

LEONARDO FIGLIUOLO

**A Razoável Duração do Processo no Brasil: A Dinâmica Observada na 4ª
Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da
Comarca de Manaus - AM**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2019

LEONARDO FIGLIUOLO

**A Razoável Duração do Processo no Brasil: A Dinâmica Observada na 4ª
Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da
Comarca de Manaus - AM**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Dr. Rubens Beçak.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2019

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

FIGLIUOLO, LEONARDO A Razoável Duração do Processo no Brasil: A Dinâmica Observada na 4ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da Comarca de Manaus - AM ; LEONARDO FIGLIUOLO ; orientador RUBENS BEÇAK -- São Paulo, 2019. 153 Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. 1. A razoável duração do processo. 2. prisão provisória. 3. excesso de prazo. 4. Lei de Drogas. I. BEÇAK, RUBENS, orient. II. Título.

LEONARDO FIGLIUOLO

**A Razoável Duração do Processo no Brasil: A Dinâmica Observada na 4ª
Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da
Comarca de Manaus - AM**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Dr. Rubens Beçak.

Aprovada em: __/__/____

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Dr. Rubens Beçak

Professor(a) Membro

Professor(a) Membro

Professor(a) Membro

Acreditamos ser possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos. (Eugenio Raúl Zaffaroni).

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Rubens Beçak, pela orientação na presente dissertação de mestrado e pelas preciosas aulas no curso de Pós-Graduação;

Agradeço profundamente à paciência de minha família, pelo apoio incondicional às minhas aspirações acadêmicas, bem como pelos momentos de completa ausência, em que deixei de comparecer por estar isolado em meu mundo, estudando ou redigindo este trabalho.

Aos meus colegas e, mais que isso, amigos de trabalho, que também entenderam momentos em que estive ausente, em razão de aulas, seminários ou outras atividades acadêmicas, mas que sempre me incentivaram a permanecer firme na conclusão deste trabalho final.

Aos meus amigos, desde aqueles dos tempos de colégio, mas também os feitos durante a Graduação e, mais recentemente, na Pós-Graduação, pelas longas e profundas conversas sobre temas diversos, que me ajudaram aliviar momentos de tensão, assim como pela colaboração para a conclusão desta dissertação.

Aos servidores públicos, juiz, promotores e defensores públicos da 4ª VECUTE e do Tribunal de Justiça do Estado pela fundamental colaboração na minha pesquisa.

RESUMO

O direito à razoável duração do processo, inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento da Emenda Constitucional 45/2004, já poderia ser inferido desde a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como ser considerado um corolário da garantia do devido processo legal. Nesse contexto, surge o direito em que o indivíduo preso provisoriamente tem de que o seu processo seja julgado em um prazo razoável. Diversos são os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que vão na mesma linha, definindo que a privação de liberdade durante o processo deve ser a exceção e não a regra. Trata-se, portanto, de um uso abusivo da prisão provisória. A interpretação da garantia não pode restar somente à livre vontade dos aplicadores do direito, sendo necessária uma regulamentação legal efetiva da duração da prisão preventiva, por meio de prazos concretos nos quais o sujeito deverá ser posto em liberdade. Para verificar se há aplicação do que dispõem as normas que disciplinam o uso da prisão provisória, foi realizada pesquisa na 4ª Vara de Crimes e Uso e Tráfico de Entorpecentes sobre o uso da prisão provisória na criminalização das Drogas. O Objetivo da pesquisa é verificar se a garantia da duração razoável do processo está sendo respeitado quando há prisões provisórias na criminalização das drogas. Para tanto, foi realizada pesquisa documental em processos de tráfico de drogas. Identificou-se, ainda, que o controle judicial efetivo das prisões provisórias, bem como a celeridade processual e a obediência aos prazos legais, são práticas que reduzem significativamente os índices de violação a duração razoável do processo. Considera-se que uma reforma legislativa venha a reduzir a possibilidade de violação da duração do processo, principalmente nos casos em que réu permanece preso provisoriamente durante o processo.

Palavras-chave: processo penal; razoável duração do processo; prisão provisória.

