITO, Alexis Couto de.; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403 Comentada: Medidas Cautelares, Prisões provisórias e liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> Acesso em: 12 de abr. 2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 17 abr. de 2018.

DEZEM, **Guilherme Madeira**. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ENGBRUCH, Werner. SANTIS, Bruno Moraes di. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, p. 143-161, set./dez. 2012.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 26 ed. de acordo com as Leis nº 12.830/2013 e 12.850/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004)

MAGNO, Levy Emanuel. **Processo Penal**. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Ivan Luís; MARTINI, João Henrique Imperia. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual Penal**. 3 ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. – **Processo Penal**. - 18 ed. rev. e atual até 31 de dezembro de 2005. – São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, **Manual de processo e execução penal**. 12 ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, **Prisão e Liberdade**. 4 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 14 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, **Curso de Processo Penal**. 21 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 384660 / PE (2017/0000568-1) autuado em 06/01/2017**. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-reconhece-excesso-de-prazo-e-liberta-presos-que-estavam-em-preventiva-desde-abril-de-2015> Acesso em: 16 abr. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. – 11ª ed. – Salvador: Judispodvim, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 3**. – 33 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.