

RESTRIÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Sandresson Menezes¹
Levaní de Freitas Neto²

RESUMO

Considerando que os princípios constitucionais da presunção de não-culpabilidade e da razoável duração do processo albergam direitos fundamentais de primeira grandeza, bem como a aplicabilidade da prisão preventiva no Brasil segundo a legislação, jurisprudência e doutrina, analisam-se as restrições no uso da referida medida cautelar processual penal, de modo a torná-la compatível com os aludidos princípios.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Restrições na aplicação. Compatibilização com os princípios da presunção de não-culpabilidade e da razoável duração do processo.

RESTRICTIONS OF THE PREVENTIVE DETENTION IN LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF PRESUMPTION OF NON-CULPABILITY AND REASONABLE DURATION OF PROCESS

ABSTRACT

Considering that the constitutional principles of presumption of non-culpability and reasonable duration of process include fundamental rights of absolute supremacy, as well as the applicability of the preventive detention in Brazil. According to the legislation, jurisprudence and doctrine, the restrictions on the application of the criminal protective order (procedures) have been analyzed in order to make them compatible to the aforementioned principles.

Key words: Preventive detention. Restrictions on the application. Compatibility to the principles of the presumption of non-culpability and reasonable duration of process.

¹ Professor do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Orientador do presente trabalho. Email: sandresson1@hotmail.com.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Email: levandineto@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A excepcionalidade da prisão preventiva é uma característica bastante teorizada pelos juristas, mas pouco respeitada na praxe forense. Ao invés de ser utilizada como última medida cautelar, em atenção aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados ao acusado e agora também com previsão no próprio Código de Processo Penal (após as mudanças trazidas pela Lei nº. 12.403/11 [BRASIL, 2011]), desde muito tempo é corriqueiramente usada, em decorrência ainda dos ranços inquisitivos que permeiam o processo penal brasileiro.

Outro ponto importante é a inexistência de limitação temporal fixada por lei para esta modalidade de prisão cautelar, o que termina por manter os acusados preventivamente custodiados por longo período, até que o Estado-Juiz cumpra sua obrigação de resolver a lide a ele proposta.

Nesse sentido, principalmente dois princípios constitucionalmente reconhecidos devem ser levados em conta com vistas a restringir o emprego indiscriminado da referida medida cautelar: os Princípios da Presunção de Inocência e o da Razoável Duração do Processo.

E isto inclusive é tema de embate entre a doutrina processual penal mais clássica e a mais vanguardista (atualizada segundo os princípios constitucionais), haja vista a primeira ainda estar um tanto ligada ao arcaico sistema processual inquisitivo e a segunda defender o sistema impresso na Lei Maior, qual seja o acusatório.

Tendo isso em conta, considerando a recorrente decretação da prisão preventiva pelos órgãos jurisdicionais pátrios, o que transformou um recurso de exceção na principal medida cautelar processual penal a ser utilizada (deixando indeterminadamente segregados da sociedade pessoas que não foram devidamente condenadas), vê-se necessário analisar (via pesquisa teórica às obras doutrinárias e jurisprudência pátria pertinentes) os seus limites segundo as garantias fundamentais previstas em favor dos acusados na Constituição Federal pelos princípios já mencionados.

Em síntese, se exporá de modo sucinto as garantias sustentadas pelos Princípios Constitucionais em estudo, se apresentará como a prisão preventiva é prevista no ordenamento jurídico brasileiro e se demonstrará a necessária submissão da aplicação da referida custódia cautelar às garantias fundamentais do acusado, em

especial às asseguradas pelos princípios mencionados acima, as quais são a excepcionalidade da prisão e o razoável período de sua duração, considerando a supremacia constitucional frente às demais normas jurídicas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA FORÇA NORMATIVA

Traço marcante das democracias constitucionais, os direitos fundamentais³ vinculam o agir do Estado e diminuem a sua margem de discricionariedade, obrigando-o a efetivá-los ou não dispor em face deles. São direitos inatos do homem simplesmente por sua condição humana.

Como características, trazem a historicidade (resultam de uma sequência de fatos históricos, em verdadeira evolução até o patamar atual), a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a proibição de retrocesso, entre outras.

Com base na lição de Karel Vasak⁴, que conceitua os direitos fundamentais em gerações (ou dimensões), os que este trabalho aborda se enquadram como de primeira dimensão, como direitos ou liberdades civis de cada indivíduo frente ao Estado, em verdadeiros direitos de defesa.

No presente plano constitucional brasileiro, os direitos fundamentais são dotados de aplicação imediata⁵, o que denota, *prima facie*, não dependerem de outra disposição legislativa para terem efetividade ou eficácia (princípio da aplicabilidade imediata).