ABSTRACT

The right to a reasonable length of proceedings, expressly inserted in the Brazilian legal system from the advent of Constitutional Amendment 45/2004, could already be inferred since the incorporation of the American Convention on Human Rights, as well as being considered a corollary of the guarantee of due process. In this context, the right arises in which the provisionally arrested individual has to be prosecuted within a reasonable time. There are several international treaties to which Brazil is a signatory and which follow the same lines, stating that deprivation of liberty during the process should be the exception rather than the rule. It is therefore an abusive use of provisional imprisonment. Interpretation of the guarantee cannot be left solely to the free will of law enforcers, but effective legal regulation of the length of pre-trial detention is required, by means of specific periods within which the subject is to be released. In order to verify whether the rules governing the use of provisional arrest are applied, research was conducted at the 4th Criminal Court and Narcotics Use and Trafficking on the use of provisional arrest in the criminalization of Drugs. The objective of the research is to verify if the guarantee of the reasonable duration of the process is being respected when there are provisional arrests in the criminalization of drugs. To this end, documentary research was conducted on drug trafficking processes. It was also identified that effective judicial control of provisional arrests, as well as procedural speed and compliance with legal deadlines, are practices that significantly reduce the rates of violation to the reasonable duration of the process. Legislative reform is considered to reduce the possibility of infringement of the length of the proceedings, especially in cases where the defendant remains provisionally arrested during the proceedings.

Keywords: criminal process; reasonable length of proceedings; provisional arrest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL	18
1.1. ESCORÇO HISTÓRICO.....	21
1.2. O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
1.2.1. A Hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no Ordenamento Jurídico Brasileiro	31
1.3. ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.....	33
1.3.1. Principais alterações da EC 45/04 em relação a razoável duração do processo e a celeridade processual	37
1.3.1.1. Aferição do merecimento pelos critérios objetivos de produtividade.	37
1.3.1.2. Ininterrupção das atividades jurisdicionais e extinção das férias coletivas	38
1.3.1.3. Proporcionalidade do número de juízes em relação à demanda e à população.	39
1.3.1.4. Despachos de mero expediente por servidores.	39
1.3.1.5. Distribuição imediata de processos.	40
1.3.1.6. Demonstração de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.	40
1.3.1.7. Súmulas Vinculantes.	43
1.3.1.8. Informatização do processo judicial – Lei nº 11.419/2006.	45
1.4. Duração razoável do processo penal e a garantia devido processo legal	48
2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	51
2.1. O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE NOVA IORQUE	52
2.2. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.....	54
2.2.1. . Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos	57
2.2.2. Critérios adotados pelo Comissão Europeia de Direitos Humanos.	59
2.3. Convenção Americana de Direitos Humanos.	62
2.4. CRITÉRIO ADOTADO PELO CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	65
3. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO DIREITO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL	70
3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	71
3.2. OUTRAS MEDIDAS NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	72
3.2.1. Relaxamento da prisão	73
3.2.2. Prescrição	74
3.2.3. Perempção.....	78

3.2.4.	Perdão Judicial.....	80
3.2.5.	Extinção do Processo sem julgamento do mérito;.....	81
3.2.6.	Absolvição.....	82
3.2.7.	Julgamento no Estado do Processo.....	82
3.2.8.	Atenuante Genérica - Art. 66 do CPB.	83
4.	PRISÃO PROVISÓRIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO (PRAZO RAZOAVEL).....	85
4.1.	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	90
4.2.	PRAZO DA PRISÃO PROVISÓRIA NA ESPANHA, PORTUGAL, ALEMANHA E FRANÇA.....	94
4.3.	MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	97
4.3.1.	Prisão em flagrante.....	97
4.3.2.	Prisão Temporária.....	103
4.3.3.	Prisão Preventiva.....	106
4.4.	OS PRAZOS DA PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL.....	115
4.4.1.	Critérios Adotados pelos tribunais pátrios para aferir a Duração Razoável da Prisão Provisória.....	122
4.4.2.	O comportamento processual do acusado e de sua defesa.....	125
4.4.3.	A complexidade do caso.....	128
4.4.4.	O comportamento das autoridades envolvidas.....	130
5.	A DURAÇÃO RAZOAVEL DO PROCESO NA 4ª VECUTE.....	133
5.1.	O EXCESSO DE PRAZO NA LEI DE DROGAS.....	137
5.2.	PRISÃO PROVISÓRIA NA 4ª VECUTE.....	139
5.2.1.	Insuficiência de controle judicial.....	139
5.2.2.	Excesso de prazo.....	140
5.2.3.	Desproporcionalidade.....	142
5.2.4.	Antecipação de pena.....	145
5.2.5.	A armadilha do flagrante.....	145
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
	REFERÊNCIAS.....	154

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do direito a razoável duração do processo no processo penal. Derivado do princípio do devido processo legal e do acesso à justiça, e principalmente do princípio da dignidade da pessoa, surge a razoável duração do processo como garantia explícita em nossa Carta Constitucional, que diz respeito ao direito do cidadão à rápida prestação jurisdicional.

