

**FACULDADE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SKARLETT MARCELINO

**A FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A
VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

VITÓRIA
2018

SKARLETT MARCELINO

**A FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A
VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de conclusão de Curso - TCC
apresentado ao curso de Direito da Faculdade de
Direito de Vitória – FDV, como requisito para a
aprovação na disciplina Elaboração de TCC.
Orientador: Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA

2018

*Dedico este trabalho a Deus, por conceder-me forças para chegar até aqui,
A minha mãe Andréa, por acreditar em todos os meus sonhos,
Ao Ramon, meu namorado, por ser a minha fortaleza,
A minha tia Joelma e ao meu primo Matheus, pelo infinito apoio,
E ao Professor Gustavo Senna, por orientar a elaboração deste TCC.*

RESUMO

O presente estudo visa abordar a inconstitucionalidade da falta de prazo na prisão preventiva, confrontando tal realidade com os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência e Razoável Duração do Processo. Para tanto, serão examinadas as medidas cautelares privativas de liberdade com suas principais características e peculiaridade. E posteriormente, um confronto entre os princípios constitucionais e a prisão preventiva será realizado, com atenção as consequências ocasionadas pela omissão legislativa quanto à existência de um prazo para tal instituto. Por fim, pretende-se apresentar algumas possibilidades para solucionar a problemática apresentada, sempre observando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, razoável duração do processo e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: falta de prazo na prisão preventiva, prisão preventiva, princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, razoável duração do processo, prisões cautelares, prazo adequado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	6
1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	7
1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	9
1.3 PRINCÍPIO DA RAZOAVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	11
2 DAS PRISÕES CAUTELARES	14
2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE.....	16
2.2 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	17
2.3 PRISÃO PREVENTIVA.....	19
3 A FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	22
3.1 A FALTA DE PRAZO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	24
3.2 A FALTA DE PRAZO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	24
3.3 A FALTA DE PRAZO E O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOAVEL DO PROCESSO.....	27
3.4 O PRAZO ADEQUADO.....	29
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	33

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal Brasileiro estabelece medidas cautelares privativas de liberdade que pretendem impulsionar o devido andamento do inquérito e o processo penal, são elas a prisão em flagrante, à prisão temporária e a prisão preventiva.

Dentre as das modalidades de prisões cautelares previstas acima, a prisão preventiva é a única, que atualmente não possui prazo, fato que atenta diretamente contra o Estado Democrático de Direito, e gerar dúvidas quanto à constitucionalidade do instituto.

Assim, o presente artigo pretende questionar a constitucionalidade da falta de prazo na medida cautelar da prisão preventiva, e para tanto, utiliza-se do método dedutivo, ou dedução, para obter uma conclusão da problemática levantada a partir de premissas já existente.

À vista disso, o primeiro capítulo deste estudo abordará os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, dissertando sobre os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência e Razoável Duração do Processo.

No decorrer do segundo capítulo, o artigo em questão explanará sobre as medidas cautelares privativas de liberdade, apresentando suas características e principalmente o prazo, ou a falta de prazo de cada um dos institutos.

Por fim, no capítulo terceiro será realizada uma relação entre a falta de prazo na prisão preventiva e os princípios abordados no capítulo um, quais sejam: A Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência e Razoável Duração do Processo.

Desta forma, todas as questões apresentadas no presente artigo científico pretendem responder a seguinte questão: A inexistência de um prazo de duração para o instituto da prisão preventiva contrária os princípios constitucionais?

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, implementou mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro. Tais mudanças resultaram no fenômeno da constitucionalização dos ramos do direito brasileiro.

O fenômeno da constitucionalização do direito deu origem à prática de um filtro constitucional, uma vez que, para que uma determinada norma fosse recepcionada pelo ordenamento jurídico, esta deveria estar de acordo com a redação da nova constituição, caso não estivesse, era decretada a sua inconstitucionalidade. Com o Processo Penal não foi diferente, hoje o instrumento para a aplicação da lei penal brasileira deve ser interpretado à luz da constituição.

A constitucionalização é resultado do princípio democrático direito, que instituiu o dever não só para o direito penal, mas também as outras áreas jurídicas, de alcançar uma contextualização mínima com os direitos fundamentais expressos no texto da lei maior.

Desta forma, é certo afirmar categoricamente que o constitucionalismo é irradiado em todo o ordenamento jurídico brasileiro pelos princípios constitucionais, sendo estes explícitos ou implícitos no texto da carta magna.

À vista disso, é impossível analisar o Processo Penal Brasileiro e as medidas cautelares restritivas de liberdade sem antes conhecer e entender os princípios pelos quais devem ser regidos. Isto porque, a inobservância de tais princípios implica na inconstitucionalidade do ato, e conseqüentemente em sua revogação.

No entanto, cabe ressaltar que, os princípios constitucionais analisados no capítulo, serão aqueles que são diretamente violados pela falta de prazo da prisão preventiva, tema do presente artigo. Isto posto, os princípios descritos a seguir são: A Dignidade da Pessoa Humana, a Presunção de inocência, e a Razoável Duração do Processo.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade de Pessoa Humana, nada mais é que o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tornando correto afirmar que todos os demais princípios constitucionais decorrem dele.

Apesar de ser um princípio com um conceito amplo e vago, a dignidade da pessoa humana institui a existência de direitos intrínsecos ao ser humano, ou seja, ele possui direitos apenas por existir. Tais direitos não podem ser desrespeitados, principalmente no que tange a aplicação da lei penal, pois eles justificam a legitimidade do Estado, isto é, o Estado existe para resguardá-los, conforme argumenta Luís Flávio Gomes:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado) (GOMES, 2016, pg. 840).

Ingo Sarlet ao definir a dignidade da pessoa humana posiciona-se da seguinte maneira:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001, pg. 60).