Outro ponto importante sobre os direitos fundamentais na Carta da República (BRASIL, 1988) é a sua disposição como *numerus apertus* (ou cláusula aberta), isto é, ãos direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

³ Usa-se também as expressões ãdireitos públicos subjetivosò, ãdireitos individuaisò, ãliberdades individuais ou fundamentaisò, entre outras, para se referir ao tema. A Constituição Federal de 1988, no entanto, utiliza ãDireitos Fundamentaisò. Cabe também consignar que ãdireitos fundamentaisò são ãdireitos humanosò no âmbito constitucional e legislativo de cada Estado, enquanto esta última expressão se reporta mais devidamente à tratativa do assunto em diplomas internacionais.

⁴ O jurista apresentou esta separação pela primeira vez numa conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, em 1979.

⁵ Art. 5º. *Omissis*

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§2º do art. 5º).

Aproximando-se mais do objeto central deste artigo, se exporá adiante sobre os princípios constitucionais da não-culpabilidade e da razoável duração do processo. E como normas-princípios constitucionais, possuem alta abstração e generalidade, o que se converte em valores fundamentais a todo o ordenamento jurídico, subordinando-o por completo.

Acerca do grau de eficácia, conforme a doutrina de José Afonso DA SILVA, tais princípios seriam classificados como normas constitucionais de eficácia plena. De acordo com esta doutrina:

Os direitos, liberdades e prerrogativas consubstanciadas no título II, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que os expressam tiverem efetividade. A Constituição se preocupou com a questão em vários momentos. O primeiro em uma norma-síntese em que determina que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação.⁶

Ainda nesse sentido, Maria Helena DINIZ enquadra-os como normas de eficácia absoluta ou supereficazes, com força paralisante total de disposição legal *in contrario sensu*, estando vedado também a sua reforma (via emenda à Constituição, por óbvio). Segue a lição da insigne professora:

As normas constitucionais com eficácia absoluta são as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí

⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 469, com grifos do articulista.

conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.

-----Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação dos poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda, são intangíveis, por força dos arts. 60, §4º, e 34, VII, não e não.

Tais normas possuem eficácia positiva e negativa. Têm eficácia *positiva*, por terem incidência imediata e serem intangíveis, ou não emendáveis, visto que não poder ser modificadas por processo normal de emenda. Têm eficácia *negativa* por vedarem qualquer lei que lhes seja contrastante, daí sua força paralisante total e imediata, permanecendo intangíveis, ou não emendáveis, exceto por meio de revolução, que, como um ato de força, pode destruí-las, criando outras, instaurando uma nova ordem jurídica.⁷

3 OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO-CULPABILIDADE⁸ E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Devidamente disposta a força cogente das normas-princípios constitucionais e a submissão de todo o ordenamento a esses princípios, em virtude de corresponderem a direitos e garantias individuais, começa-se a enveredar pelo tema deste artigo, se tratando mais propriamente dos seguintes princípios.

O **princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade**, também denominado princípio do estado de inocência, é uma extensão do princípio do devido processo legal (pois é necessária tramitação processual regular, com todos os atos essenciais, para poder haver a alteração do *status* de inocente para culpado) e tem previsão expressa na Constituição (BRASIL, 1988)⁹.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 97.

⁸ A melhor doutrina entende que as expressões são equivalentes.

⁹ Art. 5º. (omissis)
(é)

Define-se basicamente como a manutenção da condição de inocente do indiciado/acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que significa que ãntes desse marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração¹⁰.

Nesse sentido, entende-se que seja:

(é) Um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isto porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam *geralmente* punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.¹¹

Sob uma ótica histórica, Cesare BECCARIA já se referia ao tema em 1764 na obra ãDos Delitos e Das Penas¹², e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trouxe dispositivo sobre tal aspecto¹³.

Quanto aos seus desdobramentos, Fernando CAPEZ compreende-o como subdividido em três aspectos:

a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.¹⁴

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

¹⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2011. P. 55.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón ï Teoria del Garantismo Penal*. 2ª Ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid, Trotta, 1997. P. 549, *apud* LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. P. 178-179.

¹² (é) Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. (1ª Ed. São Paulo: Edipro, 2003. P. 35)

¹³ Art. 9º. Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso desnecessário para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.jhtm>> Acesso em: 20.06.2012.

¹⁴ *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 81.

Já George SARMENTO também o vê ãcomo um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento. Segundo o autor:

Como regra de julgamento, a presunção de inocência comporta duas interpretações: não incumbe ao acusado provar sua inocência; as restrições à liberdade de ir e vir do acusado antes do julgamento definitivo são medidas excepcionais, de natureza cautelar;

-----Para o direito processual, a presunção de inocência é uma norma instrumental e temporária.