Já dizia Rui Barbosa: “mas justiça atrasada não é justiça, senão justiça qualificada e manifesta.” É dizer a demora na resolução do processo significa a potencialização de um dano.

É sabido que o tempo é um dos pontos mais sensíveis do direito processual, principalmente nas medidas cautelares das prisões provisórias no direito processual penal, no qual se discute e analisa a liberdade do indivíduo. Por essa razão, essa temática vem se tornando objeto de grande preocupação por parte dos profissionais do direito, especificamente com o número excessivo de demandas levadas ao Judiciário.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição Federal recebeu a inserção do princípio da razoável duração do processo no inciso LXXVIII do art. 5º. Tal princípio tem a função de promover a celeridade processual, fundamentando-se na efetividade da tutela jurisdicional, pois em diversas vezes o resultado que se espera do processo é excessivamente demorado.

No direito europeu, em decorrência da elevação à garantia constitucional, foi-se construindo uma sólida doutrina a respeito do âmbito normativo da razoável duração do processo, com implicações de diversos matizes, pois reconhecida sua importância para além das partes e do processo em si, afetando a comunidade como um todo.

No Brasil, antes mesmo da promulgação da EC Nº 45/04, vozes isoladas na doutrina nacional já se mostravam contrárias à demora processual e a dilação indevida, sustentando que era preciso se conferir dignidade constitucional ao princípio com o fito de se ampliar o campo de incidência dessa norma, porque ele não se restringia apenas ao processual.

No entanto, é impossível encontrar soluções precisas, seguras e claras para o problema, em que pese a larga experiência dos Tribunais e da doutrina com o princípio em exame.

A razoabilidade, no caso concreto, pode ser aferida pela complexidade da matéria discutida no processo, pelo comportamento das partes envolvidas na relação processual e pela atuação do órgão jurisdicional.

Diante dos fundamentos articulados, objetivo da pesquisa é verificar se a garantia da duração razoável do processo, está sendo respeitado quando há prisões provisórias na criminalização do tráfico de entorpecentes, analisar quais os critérios utilizados pela jurisprudência para caracterização do excesso de prazo na duração da prisão, assim como se há mecanismos que favorecem ou dificultam a observância dessa garantia. Para atingir esse objetivo foi desenvolvida uma pesquisa documental na 4ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Drogas da Comarca de Manaus-AM.

O órgão judicial foi escolhido pelo fato de que a maior parte do presos provisórios no Brasil e especialmente em Manaus terem como réus presos provisoriamente pelos crimes tipificados na Lei de Drogas. Foram analisadas sentenças judiciais de processos julgados em relação aos crimes relacionados ao tráfico de drogas exaradas no ano 2018, que representa uma realidade recente e, ao mesmo tempo, suficiente para uma análise da observância da garantia da duração razoável duração do processo penal em relação a esses crimes citados.

O tema ora discutido é de tamanha importância que ganhou destaque em tratados internacionais sobre direitos humanos, o que demonstra preocupação internacional em relação ao assunto. Nesse sentido, o trabalho foi dividido em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, expõem-se o surgimento e desenvolvimento da garantia. No segundo, analisa a garantia da duração razoável do processo no âmbito da declarações internacionais de direitos humanos. Na Europa, o princípio encontra aplicação prática nos Tribunais, designadamente desde 1953 com a entrada em vigor a convenção Europeia dos Direitos Homem (CEDH). O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem jurisprudência no exame da matéria

que influencia os Tribunais Constitucionais Europeus assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No terceiro capítulo, analisa que a não observância, pelo próprio Estado, da garantia da razoável duração do processo e da celeridade pode implicar em responsabilidade civil do Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, gerando direito à indenização pelos danos causados ao cidadão, bem como consequências processuais penais, tais como ao relaxamento da prisão por excesso de prazo, prescrição e o reconhecimento da atenuante genérica. No quarto, faz-se um estudo sobre a legislação das prisões provisórias no Brasil e no Direito Comparado, assim como analisa os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores para caracterização da violação da garantia estudada.

Por derradeiro, no último capítulo apresenta-se a pesquisa e os estudos realizados perante a 4ª VECUTE.

Assim, o presente trabalho pretende dar sua contribuição para melhor conhecimento da justiça penal brasileira e o uso da prisão provisória na criminalização do tráfico de drogas.

1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL

Há uma relação íntima entre o tempo e o direito, pois o transcorrer do tempo gera efeitos diversos para o direito, seja de natureza material ou processual. No âmbito do direito processual penal o passar do tempo faz-se mais sentir, pois o tempo é elemento intrínseco ao processo que é uma atividade humana e se desenvolve em atos jurídicos sucessivos durante um determinado período.