Assim, é possível perceber que dentre todos os princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana é o que mais influência na irradiação do fenômeno da constitucionalização no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque, se uma norma viola a dignidade da pessoa humana ela é inconstitucional e ponto, e deve ser retirada da legislação brasileira.

Esse também é o entendimento da doutrinadora Flávia Piovesan ao tratar do tema da importância do princípio dignidade da pessoa humana frente à interpretação das normas pelo direito brasileiro.

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2000, pg. 54).

Não se deve jamais interpretar uma norma sem antes analisar se está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana ou não.

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno (PIOVESAN, 2004, pg. 92).

Tal princípio é tão importante que apesar de todos os demais princípios decorrerem dele, existem aqueles que são considerados desdobramentos diretos da dignidade. São eles: incisos III (proibição a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso), todos incisos do art. 5º da Constituição Federativa da República.

Assim, cabe salientar que, para o entendimento do presente estudo, os incisos III e XLIX são de vital importância, visto que, apresentam as vedações a tortura e as penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados e as penas cruéis.

Pelo exposto, não é exagero alegar que a falta de prazo na prisão preventiva caracteriza direta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, violando ainda o artigo 5º, XLIX, “e” da Constituição Federal. Pelas razões que serão apresentadas no capítulo de três do presente do artigo.

1.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Art. 5º da Constituição Federativa da República estabelece uma série de princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles encontra-se o princípio da presunção de inocência.

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL,1988).

O princípio prevê, que todo aquele que é indiciado em um inquérito policial, ou réu ação penal, possui *status* de inocência. Motivo pelo qual, o ônus probatório na ação penal é imputado a acusação, ela que deve provar se o acusado é culpado ou não, isto porque, até que esteja comprovada a culpa por meio de sentença penal condenatória, o réu é considerado inocente.

Aury Lopes Jr. afirma que existem três principais manifestações derivadas do princípio da presunção de inocência.

a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual). c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada (LOPES Jr. pg.96, 2017).

Assim, pode ser entender que a presunção que o princípio pretende impor ao estado, aquele que vai julgar o acusado, é um dever de tratamento. O réu deve ser tratado como inocente durante todo o devido processo legal.

(...) a concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de “norma de tratamento”, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como “norma de juízo” e como “norma probatória”, estes últimos mais ligados a matéria probatória (MORAIS. 2008, p. 456).

Ou seja, o juiz determina todo ônus probatório para a acusação, uma vez que, teoricamente, o réu é inocente e não deve provar nada, e assegura ao acusado todas as garantias constitucionais para estabelecer limites a possíveis abusos sociais e midiáticos que o réu possa sofrer.

É mister ressaltar, que a constituição estipulou que o status de inocência deve prevalecer até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isso significa dizer que durante toda a fase recursal a presunção permanece.

No entanto, recentemente o STF vem adotando posicionamento a respeito da execução provisória da pena, que para o entendimento de grande parte da doutrina, relativiza o princípio da presunção de inocência.

Isso porque, na execução provisória da pena, o acusado já começaria a cumprir a condenação antes mesmo de a sentença penal condenatória transitar em julgado. Dado que nestes casos, a pena passa a ser executada a partir da confirmação da sentença pelo tribunal, ou seja, a partir da condenação em grau de apelação, ainda que exista a possibilidade de interpor Recurso Extraordinário para o STF.

Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais (HABEAS CORPUS 137.063 SÃO PAULO RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, 12/09/2017.)

Outra hipótese de relativização do princípio da presunção de inocência, é a falta de prazo na prisão preventiva, tema este, que será tratado com maior profundidade no terceiro capítulo do presente estudo.

1.3 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

O princípio da Razoável Duração do Processo assegura a todos o direito ao devido processo legal em tempo hábil para a efetiva prestação jurisdicional, ou seja, sem dilações temporais desnecessárias, conforme expresso no art. 5º inciso LXXVIII da Constituição. No entanto, ao observar a prestação da tutela jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro, percebe-se em que vez de celeridade, encontra-se morosidade.

Desta maneira, afirmar que o princípio da Razoável Duração do Processo é constantemente violado em nosso ordenamento, não configura exagero, e sim fato. Hoje, a regra processual é demora na prestação jurisdicional, onde há considerável incidência de demandas que levam anos para o devido processamento.

Não que o processo deva presar somente pela celeridade, muito pelo contrario, a tutela jurisdicional deve levar o tempo “adequado” para o devido processamento da demanda, isto significa, a Razoável Duração do Processo não busca a celeridade ou a morosidade, mas sim o tempo certo, o “Tempo do Direito” como aborda o jurista e filósofo François Ost.

O processo não deverá se estender indeterminadamente sob pena de imposição ao processado/acusado uma sanção antes mesmo de eventual condenação. Isto porque, a situação de sujeito passivo de um processo criminal por si só já constitui elemento estigmatizante para a pessoa do acusado. Quanto mais perdurar o processo criminal, maior será o tempo que este sofrerá com o estigma de ser “processado”, “réu”. De outro lado, também não deverá ser concluído em um período demasiadamente breve de tempo, caso em que provavelmente se estaria deixando de observar as garantias processuais previstas aos acusados. Aqui, necessário frisar que as formalidades do processo criminal não se confundem com um formalismo excessivo (pejorativamente compreendido). O cumprimento das observâncias dessas garantias processuais (GOMES, pg. 6, 2014).

Tal princípio é desdobramento direto do Devido Processo Legal, razão pela qual, visa à prestação jurisdicional com todas as formalidades necessárias, preservando as garantias fundamentais dentro prazo considerado razoável. Ou seja, processo devido é, pois, processo com duração razoável (DIDIER Jr, pg. 97, 2016).