-----É instrumental porque se manifesta como uma garantia constitucional ao exercício dos direitos de defesa, determinando o *dever de prudência* às autoridades policiais e judiciais. Temporária, porque o estado de inocência só permanece até condenação irreversível.

-----A presunção de inocência é direito subjetivo público que impõe aos órgãos de repressão estatal, à sociedade civil e à imprensa o dever de tratar os acusados com dignidade e respeito aos seus direitos de cidadania.¹⁵

Em última análise, a presença do princípio da presunção de não-culpabilidade num ordenamento jurídico indica qual o sistema processual seguido por aquele, ou seja, se inquisitório ou acusatório.

Quanto ao **princípio da razoável duração do processo**, também constitucionalmente previsto¹⁶, define-se essencialmente como o direito fundamental à prestação jurisdicional estatal em um prazo razoável. Subdivide-se nos princípios da oralidade, economia processual e instrumentalidade do processo.

¹⁵ A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Estudos Comemorativos* ao seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. P. 242-243, 233, 235 e 238.

¹⁶ Art. 5º. (omissis)

(é)

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.

Segundo José de Albuquerque ROCHA, sob a orientação do princípio da *oralidade* ãos atos processuais se desenvolvem conforme um sistema predominantemente oralò.

Já os princípios da *economia processual* e da *instrumentalidade* ãsão conexos. Com efeito, se o processo é instrumento, isto é, se é meio para um fim, então os meios para alcançar o fim devem ser os mais eficientes e eficazes¹⁷.

Todavia, em que pese a necessidade de uma resposta estatal tempestiva às questões a ele postas, não devem haver atropelos para que o processo seja finalizado, como se para alcançar uma meta. Afinal:

O alicerce do processo é a instrução contraditória, que permitirá ao magistrado cognição plena acerca da imputação e da contra-imputação, na dialética necessária a toda discussão em juízo, como residência segura do provimento almejado.

Processo às pressas descarta não só a preservação das prerrogativas constitucionais básicas, mas também estará, muitas vezes, despido de lastro probatório idôneo, o que lhe retira toda a credibilidade¹⁸.

Ponderando sobre o impasse, ão razoável pode ser entendido como um ponto entre dois irrazoáveisò, como ãa negação, antítese da irrazoabilidade da aceleração e da demora¹⁹.

4 PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PROCESSUAL PENAL E SEUS REQUISITOS

Com o advento da Lei 12.403/11 (BRASIL, 2011)²⁰, ãtodas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso CPP, antes do

¹⁷ *Teoria Geral do Processo*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. P. 47-48.

¹⁸ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Obra citada. P. 74.

¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo*. Salvador: Juspodivm, 2009. P. 348, *apud* TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2011. P. 75.

trânsito em julgado (é), recebem a alcunha ou a designação de *medidas cautelares*, e juntamente com a liberdade provisória²¹ desempenham uma *função processual* de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal²².

Compete fazer-se algumas colocações a respeito das medidas cautelares processuais penais de um modo geral. A primeira delas é a obrigatoriedade do *fumus comissi delicti* (ou aparência do fato delituoso, a se traduzir na prova de materialidade do delito e em indício de autoria) para a aplicação de qualquer delas (em decisão judicial fundamentada, por óbvio).

Outra é a subordinação a certos requisitos, quais sejam a *necessidade* da decretação para evitar fugas, preservar a produção de elementos indiciários ou de provas ou coibir a reiteração delitiva, bem como a *adequação* à gravidade (concreta) do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do agente²³.

Ainda nesse rumo, as medidas poderão ser empregadas tanto durante a fase investigativa quanto processual, isolada ou cumulativamente, sem duração disposta

²⁰ Tal diploma, em vigor desde 04.07.11, foi responsável por significativas mudanças no Código de Processo Penal.

²¹ É relevante encartar a seguinte crítica da doutrina à expressão *liberdade provisória*: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, *com e sem fiança*, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, será sempre *provisória*. Por isso, pensamos que se deveria varrer do mapa essa expressão, limitando a lei a explicitar as medidas cautelares e as modalidades de prisão. Todas elas *provisórias*. Obviamente. Torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o novo sistema de cautelares de índole pessoal incorporado ao Código. (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 487.

²² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 487.

²³ Código de Processo Penal

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

(é)

§ 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).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

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

legalmente (mas também sem excessos, para não causar constrangimento ilegal). Poderão ser revogadas ou substituídas, bem como red decretadas, tudo a depender da necessidade da situação concreta.