O tempo faz parte do processo penal desde o nascimento, passando pelo desenvolvimento até a sua conclusão. Entretanto, o tempo do processo não é qualquer tempo e demanda um equilíbrio entre a celeridade processual e a garantia dos direitos inerentes ao devido processo legal.

Aury Lopes Junior¹ explica que o processo não pode ser, ao mesmo tempo, demasiadamente expedito, atropelando garantias e direitos, assim como também não pode ser arrastado ao longo do tempo, o que equipararia a negação da justiça.

O processo penal carece de celeridade, por outro lado necessita de tempo para possibilitar a ampla defesa, a reflexão, a análise contida e a participação das partes.

Gilberto Thums² diz que não se deve confundir a celeridade com a precipitação das decisões, sobretudo no processo penal onde é exigida rigorosa observância às garantias fundamentais das partes. Essas garantias representam a base para um procedimento justo e democrático.

Segue o autor citado que por razoável duração do processo deve-se entender que o processo não deve ser nem tão rápido que dificulte a defesa e nem tão longo que eternize o sofrimento provocado pelo processo penal³.

O conjunto de garantias, principalmente do acusado no processo penal, deve ser assegurado por um período de tempo que lhe garanta a ampla defesa e o contraditório sem prejuízo das decisões judiciais. Ao mesmo tempo, o processo não

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018., p. 79

² THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38.

³ *Ib. Ibid.*, p. 42.

pode ser prolongado além do tempo necessário para que tais direitos fundamentais sejam assegurados.

Isso se agrava ainda mais nos casos em que o acusado responde ao processo preso, no qual está restringida a sua liberdade, sendo completamente vulnerável aos humores da persecução penal.

É importante dizer que duração razoável do processo não significa dizer que o processo deva ser julgado de forma célere ou rápido, atropelando as garantias processuais dos réus como ampla defesa e contraditório.

É necessário destacar neste tópico o dilema de Carnelutti⁴: *Se la giustizia è sicura non è rápida, se è rápida non è sicura*.

Sobre isso Sergio Demoro Hamilton⁵ faz uma breve análise sobre razoabilidade e celeridade:

Devemos, para salvar a pátria, acelerar a marcha dos processos, simplificando cada mais os procedimentos? é isto que deseja a “opinião pública”? Pode ser. Penso que é. (...).

Não me parece seja esta a indicação partida da EC 1º 45/2004, ao prescrever a “razoável duração do processo”. Razoável é tudo aquilo que provém da razão, seguindo, no caso, um processo lógico de maturação. O que, ao meu ver, a EC/45 pretende é evitar a demora abusiva. O resto fica por conta da pura demagogia.

É que há processos e processos!

Há ações penais que, necessariamente, serão prolongadas em razão da complexidade da matéria, do número de réus, dos incidentes processuais, dos incontáveis recursos etc.

Outras singelas, podem e devem encontrar pronto deslinde. E, isto, para honra do legislador, já foi providenciado desde o advento da Lei 9.099/95.

A exigência social de um processo penal centralizada na celeridade e rapidez no julgamento, aliado ao clamor da sociedade para uma punição rápida, no menor tempo possível ou de preferência de forma imediata, é fato. O clamor pela celeridade do processo vem de longe.

A aceleração do processo que busque uma “justiça imediata” e que satisfaça os desejos de vingança não se coaduna com o devido processo penal

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma, Ed. Dell’Ateneo.

⁵ HAMILTON, Sergio Demoro, *A Razoável Duração do Processo e seus Reflexos no Processo penal*. In: LIMA, Polastri Marcellus; SANTIAGO, Nestor Eduardo Arauna. (Cordenadores). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988. Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 280.

legal constitucional acusatório, pois este não permite julgamentos sumários e nem o processamento de julgamentos precipitados.

Procedimentos céleres que prejudicam os direitos fundamentais representam um sistema inquisitivo e autoritário. A velocidade na qual se desenvolve o processo penal espelha a ideologia do sistema adotado, quanto mais rápido é o sistema, mais autoritário ele é, conseqüentemente, mais próximo de um procedimento inquisitivo.