A Duração Razoável do Processo está elencada ao rol de direitos fundamentais previstos na constituição, graças à previsão na Convenção de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o qual Brasil é signatário.

O art. 8º, inciso I, do Pacto de São José da Costa Rica possui a seguinte previsão:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (OEA,1969).

O entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, é que para que haja a correta aplicação do princípio da Duração Razoável do Processo, deve ser observado três critérios determinantes: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) atuação do órgão jurisdicional (DIDIER Jr, pg. 97, 2016).

O reconhecimento destes critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados. Assim, é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória. Por outro lado, não poderão ser taxadas de 'indevidas' as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes. E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a plethora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional (TUCCI, pg. 239-240,1999).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a doutrina do não prazo, que segundo Aury Lopes e Gustavo Badaró, trata-se de uma sistemática ultrapassada empregada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (LOPES Jr e BADARÓ, pg. 39,2006). Ultrapassada no sentido de que, para o sistema jurídico brasileiro, o adequado seria a previsão legal dos prazos processuais e só assim garantir que o processo ocorra em tempo hábil.

Embora nosso ordenamento estabeleça prazos para manifestações de diversos institutos processuais, muitos se encontram sem a devida previsão legal, é o caso da prisão preventiva no processo penal brasileiro.

Razão pelo qual o princípio da Razoável duração do processo, será novamente abordado no capítulo três do presente artigo, para comprovar que a falta de prazo na prisão preventiva é inconstitucional frente a tal princípio.

2 DAS PRISÕES CAUTELARES

As prisões são consideradas tema de grande relevância para o Direito Penal Brasileiro, isto porque, é a forma que o Estado utiliza para punir e disciplinar aqueles que cometeram crimes passíveis de cerceamento de liberdade. Vale lembrar que elas não são as únicas formas de punição previstas em nosso ordenamento, muito pelo contrário, o Direito Penal brasileiro prevê outras medidas punitivas aos agressores penais.

A Constituição em seu art. 5, inciso LVII da CF, é muito clara ao dispor que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, ou seja, pressupõe que o réu só terá a liberdade de locomoção cerceada quando sua condenação transitar em julgado, não antes disso.

No entanto, o Código de Processo Penal Brasileiro – CPP prevê as prisões cautelares, hipóteses em que a liberdade de ir e vir pode ser limitada pelo Estado, mesmo sem a sentença penal condenatória. São elas a prisão em flagrante, prisão temporária e a prisão preventiva.

O doutrinador Odone Sanguiné, ao tratar sobre o tema prisão cautelar, propõe o seguinte conceito ao instituto:

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula, uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo uma tenência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de provas ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva (SANGUINÉ, 2014, pg. 2).

Assim, por versarem sobre um direito fundamental, a liberdade de locomoção, as prisões cautelares devem ter aplicação extraordinária, ou seja, como última *ratio*, e

só podem ser infringidas nas hipóteses previstas em lei, com a devida justificação por parte do magistrado que a impôs.

Isto ocorre porque a prisão cautelar tem caráter de instrumentalidade, é uma ferramenta do processo penal para garantir o correto processamento das demandas judiciais-penais, e sua adequada fundamentação resulta em sua aplicação apropriada.

Para professor Odone Sanguiné, a instrumentalidade é uma característica não só das prisões cautelares, mas das medidas cautelares em geral.

A característica específica da medida cautelares – tanto em relação ao processo civil como o penal – é a instrumentalidade. Isso significa que a medida cautelar não tem um fim em si mesmo, mas sim está fatalmente preordenada à emanção de uma ulterior decisão definitiva ou principal, da qual assegura preventivamente sua utilidade prática. Como o processo é um meio de atuação da tutela do direito, as medidas cautelares, em relação com a finalidade última desta função jurisdicional, servem como instrumentos do instrumento (SANGUINÉ, 2014, pg. 7).

As prisões cautelares também podem ser classificadas de duas formas, as pré-processuais e as processuais. Como o próprio nome já conceitua as pré-processuais ocorrem antes do início da ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia, são elas prisões em flagrante e temporária. Já as processuais são realizadas durante o curso da ação penal, e possui uma única representante, a prisão preventiva.

Por fim, cabe ressaltar que, pelo caráter excepcional que possuem, para a efetiva aplicação das prisões cautelares, faz se necessário à presença do *fumus comissi delicti*, ou seja, a presença de indícios de autoria ou prova de materialidade delitiva, e o *periculum libertatis*, que significa se o réu continuar em liberdade pode afetar o andamento do processo penal.

2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

O Código de Processo Penal Brasileiro, nos artigos 301 a 310, dispõe sobre a prisão em flagrante e suas hipóteses de cabimento. E além de discorrer sobre a medida cautelar, os artigos apresentam ainda o caráter pré-processual de tal medida, visto que, a prisão em flagrante delito ocorre antes de ser instaurada a ação penal.

O flagrante nada mais é, que surpreender o autor enquanto este comete o delito, ou logo após de tê-lo cometido. Neste sentido o doutrinador Júlio Mirabete descreve o flagrante como sendo, “o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime ’” (MIRABETE, 1997, pg 383).

Alguns doutrinadores defendem que a prisão em flagrante não possui nenhuma das características típicas das prisões cautelares, já que, não tem como a finalidade assegurar saúde da ação penal em andamento, até porque, no momento em que a prisão é decretada não existe sequer um inquérito, e não é necessário que haja a presença do *periculum libertatis* para sua decretação.