Não são cabíveis caso a infração não comine pena privativa de liberdade, alternada ou cumulativamente. E há, por expresse mandamento legal, preferência da aplicação das outras medidas cautelares²⁴ à prisão preventiva (quando aquelas forem insuficientes), em razão do caráter extremo intrínseco ao cárcere.

Propriamente sobre o instituto ñprisões²⁵, observa-se a existência da espécie prisão pena, cuja regulação está basicamente no Código Penal (BRASIL, 1940) e decorre necessariamente de condenação passada em julgado proveniente de processo judicial sob a égide da cláusula *due process of law*, como punição estatal pela conduta ilícita cometida.

Além daquela, também há a espécie prisão sem pena, denominada ainda de prisão provisória, cautelar ou processual. Aqui, como ainda não houve condenação, em favor do hipotético autor do delito milita a presunção de inocência, o que torna a segregação medida excepcional.

²⁴ Código de Processo Penal

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.

²⁵ **Prisão.** Do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), tanto significa o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa ou pessoa; assim, prender e agarrar são equivalentes a *prisão*, significando o estado de *estar preso* ou *encarcerado*. Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua *liberdade de locomoção*, isto é, da *liberdade de ir e vir*, recolhendo-a a um *lugar seguro e fechado*, de onde não poderá sair. (é) Reclusão e detenção têm sentidos equivalentes a *prisão*, significando o estado de estar preso ou privado da *liberdade de andar* ou *de se locomover* sem restrições. Prisão só o juiz pode determinar, salvo em infrações militares ï art. 142 da CF. (é) Prisão, pois, pode ser tido em sentido genérico, para designar toda *perda de liberdade de ir e vir*, segundo a vontade da pessoa (é). (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 1.095)

As principais subespécies da prisão provisória são: em flagrante, temporária e preventiva. Quanto à primeira, ãflagrante (do latim *flagrare*, arder) é o delito que ainda áqueimaô ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime²⁶. Tem o seu procedimento esmiuçado no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Já a prisão temporária²⁷ regula-se pela Lei 7.960/89 (BRASIL, 1989) e é decretada pelo juiz mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público apenas durante o inquérito policial.

Funda-se peremptoriamente na imprescindibilidade para as investigações policiais cumulada com a hipótese do indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação ou caso haja fundadas razões (baseada em prova penalmente admitida) de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados naquele diploma legal²⁸.

Mas o cerne do presente trabalho volta-se à **prisão preventiva**, a mais importante prisão provisória, cuja possibilidade de decretação percorre toda a persecução penal (leia-se desde o procedimento investigatório prévio até antes de passar em julgado a sentença) e não há limite estabelecido em lei para sua duração. Nos dizeres de Eugênio PACELLI:

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, *objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo*.

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, *somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal*, em todo o seu iter procedimental, e, mais, *quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade*.²⁹

²⁶ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Obra citada. P. 530.

²⁷ Denomina-se temporária por possuir prazo máximo, que em regra é de cinco dias, prorrogáveis por igual período se comprovada a extrema necessidade (art. 2º da Lei 7.960/89).

²⁸ Em que pese haver discussão doutrinária, a posição que defende a necessária acumulação do primeiro requisito com o segundo ou o terceiro é a predominante.

²⁹ Obra citada. P. 542. Grifos do articulista.

É requisito para a medida o binômio *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, o qual representa condição *sine qua non* ao seu implemento. Como anotado acima, a aparência do cometimento do delito nada mais é do que prova da materialidade e indício de autoria/participação do ilícito (justa causa).

Já o perigo da liberdade do suposto agente passa necessariamente pelas hipóteses prescritas no art. 312 do CPP³⁰ (BRASIL, 1941), hipóteses estas que vinculam o magistrado a, em decisão fundamentada³¹, demonstrar qual dos fatores legais justifica o cárcere cautelar, que são esclarecidos a seguir.

A primeira hipótese enunciada no dispositivo é a *garantia da ordem pública*. Por ordem pública ãentende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto³².

Desse modo, caso se demonstre que a permanência em liberdade do alegado autor do delito causa risco à paz social, pois é provável que volte a delinquir, autoriza-se a aplicação da prisão preventiva³³.

Sobre esse aspecto, fazem-se necessários os seguintes apontamentos: não é suficiente a simples existência de antecedentes criminais para possibilitar o cárcere. É

³⁰ 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)

³¹ Constituição Federal

Art. 5º. *Omissis*

LXI - 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;

(é)

Art. 93. *Omissis*

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Código de Processo Penal

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

³² SILVA, De Plácido e. Obra citada. P. 988.