Antônio Scarance Fernandes⁶ leciona que:

A busca de celeridade, portanto, como fator de eficiência do processo é preocupação antiga, mas sempre se ressaltou que não deve ser alcançada a qualquer preço, mas com observância das garantias fundamentais. Retrata tal busca a eterna ânsia do equilíbrio entre a rapidez e a justiça.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e Tribunais Constitucionais Europeus já discutiam isso há mais de 40 anos. O mesmo se pode dizer em relação a Suprema corte Americana no caso *Barker vs Wingo*⁷:

(...) the right to speedy trial is a more vague concept than other procedural rights. It is, for example, impossible to determine with precision when the right has been denied. We cannot definitely say how long is too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate.⁸

A prestação da jurisdição envolve a tensão entre a necessidade de segurança e de prestação célere. Nesse sentido leciona José Rogerio Cruz e Tucci:

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, com o já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo ("tempo fisiológico"), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário ("tempo patológico"). Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos - segurança/celeridade - emergirão as melhores condições para garantir a Justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.

⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *O Tempo e o Movimento no Processo Penal: A Eficiência e o Garantismo em uma Visão Equilibrada do Processo Penal*. In: LIMA, Polastri Marcellus; SANTIAGO, Nestor Eduardo Arauna. (Cordenadores). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988. Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

⁷ *Barker vs. Wingo* 407 US, 514, 33 Led, 101.92 SCR 2182 (1972).

⁸ O direito a um julgamento célere é um conceito mais vago do que outros direitos processuais. É, por exemplo, impossível determinar com precisão quando o direito foi negado. Não podemos dizer definitivamente o quanto pode ser considerado longo em um sistema em que a justiça deve ser supostamente rápida ou prudente.

O procedimento no processo penal deve ser exercido de maneira a tutelar efetiva, adequada e tempestivamente os direitos. Permitindo uma atuação racional de distribuição do tempo do processo. O resultado do processo deve ser necessariamente tempestiva para que seja efetiva.

Destarte, exsurge a garantia da duração razoável do processo penal como ponto de equilíbrio entre o poder de acusar do Estado e o direito à ampla defesa do indivíduo, para que a dignidade do imputado seja respeitada e, concomitantemente, as instituições e a justiça possam resolver os casos que chegam ao seu conhecimento, dentro de um prazo considerado adequado e razoável.

Ao longo da evolução histórica, a garantia da duração razoável do processo encontra antecedentes jurídicos diversos, que serviram de base para o direito internacional dos direitos humanos, consagrado nos dias atuais. Por isso, mister se faz uma reflexão histórica sobre o direito em comento.

1.1. ESCORÇO HISTÓRICO

Iniciamos neste tópico o estudo da razoável duração do processo a luz da análise histórica, com intuito de melhor entendê-lo. As raízes do princípio da duração razoável do processo e sua manifestação em diversos países servem de auxílio para entendimento de sua adoção pelo constituinte brasileiro.

A conquista deste direito não se deu da noite para o dia, mas foi resultado de uma longa evolução decorrente, sobretudo, de intensas reclamações da comunidade jurídica e da doutrina nacional.

Ao estudar o direito a um processo em tempo razoável, percebe-se que está estritamente ligado ao direito do devido processo legal. Nesse sentido assim André Nicollit⁹ comenta:

Percebe-se que o direito a um processo em tempo razoável é um direito correlato ao direito ao devido processo ou ao processo justo e equitativo. Em outras palavras, o processo com duração razoável nada mais é do que uma consequência lógica do devido processo, ou mesmo um aspecto deste.

⁹ NICOLLIT, André. *A Duração Razoável do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2ª ed. 2014. p. 30.

O prolongamento da duração do processo além do razoável não é um problema novo. A duração excessiva do processo judicial é tão antiga quanto a própria história do direito. Não existem estudos e pesquisas conclusivas que comprovem como as sociedades pré-históricas se estruturavam no que concerne ao Direito, sabe-se que os habitantes dessas sociedades se baseavam em orientações sagradas e rituais.

Wolkmer¹⁰ assim comenta esse período:

Os efeitos jurídicos são determinados por atos e procedimentos que, envolvidos pela magia e pela solenidade das palavras, transformaram-se num jogo constante de ritualismo. Entretanto, o direito primitivo de matriz sagrada e revelada pelos reis-legisladores (ou chefes religiosos-legisladores) avança, historicamente, para o período em que se impõem a força e a repetição dos costumes.

Sobre esses procedimentos nas sociedades pré-históricas, Marcos Félix Jobim¹¹ assim comenta:

Assim, diante dessa fase mística do início da humanidade, não há como conclusivamente, analisar cientificamente se havia ou não a alusão a um processo tempestivo, ou sequer já havia processo nessas comunidades, razão pela qual opta por iniciar o estudo com a fase de legislações já positivadas, pois nessas se encontra aquilo que pode ou não ser interpretado como sendo uma ilação ao tempo do processo.