Embora não tenha a finalidade típica de assegurar o andamento do processo, a prisão em flagrante possui outras finalidades que ratificam seu caráter cautelar, quais sejam:

Atualmente, a doutrina predominante atribui à prisão em flagrante uma tríplice função: (a) cessar a atividade criminosa e, portanto, evita a consumação ou exaurimento do crime; (b) coleta imediata e acautelamento (preservação) da prova da materialidade do fato e da autoria; (c) evitar a fuga do autor. (SANGUINÉ, 2014, pg. 166)

Além de ter uma função diferenciada das outras espécies de prisões, a prisão em flagrante também possui prazo diverso, e bem curto, conforme estabelece o art. 306 e parágrafos do CPP. Onde está previsto o prazo máximo 48 horas, sendo que em 24 horas o flagrante já deve estar na mesa do juiz para que este decida se relaxará a prisão, convertê-la em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória mediante fiança e 24 horas para entregar ao preso à nota de culpa.

A prisão em flagrante somente legitima a privação a privação inicial da liberdade pelo lapso temporal efêmero de 24 horas, que medeia entre o momento da “prisão-captura”, a lavratura do auto de prisão em flagrante até o de sua comunicação e recebimento do auto flagrancial ao juiz competente, quando ocorrer o controle jurisdicional imediato da legalidade da prisão (art. 306 do CPP). (SANGUINÉ, 2014, pg. 168)

Quanto ao prazo para lavratura do auto, a autoridade tem vinte e quatro horas para entregar ao preso a “nota de culpa” (art.306), do que se conclui seja o prazo máximo para a conclusão do auto. A nota de culpa é a peça inicial do auto de prisão em flagrante e tem por finalidade comunicar ao preso o motivo de sua prisão, bem como a identidade do responsável por essa prisão. Sua falta caracteriza omissão de ato essencial e prova a nulidade e o relaxamento da prisão. (CAPEZ, 2011, pg. 316)

Segundo Fernando Capez a prisão em flagrante possui nove espécies. São elas, o flagrante próprio, o improprio, o presumido, o flagrante compulsório ou obrigatório, o facultativo, o preparado ou provocado, o flagrante esperado, o prorrogado ou retardado e por fim o flagrante forjado.

Dentre as modalidades apresentadas, o fragrante preparado é pela doutrina e jurisprudência considerado ilegal, isto por que, segundo a definição de Damásio de Jesus, “ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consume” (JESUS, pg. 176,1988)

Por fim, é importante esclarecer que, embora qualquer pessoa possa decretá-la, a prisão em flagrante deve observar os critérios de legalidades estipulado no CPP, desta forma, se o magistrado concluir que o flagrante realizado em determinado caso, não preencha os requisitos legais, este deve relaxar a prisão imediatamente.

2.2 PRISÃO TEMPORÁRIA.

A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o instituto da prisão para averiguação, acontecimento que foi comemorado por muitos criminalistas, visto que, tal prisão não era vista com bons olhos por boa parte da doutrina criminal brasileira.

Posteriormente, levantaram-se questões no sentido de que talvez fosse melhor somente aperfeiçoar o instituto em vez de simplesmente extingui-lo, isto porque, sem a prisão para averiguação, houve considerável aumento da criminalidade.

Assim, para suprir a extinção da prisão para averiguação, em 1989 foi promulgada a lei 7960/89, inaugurando o instituto da prisão temporária, que é segundo Capez uma “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial” (CAPEZ, 2011, pg.329).

A prisão temporária será decretada pelo magistrado, somente a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, o juiz não pode decretá-la de ofício. Isto ocorre, em consequência de seu caráter excepcional, já que esta prisão só pode ser decretada em hipóteses específicas.

Desta forma, caberá a prisão temporária, conforme dispõe o art. 1º da lei 7960/89, nos casos em que a prisão é imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou se o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação, e ainda, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação nos crimes citados do inciso III do art. 1º da referida lei.

Assim, para decretar a prisão temporária, o magistrado deve analisa a presença *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, combinado aos requisitos da lei 7960/89, além de observar o juízo de proporcionalidade que, segundo Távora e Rodrigues Alencar serão medidos pela necessidade e adequação.

1)Da **necessidade** para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e nos casos expressamente previsto, para evitar a prática de infrações penais; e 2) da **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (TÁVORA e ALENCAR, pg. 861, 2015).

Cabe ressaltar que, assim com a prisão em flagrante, a prisão temporária também é considerada uma medida cautelar pré-processual, ou seja, só pode ser decretada antes de instaurar a ação penal, uma vez que sua função é basicamente resguardar

o andamento da investigação no inquérito policial, se ação já estiver em curso a prisão adequada é a preventiva.

Por fim, mas não menos importante, vale esclarecer que tal medida cautelar possui um prazo pré-determinado para estipular o tempo em que o indiciado permanecerá detido. Deste modo, segundo a regra geral estabelecida no art. 2º *caput* da lei 7960/89, o prazo da prisão é de 5 dias prorrogáveis por mais 5, desde que comprovada extrema necessidade.

No entanto, o §4º do referido artigo prevê exceções à regra do *caput*, são os casos dos crimes hediondos e semelhantes, para estes crimes o prazo da prisão temporária é de 30 dias prorrogáveis pelo mesmo período, desde que seja imprescindível.

2.3 PRISÃO PREVENTIVA

A última das prisões cautelares previstas no processo penal brasileiro é a prisão preventiva, e diferente das outras duas modalidades de prisões apresentadas, esta ocorre durante a fase pré-processual e processual, desde que seja decretada antes do trânsito em julgado.

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade o cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento (TÁVORA e ALENCAR, pg. 861, 2015).

Para a decretação da prisão preventiva o art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, estabelece que dever restar demonstrada a presença de prova da existência do crime, materialidade e indícios suficientes de autoria.

O art. 312 do CPP determina também que, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal e a proteção da correta aplicação da lei penal são hipóteses que justificam a decretação da prisão preventiva.

A garantia da ordem pública como motivo determinante para aplicação dessa prisão é passível de críticas por grande parte da doutrina penalista brasileira, isto porque, é um conceito vago, que permite variadas interpretações, majoritariamente inadequadas.