³³ Há entendimento doutrinário diverso, conforme segue: ãA *garantia da ordem pública* pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: *gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 608.)

imprescindível a comprovação (por documentos, testemunhas, etc.) da contumácia criminosa/conduita voltada ao crime. Além desse, também o seguinte:

Advirta-se, por fim, que a preventiva não poderá ser decretada para preservação da integridade do próprio suspeito, por medo de que seja linchado ou assassinado por familiares da vítima. A toda evidência, a prisão não pode significar fator de preservação da integridade física do criminoso, cabendo ao Estado, promover as condições necessárias para assegurá-las.³⁴

O fator seguinte que a lei elenca é a *garantia da ordem econômica*, a qual visa evitar que o agente, em liberdade, permaneça a praticar ilícitos que afetem a ordem econômica.

Mas entende-se que tal hipótese é inócua. Primeiro porque sob o enfoque da adequação o melhor modo de proteger a ordem econômica seria a indisponibilidade dos bens do alegado agente.

Além disso, se comprovado que solto é provável que o agente volte a praticar condutas prejudiciais à ordem econômica, também está em risco a paz social, verificando-se plausível a preventiva pela garantia da ordem pública.

Ademais, a Lei 7.492/86 (BRASIL, 1986) (que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional) traz possibilidade de decretação da preventiva para os crimes prescritos nela alheia às arroladas no art. 312 do CPP (BRASIL, 1941), qual seja a *magnitude da lesão causada*.

Entretanto, o entendimento majoritário aponta para a sua inaplicabilidade, pois se estaria diante de resultado da infração e não de embasamento prisional cautelar, bem como considera-a atentatória ao estado de inocência, eis que não houve até então posição final do Estado-Juiz pela existência do ilícito (sem condenação passada em julgado).

Aborda-se agora as hipóteses de decretação cuja finalidade é a proteção do processo penal em si, eis que as já analisadas não possuem esse cunho instrumental.

Trata-se da *conveniência da instrução criminal*, onde tntutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou

³⁴ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Obra citada. P. 552.

comprometa de qualquer maneira a busca da verdade³⁵, e da *garantia da aplicação da lei penal*, a qual visa impedir a fuga do agente caso este tenha demonstrado intenção de não cumprir futura reprimenda imposta³⁶.

Ademais, o parágrafo único do art. 312 do CPP prescreve que ãa prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Quanto aos delitos que comportam a medida, o art. 313 do CPP os expressa em rol taxativo, conforme segue:

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;

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.

E o art. 314 do mesmo diploma veda o uso da preventiva ãse o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do (é) Código Penal.

Por fim, assevera-se que ão juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo

³⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Obra citada. P. 552.

³⁶ É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão. É nesse sentido a jurisprudência da Suprema Corte (RHC nº 83.179/PE i Pleno i Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.8.2003). (PACELLI, Eugênio. Obra citada. P. 547.)

decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316 do CPP, em que se verifica a cláusula *rebus sic stantibus*).

5 ESTADO DE INOCÊNCIA E EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

O alegado autor do delito é inocente até condenação passada em julgado. Tal afirmação, que traduz o primado do *estado de inocência*, é a premissa básica e maior em termos de prisão provisória/preventiva³⁷. É tão robusta, que chega a ser pressuposto das demais garantias processuais.

Tendo isso em conta, e observando os apontamentos retro anotados, conclui-se facilmente que o uso da prisão preventiva deve ser a última possibilidade de proteção do processo, isto é, que seja extremamente necessária, quando outra medida cautelar não consiga se prestar a tal fim³⁸.

É assim que se posiciona a doutrina, conforme adiante se encarta:

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-lo com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.

(é)

Nesse contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.³⁹

E, fartamente, a jurisprudência superior corrobora esse entendimento:

³⁷ Embora o cotidiano forense ensine que nem sempre há respeito a esse verdadeiro pilar.

³⁸ Numa outra perspectiva, a noção de proporcionalidade (*lato sensu*) que deve permear a teoria geral das prisões provisórias também compreende a exigência de se perquirir sempre se a segregação da liberdade do inocente é, de fato, imprescindível, isto é, se a proteção do processo não pode se dar de outro modo menos gravoso. Assim, se a prisão é violência que se exerce antes mesmo da condenação definitiva, esta somente será tolerável se não houver outra forma menos violenta de resguardar o desenvolvimento e o resultado proveniente da relação processual penal. (VIEIRA, Antônio. *Princípio da Proporcionalidade e Prisão Provisória*. In: *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (org.). Salvador: JusPodivm, 2008. P. 447.)

³⁹ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Obra citada. P. 549 e 55, respectivamente.