Dimas Ferreira Lopes¹² ao discorrer sobre o tema assim dispõe:

As antigas civilizações: Babilônica, Egito, Grécia, Índia e Palestina (hebreus), nenhuma delas, com clareza romana, fixou limites temporais para a solução das demandas. Isto não significa que não fossem céleres os julgamentos. A tradição oral e escrita dá conta de muito expeditismo na solução das controvérsias solvidas pelos reis, sacerdotes ou seus prepostos na antiguidade histórica da humanidade.

Há, no entanto, alguns autores que dizem ser possível que o devido processo legal tenha tido origem no direito natural. Pode-se encontrar vestígios do princípio do devido processo por mais de cinco séculos antes de Cristo, na Antígona de Sófocles, peça exibida em Atenas por volta de 441 a.C. que invocava princípios morais e religiosos não escritos contra a tirania das leis escritas.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *O Direito nas Sociedades Primitivas*. In:_____. (Org.). *Fundamentos da História do Direito*. 4a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.4.

¹¹ JOBIM, Marcos Félix. *Direito à Razoável Duração do Processo: Responsabilidade Civil do Estado em Decorência da Intempestividade Processual*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.84.

¹² LOPES, Dimas Ferreira. *Celeridade do processo como garantia constitucional – estudo histórico comparativo: constituições brasileira e espanhola*. In. FIUZA, César (Org.). **direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Assim alerta Adhemar Ferreira Maciel¹³, eis suas observações:

Se começarmos a espiolhar muito o instituto do devido processo legal, que hoje se acha formalmente inserto no art. 5.º, LIV, da CF/1988, veremos que ele se remonta a mais de 5 séculos antes da era cristã. Na 'Antígona' de Sófocles, peça estreada em Atenas, presumidamente no ano de 441 a. C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas.

Não é desprezível a tese de que na antiguidade houvesse a previsão de um julgamento célere, tanto que destaca a regra inserida no artigo 45 do Código Manu. Contudo, tais normas não eram tão claras como já ocorria em Roma, citando a "ex properandum" para embasar sua afirmação, regra essa inserida no Código de Justiniano, demonstrando que no Direito Romano já havia a garantia de um tempo razoável para a finalização das controvérsias.

Necessário consignar que, não obstante, os relatos históricos trazidos por inúmeros autores de grande importância, grande parte da doutrina considera que o direito à razoável duração do processo teria nascido relacionado ao *due process of law*, que teve sua origem na Inglaterra.

O princípio do devido processo legal teve sua origem na Inglaterra do século XIII e foi insculpido na Carta Magna de 1215, quando os barões e lordes ingleses obrigaram o despótico Rei João-Sem-Terra a respeitar os direitos dos cidadãos ingleses, entre os quais o de serem julgados pelas leis do país.

Esse rei tornou-se um verdadeiro tirano depois de assumir o poder. Exigia elevados tributos, assim como outras tantas arbitrariedades, o que fez com os que barões se insurgissem contra ele. João foi obrigado a ceder e concordar com os barões, apondo seu selo real, com os termos da declaração de direitos, que lhe foi apresentada pelos barões, a qual ficou conhecida como Magna Carta das Liberdades (*Great Charter of Liberties*).

Nesse sentido Andre Nicollit¹⁴:

Afirma-se seguramente que o *due process of law* tem sua origem em 15.06.1215, na Inglaterra, quando o Rei João, chamado "O Sem-Terra", viu-se na obrigação de concordar e apor selo real na declaração de direitos que ficou conhecida como Magna Carta das Liberdades (*Great Charter of Liberties*). Este princípio inicialmente foi conhecido pela

¹³ MACIEL, Adhemar Ferreira. "O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988". RePro 85/175 (DTR\1997\82)-180, São Paulo: RT, jan.-mar. 1997.

¹⁴ Ob. Cit. p.30.

expressão *law oh the land* e só no século seguinte passou a ser conhecido, como até hoje o é, *due process of law*.

A versão oficial da Magna Carta foi então assinada em 15 de junho de 1215, em Runnymede, junto ao Rio Tamisa. Atualmente, ainda existem preservados quatro exemplares originais.

Por esse documento, o Rei João jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*).

A garantia original se restringe à aplicação da lei e à obrigatoriedade de julgamento e demonstra que as leis existentes, as leis da terra, devem ser aplicadas a todos; seu conteúdo protege contra a arbitrariedade e lança as sementes da supremacia do Direito.