Aury Lopes Jr, ao comentar sobre o tema, discorrer da seguinte forma.

[...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor (LOPES Jr, pg. 635, 2017).

As hipóteses de aplicação para a prisão preventiva são demasiadamente criticadas pela doutrina, pois tal prisão é a mais aplicada no ordenamento jurídico. Isto ocorre por que, no Brasil o número de presos ultrapassa 600 mil, desde número, 40% são de presos provisórios, ou seja, estão em medida cautelar, presos em flagrantes, temporariamente ou preventivamente.

Estudos internacionais publicados regularmente relatam o excessivo uso da prisão preventiva, com o incremento da taxa de presos preventivos, inclusive abandonando o princípio da *ultima ratio*. Atualmente, seu uso punitivo e de incapacitação é uma das características da prisão preventiva. Isso significa que a prisão preventiva não é uma medida provisória de “último recurso”, mas sim um instrumento para facilitar uma resposta rápida ao crime (SANGUINÉ, 2014, pg. 186) .

Do percentual previsto acima, a imensa maioria está presa preventivamente, e tem com justificativa para prisão manter a ordem pública ou assegurar a aplicação da lei penal. Maurício Sant’Anna dos Reis ao tratar sobre o tema dispõe que:

Se do ponto de vista social, a ideia de opinião pública se adéqua a de imposição da opinião de quem detém o poder sobre quem não o detém, diferente não é no processo. Fundamentar uma prisão preventiva com base na ordem pública, pelo clamor público causado pelo fato supostamente criminoso, ante a robusta manifestação dos meios de comunicação sobre o dito crime, não se afasta da lógica trazida por Pierre Bourdieu. Com efeito, a prisão que se baseia na opinião pública, por certo em nada se baseia, tendo em vista que a opinião pública, não pertence ao público, senão ao próprio juiz, ou, quando muito, a um meio de comunicação. Desse modo a decisão é *sui* referencial, é cíclica, está despida da devida fundamentação exigida a todas as decisões, pelo que é ilegal. Mas acima de tudo não é sequer uma decisão judicial, senão um ato escancarado de submissão ao poder, ao arbítrio, em suma, manifestamente ilegal (REIS,2016).

Outro ponto controverso sobre a prisão preventiva é o fato de não possui um prazo preestabelecido, ou seja, não há previsão legal que estabeleça o tempo em que o acusado preso preventivamente deve permanecer detido.

Diante todo exposto, a prisão preventiva é a medida cautelar mais aplicada no sistema penal brasileiro, todavia, é também a mais crítica segundo a doutrina, visto que, requisitos de sua aplicação e a falta de prazo, permite a arbitrariedade dos magistrados para violar princípios fundamentais constitucionais, como a Presunção de Inocência, Dignidade da Pessoa Humana e a Razoável Duração do Processo.

3 A FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 A FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, analisado anteriormente, pretende preservar direitos inerentes ao ser humano, direitos estes que legitimam o Estado Democrático de Direito, e torna imprescindível a sua preservação.

A falta de prazo no instituto da prisão preventiva em um país como o Brasil, onde a prestação jurisdicional é deveras morosa, possibilita o excesso de prazo na aplicação de tal medida cautelar. É impossível não observar que este excesso configura violação direta do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A simples omissão legislativa para o prazo na prisão preventiva, já configura na ofensa da dignidade da pessoa humana, isto porque, o réu sempre deve tomar conhecimento do tempo que permanecerá encarcerado, a incerteza perante tal omissão por si só já é prejudicial ao acusado, ainda mais se levado em consideração o atual estado das penitenciárias brasileiras.

Diante da omissão de prazo na lei em decorrência da prisão preventiva, sabidamente a mais abrangente de todas, o que acaba gerando indefinições e não raramente abusos por parte do Poder Judiciário, ao permitir prisões preventivas por longos períodos, acarretando elevado gravame para a situação do indivíduo encarcerado, principalmente, no que desrespeito a sua dignidade, tendo sua liberdade cerceada antes de uma possível sentença condenatória transitada em julgado, sendo principalmente um desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade humana e da presunção de inocência. Não deixando de se considerar a patente violação dos direitos da dignidade humana, em relação aos presos, detentos em presídios brasileiros, em relação a esses, são ainda atuais as colocações de Francesco Carnelutti: "**Sob um certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece que o condenado - e acrescentamos, também o preso provisório - é um sepultado vivo**" (*Grifei*) (LIMA, 2017).

Vale sempre ressaltar, que no momento da prisão preventiva o réu ainda não possui condenação transitada em julgado, assim ainda possui status de inocência, todavia,

a medida cautelar em sua modalidade prisão preventiva, em alguns estados brasileiros, é cumprida com presos já condenados, isto é, ainda que não possua condenação o réu já recebe tratamento o de um condenado.

Mesmo quando condenado, o imputado tem conhecimento do tempo que terá sua liberdade cerceada, resultado da pena prevista para a infração cometida. Já o preso provisório não possui tal previsão, e na maioria das vezes permanece detido até o julgamento da demanda, no Brasil isso pode levar anos. É visível a ofensa à dignidade, já que o preso passa por todo o “sofrimento de ser processado” sem um tempo determinado e encarcerado.

Enquanto dura o processo penal, dura a incerteza, e isso leva qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena. O sofrimento da alma é um custo que terá que pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor como maior seja a injustiça a que esteja sendo submetido. (LOPES Jr. E BADARÓ, 2006, pg.63).

Veja só, a crítica feita, não é pela aplicação do instituto da prisão preventiva, mas sim ao fato de que tal medida cautelar não possui um prazo de vigência em país onde a regra processual é a morosidade. Mesmo se a realidade brasileira fosse outra, o réu tem o direito de conhecer o tempo do seu cárcere, ainda que este seja em caráter provisório.