PRISÃO PREVENTIVA ã FUNDAMENTAÇÃO. A prisão preventiva, a revelar medida excepcional, há de estar alicerçada na ordem jurídica em vigor, mais precisamente no artigo 312 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2012) (Supremo Tribunal Federal [STF], HC 106177/ES)

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. (BRASIL, 2011) (STF, HC 105774/RS,)

É recomendável que o juízo competente avalie como entender de direito, no caso concreto e à luz dos elementos contidos nos autos, a possibilidade de adoção de uma das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319 do CPP, porque a prisão constitui uma exceção, a exemplo do que ocorre na maioria dos ordenamentos jurídicos, sendo certo que a situação prisional no caso, a princípio, merece ser reavaliada, em atendimento aos ditames da sistemática introduzida pela Lei 12.403/11, mais benéfica e possível de ser aplicada nos processos em curso, segundo os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, 2012) (Superior Tribunal de Justiça [STJ], HC 228724/SE)

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. (BRASIL, 2012) (STJ, HC 209992/DF)

É importante também destacar a relevância das alterações trazidas pela Lei 12.403/11 (BRASIL, 2011) quanto às medidas cautelares processuais penais, introduzindo alternativas ao cárcere provisório (art. 319 do CPP) e demonstrando que a

prisão antes do trânsito em julgado da condenação deve ser vista como *ultima ratio*. Nesse sentido, segue perfeita colocação jurisprudencial:

É possível a adoção de umas das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP em substituição à prisão preventiva na hipótese em que o paciente alega que possui condições pessoais favoráveis que permitem responder ao processo em liberdade, porque no sistema penal brasileiro, a prisão constitui uma exceção, e as novas medidas acautelatórias introduzidas pela Lei 12.403/11, por serem mais benéficas, podem ser aplicadas retroativamente, incidindo nos processos em curso, segundo os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, 2012) (STJ, HC 226477/RJ)

Em rápidas palavras, pode-se sintetizar todo o exposto nesse ponto da seguinte forma: dado o caráter de excepcionalidade da prisão preventiva, caso não seja utilizada nessa condição, estará fadada inevitavelmente à ilegitimidade e inconstitucionalidade. Dessa forma, calha trazer o seguinte arremate:

Enfim, a prisão provisória é, pois, uma violência que só se justifica na medida em que não excede o mal que pode ser causado pela pena. Pensar diferente disse é o mesmo que conceber que se possa amputar uma perna para cessar a dor provocada por uma inflamação na unha, vale dizer, é compactuar com o inimaginável, com o absurdo! Isto, obviamente, porque ninguém aceitaria fazer uso de um remédio que cause mais sofrimento que a própria enfermidade.⁴⁰

6 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA

Como se dispôs acima, a lei não estabeleceu um limite para a duração da prisão preventiva, a qual deve perdurar enquanto necessária à instrução processual.

⁴⁰ VIEIRA, Antônio. *Princípio da Proporcionalidade e Prisão Provisória*. In: *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (org.). Salvador: JusPodivm, 2008. P. 452.

Contudo, há entendimento amplamente defendido de que o limite prazal da preventiva seria a soma dos prazos para conclusão do inquérito e para a conclusão da instrução penal, e que se a prisão passasse desse prazo, seria excessiva.

Entretanto, deve-se ponderar que a marcha dos processos judiciais quase nunca acompanha o tempo previsto em lei e que tais prazos são impróprios (ou seja, não passíveis de sanção caso desrespeitados), de modo que é mais prudente valer-se do princípio da razoabilidade para se verificar a existência ou não de excesso prazal da preventiva.

Logo, é importantíssimo respeitar a razoabilidade de sua duração, não podendo transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para a instrução do feito⁴¹. Ainda segundo NUCCI, há um princípio constitucional implícito acerca do tema, qual seja a *duração razoável da prisão cautelar*, que o autor assim explica:

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 *status* constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que absolutamente imprescindível para o escoamento desfeito 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*.

----- 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.⁴²

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 606.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 99-100, com grifos do articulista.

Contudo, o STJ, noutro sentido, buscou criar critérios objetivos impeditivos de alegação de excesso de prazo na prisão preventiva:

Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.⁴³

Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.⁴⁴

Em que pese o entendimento sumulado do STJ, nessas súmulas não podem ser encaradas como verdade inconteste e, havendo excesso na prisão, que perdura por tempo desarrazoado, o relaxamento é obrigatório⁴⁵.