Alexandre Morais da Rosa¹⁵ assim comenta:

Discute-se sobre o conteúdo do *devido processo legal*, pelo menos, desde a *Inglaterra* de João Sem Terra (1215). Mais: não se trata de significante desprovido de história e tradição. Logo, parece abusivo e até ingênuo, como fazem, de regra, os manuais de direito constitucional e processo penal, ao apontar simplesmente que o *devido processo legal* é o *procedimento estatal para restrição de direitos*. Essa leitura desconsidera toda discussão histórica e por ela, quem sabe, possa se buscar uma chave de interpretação para o processo penal brasileiro. (...)

Ainda que rapidamente, cabe dizer que a imposição de cartas ao Reis da Inglaterra – mesmo não se confundindo com a noção moderna da lei – foi o nascedouro do reconhecimento de que os direitos do soberano não eram mais absolutos, a saber, o Rei também se submetia ao regime universal e seu poder não era mais plenipotenciário.

O art. 39 da Magna Carta das Liberdades, sem ainda mencionar a expressão *due process of law*, já o consagrava: “No freemen shall be talken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment oh his peers or by the law of the land”¹⁶.

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da, Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos 2ª Ed. Lumens Juris, Rio de Janeiro, 2014, p.55.

¹⁶ Nenhum homem livre seria detido ou sujeito à prisão ou privado de seus bens ou colocado fora da lei ou exilado ou de qualquer modo molestado senão mediante julgamento regular pelo seus pares e em harmonia com as leis da terra.

O art. 40 estabelecia o acesso à justiça e a exigência do processo em tempo razoável: “To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice”¹⁷.

O princípio do devido processo foi acolhido e evoluiu nas colônias inglesas da América do Norte e sua posterior consagração na Constituição dos Estados Unidos. No século XVII, foram editadas declarações que mantiveram a ideia da tempestividade do processo, conforme ressalta Marcelo Terra Reis¹⁸:

No mesmo século XVII, mais precisamente em 25 de abril de 1682, foi editado o Frame of Government of Pennsylvanis – nos mesmos moldes da Magna Carta -, o qual assegurava um julgamento sem postergações. Entretanto, o documento inaugural de uma nova fase do direito à jurisdição tempestiva foi a Virginia Declaration of Rights, que em seu artigo 8 trazia o speedy trial. Salienta-se que este dispositivo apresentado pela Declaração de Direitos da Virginia foi transplantando à Constituição Americana, por meio da Sexta Emenda Constitucional, auferindo, assim, uma visibilidade ainda maior ao direito a um processo célere.

Mais adiante, com o advento do Iluminismo e dos ideais do despotismo ilustrado, no Século XVIII, o direito penal foi objeto de amplas reformas inspiradas nos ideais de Cesare Beccaria¹⁹. Preocupado em dar feições mais humanitárias ao direito penal, este autor insurge-se contra práticas recorrentes na época tais como, as penas de morte e de banimento, prática de tortura, as prisões desumanas e as secretas acusações.

Por tudo isso, defende que a todo acusado seja concedido tempo e meios razoáveis para que prepare sua defesa, assim também que o processo não seja demasiadamente alongado para não impor mais sofrimento ao acusado, que se encontra em um estado de incerteza quanto ao seu futuro²⁰.

Na mesma época e muito influenciado pelo movimento iluminista, pela primeira vez a garantia da razoável duração do processo penal apareceu de forma expressa, embora com contornos exclusivamente de celeridade. Foi na Declaração de Direitos da Virginia, em 12.06.1776, assegurando a toda pessoa submetida a

¹⁷ Para ninguém nós venderemos, recusaremos ou atrasaremos o direito a justiça.

¹⁸ REIS, Marcelo Terra. Tempestividade da prestação jurisdicional como direito fundamental. In: Teixeira, Anderson Vichimkeski; LONGO, Luiz Antonio. A constitucionalização do direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p. 204.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v.1, p. 189.

²⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 43.

um processo penal um juízo rápido e imparcial. Nessa declaração novamente as ideias de devido processo legal e a duração razoável do processo apresentavam-se associadas:

That, in all capital or criminal prosecutions, a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by law of the land or the judgment of his peers.²¹

Segundo Auri Lopes Junior e Gustavo Badaró²², o direito à celeridade dos julgamentos foi manifestado primeiramente em 1791, na VI Emenda à Constituição do Estado Unidos da América, a qual previa o direito a um julgamento público rápido e célere (*speedy and public trial*). Assim, nos Estados Unidos da América, desde a promulgação da 6ª emenda, no ano de 1791, a Constituição já trazia expressamente a exigência de um julgamento rápido (*speedy trial*).