A Reforma Processual Penal de 2008 não se manifestou a respeito da falta de prazo na prisão preventiva, embora tenha alterado alguns requisitos para a imputação das medidas cautelares restritivas de liberdade. Tal fato demonstra o desleixo do Estado para com os direitos fundamentais do preso provisório.

A demora na prestação jurisdicional no Brasil é um problema administrativo, não devendo o acusado preso preventivamente arcar com as consequências dessa deficiência estatal à custa da própria dignidade, vez que, não é responsável pela morosidade do Estado.

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal

pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (PEREIRA e MEZZALIRA, 2010).

A existência de um prazo razoável para a vigência da modalidade cautelar prisão preventiva, minimizaria a grande incidência de excesso de prazo que existe atualmente na aplicação de tal instituto, e conseqüentemente deixaria de atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

3.2 A FALTA DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Alguns autores defendem que ao analisar atentamente o significado do princípio da presunção de inocência e seus desdobramentos, é possível concluir que a medida cautela prisão preventiva, por si só já atenta contra o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

A prisão preventiva é uma medida grave que atenta cruelmente contra a liberdade do indivíduo e que, no âmbito dos princípios, resulta conciliado com a presunção de inocência do imputado. Com a constitucionalização da presunção de inocência parece que não deveria ter sido admitido o instituto da prisão preventiva. Se a regra da presunção de inocência fosse aplicada estritamente em seu rigor verbal, em termos lógicos ou absolutos nenhuma medida coercitiva, máxime a prisão provisória, estaria justificada, nomeadamente na fase de investigação e da instrução criminal, poderia levar a proibição de antecipação de medidas de investigação, tornando inconstitucional a própria instrução criminal. (SANGUINÉ, 2014, pg. 183).

No entanto, tornar a prisão preventiva inconstitucional em virtude uma leitura restritiva do princípio da presunção de inocência, além de ser um posicionamento radical, ainda garantiria a impunidade do transgressor legal. Isto porque, a prisão

preventiva é a ferramenta processual penal utilizada para garantir o adequado desdobramento da ação penal.

No entanto, a falta de prazo do supracitado instituto pode sim caracterizar violação ao princípio da presunção de inocência. Uma vez que, tal omissão permite que o preso permaneça detido por um período de tempo não razoável em virtude da morosidade da prestação jurisdicional estatal.

Os efeitos materiais, morais e de outro gênero, que podem decorrer da prisão cautelar e do próprio processo penal, sem dúvida afetam os direitos dos imputados e a própria presunção de inocência. O encarceramento não pode sujeitar o acusado a sua liberdade pessoal a um esforço maior do que se pode exigir de quem se presume inocente. Em decorrência disso, há (ou deveria haver) sensíveis diferenças entre o tratamento dispensado ao acusado preso cautelarmente, de um lado, e o regime imposto ao preso já condenado por sentença transitada em julgado, de outro. (LOPES Jr. e BADARÓ, 2006, pg.60).

Dessa forma, a prisão preventiva deixa de ser uma medida cautelar e passa a ser um abuso do poder público, transformando-se em uma espécie de execução antecipada da penal, situação que vai de encontro com, o princípio constitucional da presunção de inocência.

Tal violação acontece porque o processo no Brasil corre fora de um prazo razoável e o réu permanece preso sem uma sentença penal condenatória transitada em julgada para confirmar sua culpabilidade.

Portanto, a inconstitucionalidade ocorre quando essa medida for imposta com a função de antecipação da pena, ou quando implique a emissão de qualquer juízo antecipado de culpabilidade, realidade que se evidencia quando a prisão preventiva assume total autonomia em relação ao processo e se impõe como medida de segurança, encontrando-se ao serviço de fins de prevenção geral e especial. Como observa Illuminati, o problema da legitimidade constitucional da prisão provisória, portanto, identifica-se com os da legitimidade dos fins que a ela são atribuídos, em relação aos quais a presunção de inocência funciona como um limite teleológico negativo. (SANGUINÉ, 2014, pg. 183).

A prisão preventiva deve ter por finalidade a garantia adequada do processo penal, qualquer outro fim, implica na imputação antecipada da culpabilidade do réu. Mas se o adequado desdobramento processual ocorre fora de um prazo adequado resulta

na antecipação da penal do acusado, fugindo do objeto da prisão preventiva e configurando ilegalidade.

Outra ofensa acarretada pela falta de prazo na prisão preventiva consiste nos casos em que o réu é absolvido. Por exemplo, o réu é preso preventivamente, sofre com o excesso de prazo durante a ação penal e quando por fim a demanda é julgada, resta comprovada sua inocência ele é absolvido.

Todo acusado tem o direito de ser julgado em um prazo não demasiadamente longo, não ficando o réu, por tempo indeterminado a disposição da justiça, até porque ao final do processo o réu poderá ser absolvido e neste caso o dano causado pela longa espera é muito grande (DA CUNHA, 2016).

Há também as hipóteses em que a condenação constitui em dilação temporal inferior ao tempo em que o réu permaneceu detido provisoriamente, ou seja, o imputado esteve preso por um tempo maior que o previsto na sentença penal condenatória.

Essas aberrações processuais ocorrem em virtude dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, expresso da seguinte forma:

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 (BRASIL, 1941).

Assegurar a garantia da ordem pública e da ordem econômicas são requisitos extremamente vagos, e autorizando a arbitrariedade do magistrado, o que resulta em injustiças como o réu ser vítima do excesso de prazo processual enquanto está preso preventivamente para no fim ser absolvido. Impossível não observar a violação ao princípio da culpabilidade.

A existência de um prazo adequado para prisão preventiva resultaria na diminuição da incidência de casos que permitem a violação do princípio constitucional da presunção de inocência, além de adequar o instituto da prisão preventiva com a constituição.