Nesse contexto, deve-se cuidar para que a prisão processual não chegue ao extremo de extrapolar o prazo que o acusado (diante da situação específica do processo) ficaria preso se fosse condenado⁴⁶. Aury LOPES JR. enuncia caso emblemático que ilustra muito bem a situação:

Contudo, ao mesmo tempo em que o Brasil era condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinha a público outra absurda violação de direitos fundamentais: um inocente que ficou 13 anos preso sem sentença.

Conforme noticiou o Superior Tribunal de Justiça no dia 19.10.2006, no REsp 802435, o Estado Brasileiro foi condenado em última instância a pagar dois milhões de reais por danos morais e materiais ao cidadão MARCOS MARIANO DA SILVA, de 58 anos, mantido preso ilegalmente por mais de 13 anos no presídio Aníbal Bruno, em Recife/PE. Segundo a ata de julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), esse foi o

⁴³ BRASIL, 1990. STJ, súmula 21.

⁴⁴ BRASIL, 1992. STJ, súmula 52.

⁴⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Obra citada. P. 74.

⁴⁶ O problema deve ser analisado da seguinte forma: "Este é um dos mais graves problemas da prisão provisória, especialmente porque, quando se prende demais (como é o caso do Brasil, da quase totalidade dos países da América Latina e de muitos outros pelo mundo afora), corre-se sempre o grande risco de privar a liberdade do acusado no curso do processo e, ao final deste, nem chegar a aplicar uma sanção (nas hipóteses de absolvição, prescrição, etc.) ou mesmo, ainda que uma pena venha a ser aplicada, que seja ela mais amena que a prisão provisória." (VIEIRA, Antônio. *Princípio da Proporcionalidade e Prisão Provisória*. In: *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (org.). Salvador: JusPodivm, 2008. P. 450.)

mais grave atentado à violação humana já visto no sociedade brasileira.⁴⁷

E sem dúvida, a jurisprudência reforça tal entendimento:

PRISÃO PREVENTIVA ì EXCESSO DE PRAZO. Uma vez decorrido período substancial sem o julgamento da ação, como é o revelado por dois anos, dois meses e onze dias, impõe-se o reconhecimento do excesso de prazo. (BRASIL, 2012) (STF, HC 107722/MT)

7 APLICAÇÃO ILUSTRADA DAS RESTRIÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A ideia de produzir o presente trabalho surgiu pelo contato deste articulista com a seguinte situação real: um cidadão acusado de ter cometido furto qualificado e formação de quadrilha estava preso preventivamente por cinco anos.

O caso é objeto do processo judicial 0007969-66.2007.4.05.8400, em trâmite perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Nesses autos, o acusado J. D. L. A. foi preso preventivamente em setembro 2007, juntamente com outras oito pessoas, por supostamente subtraírem numerários de contas de clientes da Caixa Econômica Federal pela internet.

Devido à alegada conduta, o Ministério Público Federal imputou aos denunciados o cometimento de furto qualificado por fraude e por concurso de duas ou mais pessoas, em continuidade delitiva e em concurso material com o crime de formação de quadrilha ou bando (art. 155, §4º, II e IV, c/c art. 71 e art. 288, todos do CP).

Em meados de 2012 foi exarada sentença, a qual condenou o acusado (sem antecedentes criminais) a cinco anos, nove meses e vinte dias e entendeu pela manutenção do cárcere cautelar.

⁴⁷ *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. P. 150.

Não é necessário se esmiuçar a dosimetria adotada, mas basta anotar que o concurso de pessoas foi punido como crime de quadrilha e ainda como circunstância judicial negativa no crime de furto⁴⁸ (patente *bis in idem*), o que já demonstra a severidade/exagero da sanção imposta.

Portanto, o acusado ficou preso preventivamente sem julgamento quase cinco anos por ter cometido furto, foi condenado a pouco mais de cinco anos e nove meses em primeira instância e ainda continua encarcerado provisoriamente.

Os absurdos constatados nessa situação são tantos que merecem ser comentados um a um. O primeiro deles é que o acusado está detido sob custódia processual quase pelo tempo que foi condenado, e pelo que se observa do processo deve cumprir todo o período da pena no mesmo estado, pois o feito chegou recentemente à fase de recursos ordinários, o que permite presumir que ainda vá durar anos.

O segundo e não menos grave é que caso a condenação tivesse passado em julgado na data de sua publicação, o recém-condenado já teria direito a diversos benefícios previstos na execução penal, entre eles a progressão de regime, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional⁴⁹, o que o permitiria necessariamente ser posto em liberdade.

E o terceiro seria a possibilidade de aplicação das outras medidas cautelares processuais penais, como por exemplo comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades, proibição de manter contato com os demais acusados, recolhimento domiciliar no período noturno e nos fins de semana e proibição de frequentar *lan houses*, tudo para evitar a medida mais gravosa, qual seja o encarceramento cautelar.