3.3 A FALTA DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O Princípio da Razoável Duração do Processo talvez seja o mais lesionado pelo poder estatal brasileiro, já que tal princípio existe para garantir que aquele que está sendo processado pelo estado tenha um julgamento dentro de um tempo adequado, todavia, o processo no Brasil é considerado deveras moroso contrariando a previsão principiológica.

Vale sempre ressaltar, como já mencionado no presente estudo, que o princípio da Duração Razoável do Processo pretende garantir ao réu ser processado em tempo justo, nem célere e nem moroso, ou seja, o tempo necessário para que a demanda seja resolvida adequadamente.

O impasse, no entanto, consiste no fato de que um país onde a prestação jurisdicional ocorre em um prazo fora do adequado, não possui um tempo máximo de duração para a prisão preventiva.

A jurisprudência do estado de Minas Gerais, tentando suprir a falta de previsão legal para o tempo da prisão cautelar, estipulou o prazo de 81 dias como período máximo de permanência do preso em regime de prisão cautelar.

Baseado no leading case do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, formou-se a jurisprudência pátria a “regra dos 81 dias”. Os 81 dias decorrem da soma do prazo de todos os atos da persecução penal, desde o início do inquérito policial ou da segregação do acusado, até a prolação da sentença, no procedimento comum ordinário. Trata-se de um critério formado pela soma dos prazos para a prática dos diversos atos do inquérito e do procedimento em primeiro grau, até a decisão final. (LOPES Jr. E BADARÓ, 2006, pg.103).

A iniciativa da jurisprudência mineira a respeito da “Regra dos 81 dias” não agradou o senso comum, adeptos a doutrina do não prazo para a duração processual (LOPES Jr. E BADARÓ, 2006, pg.106). Restando novamente sem solução a omissão processual para o prazo do instituto da prisão preventiva.

O prazo razoável de duração do processo penal não se mede em dias, semanas, meses ou anos, mas sim deve ser estabelecido em processo posterior (*ex post iudicium*), de conformidade com uma combinação de critérios que permitirão deduzir a razoabilidade ou não da duração do processo em seu conjunto. (FEITOZA, 2010, p. 157-158).

Aury Lopes e Gustavo Badaró em 2006, ao tratarem da justificativa estatal para a morosidade da prestação jurisdicional e conseqüentemente das prisões cautelares, argumentaram da seguinte forma:

Inexiste um referencial de duração temporal máxima e, cada vez mais, os tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: complexidade (apriorística?) do fato, gravidade (*in abstracto?*), clamor público (ou seria a opinião publicada), ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal se bastasse, autolegitimando qualquer ato repressivo. (LOPES Jr. E BADARÓ, 2006, pg.107).

Pelo exposto e diante da morosidade patente do processo penal brasileiro, alguns autores propuseram sanções para as violações ao princípio da razoável duração do processo, todavia, o legislador não as adotou na reforma de 2008, e hoje cabe ao magistrado à adoção de tais medidas, o que mais uma vez proporciona a discricionariedade do judiciário brasileiro.

No que tange ao excesso de prazo na prisão preventiva, o judiciário quando a reconhece, determina a imediata revogação, justificando que tal excesso configura constrangimento ilegal. No entanto, Aury Lopes Jr. afirma que nesses casos o réu merece uma compensação, e esta seria a extinção do feito.

A extensão do feito é a solução mais adequada, em termos processuais, na medida em que, reconhecida a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. Sua continuação, além do prazo razoável, não é mais legítima e vulnera o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo-se o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal (LOPES Jr. 2012, pg. 324-325).

O professor Denilson Feitoza discorda de tal posicionamento, afirmando que a simples compensação não supre a omissão estatal e resulta na impunidade:

A constatação da violação do direito fundamental ao prazo razoável demanda, no direito interno (nacional), conseqüências processuais para o processo em que ocorreu a violação e não apenas soluções

compensatórias geralmente obtidas num processo posterior (FEITOZA, 2010, pg. 161).

Compensações de fato não resolveram o problema da prestação deficiente do judiciário brasileiro, o ideal seria que houvesse uma reformulação para adequar o processo ao princípio da razoável duração, no entanto, como não é possível avistar tal façanha, a simples previsão legal de um prazo para a prisão preventiva, resolveria o problema do excesso de prazo que acomete não raras vezes tal medida cautelar.

O ideal seria uma boa dose de coragem legislativa para prever claramente o prazo máximo de duração do processo e das prisões cautelares, fixando condições resolutivas pelo descumprimento. Na fase de investigação preliminar, deve-se prever a impossibilidade de exercício da ação penal depois de superado o limite temporal, ou, no mínimo, fixar a pena de inutilidade para os atos praticados após o prazo razoável (LOPES Jr. 2005).

Assim, como demora prestação jurisdicional no judiciário brasileiro é visível, configurando sem sombra de dúvidas na violação do princípio da Razoável Duração do Processo, inviabilizando qualquer possibilidade do instituto da prisão preventiva permanecer sem um prazo de duração. Uma vez que, a atual realidade faz com que o imputado seja penalizado pela falha do poder público.

3.4 O PRAZO ADEQUADO

A prisão preventiva é uma importante ferramenta para o processo penal brasileiro, todavia, a falta de prazo para o encarceramento do acusado vem transformando tal instituto e um dos maiores exemplos de violação aos princípios fundamentais constitucionais.

Fato que ocorre em razão da morosidade da prestação jurisdicional brasileira, em todas as áreas do direito. No entanto, como a prisão preventiva trata da liberdade do acusado enquanto ainda possui status de inocência, devem ser criados métodos adequados que impeçam o sofrimento do preso em razão da deficiência do estatal, ou seja, um prazo para tal instituto.

A falta de previsão legal para a medida cautelar referida, não é uma patologia exclusivamente brasileira, outros países também se encontram omissos a respeito do tempo em os acusados devem permanecer detidos.

No entanto, alguns países com Alemanha, Argentina, Chile, Portugal e Paraguai, possuem expressa previsão legal para a fixação dos prazos duração das prisões processuais em seus respectivos códigos processuais penais.

Embora os prazos previstos em tais países sejam fixos, eles obedecem a critérios rigorosos para sua aplicação, assim, os prazos são estipulados conforme o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação.

Portugal é um excelente exemplo que previsão do prazo da prisão preventiva obedecendo a critérios inteiramente fundados do princípio da razoável duração do processo. Observe a previsão do artigo 215 do Código de Processo Penal Português.

- 1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:
- a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;
 - b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
 - c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.^a instância;
 - d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado (PORTUGAL, 1987).

Outro critério levado em consideração pela legislação portuguesa é a complexidade do caso, para crimes menos complexos entende-se que o tempo de processamento da demanda será menor, e conseqüentemente o tempo da prisão preventiva também, o inverso se aplica os crimes complexos.

Embora deva respeitar os casos expressos acima, o Brasil não deve replicar modelos já existentes para criar uma norma legal que estipule prazo adequado para a prisão preventiva, no entanto, seria deveras favorável utilizá-los como exemplo.

Assim, utilizar critérios como complexidade de delito na hora de formular uma legislação própria que verse sobre o prazo na prisão preventiva, será sem dúvidas

um acréscimo favorável para legislação brasileira, desde que é claro, sejam feitos estudos que analisem quais as necessidades que devem ser supridas na hora de estipular tais critérios.

Cumpra novamente esclarecer que, o ordenamento jurídico brasileiro possui características próprias e peculiares, não podendo simplesmente adotar modelos já existentes, muito pelo contrário, deve-se criar um modelo próprio, aproveitando dos modelos utilizados em outros países somente o que condiz com a realidade brasileira.

Os direitos fundamentais constitucionais, também devem estar presentes na hora de formular uma norma que verse sobre o prazo da prisão preventiva, visto que, são eles os mais atingidos pela omissão legislativa.

Desde modo, o legislativo na hora de elaborar uma legislação que verse sobre o prazo para a medida cautelar da prisão preventiva, deve sempre levar em consideração, quais são os requisitos que julgue indispensável na aplicação tal instituto, e se tais requisitos merecem dilações temporais especiais.

No entanto, o que não pode acontecer é a continuidade da inexistência de um prazo adequado para tal prisão provisória, o Estado não pode continuar a se omitir a respeito desse importante problema que resulta na superpopulação carcerária brasileira, além é claro, de violar preceitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas quanto a imprescindível necessidade de criação de normas legais que estabeleçam um prazo para o tempo de aplicação da prisão preventiva, e que esse prazo deve obedecer aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Presunção de Inocência e Razoável Duração do Processo.

CONCLUSÃO

A falta de prazo na prisão preventiva contesta diretamente vários princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e o da razoável duração do processo, o que configura a inconstitucionalidade da atual aplicação do instituto.

Todavia, a prisão preventiva é uma importante ferramenta do processo penal. Sua não aplicação implicaria em consequências catastróficas para o ordenamento jurídico brasileiro, resultando na falta de segurança jurídica e na impunidade dos agressores legais.

A solução adequada para o problema levando acima é sem sombra de dúvidas a criação de um prazo legal para a prisão preventiva, onde o legislador analise as atuais deficiências da medida cautelar, criando meios de supri-las de acordo com os preceitos constitucionais.

Assim, a aplicação da prisão preventiva finalmente estará compatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito, e o processo penal brasileiro, pelo menos no que tange as prisões cautelares, deixaria de atentar contra os direitos inerentes ao ser humano enquanto este se encontra sobre a custódia do Estado, quer dizer, pelo menos não durante a fase processual.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, André Sergey Aguiar da. **A Prisão Preventiva e o Princípio da Razoável Duração do Processo**. In: Jus Brasil, 2016. Disponível em: <<https://institutoiunib.jusbrasil.com.br/artigos/388304739/a-prisao-preventiva-e-o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis**. 7ª edição. Niterói: Impetus, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: RT, 2016.

GOMES, Bruna Bevilacqua. **Processo penal e o julgamento em prazo razoável. Necessidade de compreensão o do “tempo razoável” como observância dos direitos e garantias constitucionais dos acusados**. Tese (Livre Docência) – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/BrunaBevilacquaGomes.pdf>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

LIMA, Ezequiel Ivan Santos de. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Frente a Irrazoável Duração da Prisão Preventiva**. In: Lex Magister. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25098822_O_PRINCIPIO_DA_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_FRENTE_A_IRRAZOAVEL_DURACAO_DA_PRISAO_PREVENTIVA.aspx>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

LOPES Jr. Aury, **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES Jr. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em 07 de novembro de 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008**. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. **O Supremo Tribunal Federal e o prazo razoável da prisão preventiva**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7810&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Lei nº 78/87. Procuradoria Geral de Distrital de Lisboa-PT. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em 07 de novembro de 2018.

REIS, Maurício Sant'Anna dos. **Observações sobre a prisão preventiva fundamentada na ordem pública: ou pode uma prisão preventiva se basear na opinião pública?** Canais criminais. Porto Alegre. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/observacoes-sobre-a-prisao-preventiva-fundamentada-na-ordem-publica-ou-pode-uma-prisao-preventiva-se-basear-na-opinio-publica/#_ftnref5>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautela, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forence, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STF. HABEAS CORPUS 137.063 São Paulo RELATOR : Min. Ricardo Lewandowski, 12/09/2017. **STF**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137063.pdf>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. de. **Curso de direito processual penal**. 10ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.