É evidente que há excesso na mencionada situação, o que demonstra a necessária subordinação da prisão cautelar aos primados do estado de inocência e da razoável duração do processo para impedir aberrações dessa magnitude.

⁴⁸ Para este delito foi utilizada a fraude como causa de aumento de pena.

⁴⁹ Pela detração penal quase toda a pena já estaria cumprida

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em arremedo de conclusão, os primados do estado de inocência e da razoável duração do processo são de fato freios da atividade estatal em prol dos cidadãos.

Tendo isso em conta, é permitido se afirmar que diante da atual ordem constitucional pátria o instituto cautelar em comento é indissociável dos mencionados direitos fundamentais.

Dessa forma, a prisão preventiva afigura-se, além de medida de exceção, em instrumento balizável apenas nos limites da razoabilidade, sob pena de incontornável inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1ª Ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 25.06.12.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em: 02.07.2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 02.07.12.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 25.06.12.

BRASIL. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 02.07.12.

BRASIL. **Lei nº 7.492**, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acessado em: 02.07.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: habeas corpus. Crime contra o patrimônio. Roubo majorado. Alegação de constrangimento ilegal. Circunstâncias autorizadoras presentes. Decisão fundamentada. Excesso de prazo para a formação da culpa. Inocorrência. Incidência das súmulas 52 e 64/stj. Precedentes. (HC 228724 / SE, Quinta Turma, Ministro ADILSON VIEIRA MACABU [DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ], DJe 25/05/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=preventiva+medida+de+exce%E7%E3o&b=ACOR>. Acessado em: 16.07.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: habeas corpus. Crime contra o patrimônio. Roubo majorado. Alegação de constrangimento ilegal. Pleito pela revogação da prisão preventiva mantida na sentença condenatória. Circunstâncias autorizadoras presentes. Decisão fundamentada. Condições pessoais favoráveis. Insuficiência. Pedido de substituição da prisão cautelar por medida diversa. Análise de matéria não debatida na origem. Ocorrência de supressão de instância. Precedentes. (HC 226477/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), DJe 04.06.12. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=preventiva+medida+de+exce%E7%E3o&b=ACOR>. Acessado em: 16.07.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: habeas corpus. Roubo circunstanciado. Indeferimento da liberdade provisória. Decisão fundamentada. Necessidade de garantia da ordem pública. (HC 209992/DF, Sexta Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 18/06/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=preventiva+medida+de+exce%E7%E3o&b=ACOR>. Acessado em: 16.07.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 21**. Pronúncia - Constrangimento Ilegal - Instrução Criminal - Excesso de Prazo. DJ 11.12.1990. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0021.htm>. Acessado em: 18.07.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 52**. Instrução Criminal - Constrangimento Ilegal - Excesso de Prazo. DJ 24.09.1992. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0052.htm>. Acessado em: 18.07.12.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: ãhabeas corpusò - impetração fundada, em parte, em razões não apreciadas pelo tribunal apontado como coator ã incognoscibilidade, no ponto, do remédio constitucional ã prisão preventiva ã necessidade comprovada de sua decretação - decisão fundamentada - motivação idônea que encontra apoio em fatos concretos ã possível integrante de organização criminosa - legalidade da decisão que decretou a prisão cautelar ã pedido conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. (HC 105774/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 22.09.2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28preventiva+medida+excepcional%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 16.07.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: PRISÃO PREVENTIVA ï EXCESSO DE PRAZO. Uma vez decorrido período substancial sem o julgamento da ação, como é o revelado por dois anos, dois meses e onze dias, impõe-se o reconhecimento do excesso de prazo. (HC 107722/MT, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 08.06.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28preventiva+excesso+de+prazo%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 17.07.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: PRISÃO PREVENTIVA ï FUNDAMENTAÇÃO. A prisão preventiva, a revelar medida excepcional, há de estar alicerçada na ordem jurídica em vigor, mais precisamente no artigo 312 do Código de Processo Penal. (HC 106177/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 05.06.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28preventiva+medida+excepcional%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 16.07.2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.jhtm>> Acesso em: 20.06.2012.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón ï Teoría del Garantismo Penal**. 2ª Ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid, Trotta, 1997. *apud* LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**: volume I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo**. Salvador: Juspodivm, 2009. *apud* TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**: volume I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SARMENTO, George. *A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro*. In: *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Estudos Comemorativos ao seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

VIEIRA, Antônio. *Princípio da Proporcionalidade e Prisão Provisória*. In: *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (org.). Salvador: JusPodivm, 2008.