Outras normas foram surgindo no âmbito internacional contendo a previsão de um julgamento em tempo razoável, incorporando, além dessa, outras garantias e princípios. Modernamente, tais princípios e garantias estão estampados em inúmeras declarações e Constituições.

Mas, talvez, a mais importante norma existente na esfera jurídica internacional, assim como para o enfrentamento deste trabalho, seja aquela existente na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor 1953, e no seu artigo 6º, §1º ela prescreve:

Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à

²¹ Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Marcos Felix Jobim²³ comenta que esse artigo 6º, §1º, será o estopim para que os cidadãos italianos iniciem sua série de processos judiciais por intempestividade da tutela jurisdicional perante a Corte Europeia, que levará a Itália, conseqüentemente, à promulgação de uma lei própria.

Aury Lopes Junior²⁴ diz que:

A (de)mora na prestação jurisdicional constitui um dos mais antigos problemas da Administração da Justiça. (...) somente após a Segunda Guerra Mundial é que esse direito fundamental foi objeto de uma preocupação mais intensa. Isso coincidiu com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10/12/1948, especialmente no art. 10, que foi fonte direta tanto do art. 6.1 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) como também dos arts. 7.5 e 8.1 da CADH.

Outras normas podem ser citadas no âmbito internacional contendo previsão de um julgamento em tempo razoável, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 que estabelece:

Art. 9º (...)

§3º Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, À presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

Art. 14 (...)

§3º Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

1. a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
2. a dispor do tempo e dos meios necessários à apresentação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
3. a ser julgada sem dilações indevidas.

²³ Ob. Cit. p.89.

²⁴ LOPES, Aury Jr. *Direito Processual Penal*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 181.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (o Pacto de São José da Costa Rica) no art. 7º, 5, determina:

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

No mesmo sentido, a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981 (Carta de Banjul):

Art. 7º

a) o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor;

b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente;

(...)

d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.

Em tais declarações internacionais de direitos humanos e em algumas Constituições a fórmula que se afirma é a do processo equitativo, ou processo justo. Nesse sentido, dispõe o art. 20º, 4, da Constituição Portuguesa (1976): “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

A Constituição Espanhola (1978) traça uma redação distinta, no entanto, idêntica em seu conteúdo:

Art. 24:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Todas as normas acima expostas são exemplos que podem ser lembrados, no âmbito internacional, da real preocupação existente no que concerne ao tempo do processo, não sendo um rol taxativo.

1.2. O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o devido processo legal só foi agasalhado expressamente na Constituição de 1988, embora algumas de suas dimensões já tivessem sido acolhidas implicitamente em outras Constituições.

Na primeira Constituição brasileira (1824), não se podia falar em independência do Poder Judiciário, tampouco em garantias individuais. A Constituição de 1891 já reconheceu o direito à plena defesa e vedou a prisão sem formação de culpa (art. 72). Não custa lembrar que a Carta de 1937, que sucedeu a de 1934, fundou o Estado Novo e, como em toda ditadura, não se pôde falar em garantias fundamentais.

Ao contrário, a Constituição de 1946, tida como democrática, dedicou um capítulo às garantias individuais, contudo, não aludiu expressamente ao devido processo. Pelas mesmas razões aludidas em relação à Constituição do Estado Novo, as Constituições da ditadura militar (1967 e 1969) não consagram o devido processo, não obstante terem afirmado a proteção a direitos fundamentais, o que efetivamente não saiu do texto escrito.

Em 1988, Constituição Democrática consagrou o *due process of law*, com expressão ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Vale lembrar, contudo, que algumas dimensões deste princípio já estiveram consagradas em Constituições anteriores, designadamente a ampla defesa e o contraditório.

No Brasil, não houve o reconhecimento expresso da garantia da razoável duração do processo dentre os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º pelo constituinte de 1988, mas a doutrina já afirmava que ela decorria naturalmente de outras garantias, principalmente a do devido processo legal e a do acesso à justiça.

A garantia da razoável duração do processo também era comumente relacionada à regra da celeridade processual, e bem assim, a da economia processual. De acordo com o princípio da celeridade, o processo deve ser célere, o que, em última análise, também se busca na garantia da razoável duração do processo.

O direito ao processo em tempo razoável, embora implicitamente este princípio já vigorasse em razão do direito ao devido processo, expressamente só ingressou no ordenamento jurídico em 1992 quando o Pacto de San José da Costa Rica entrou em vigor no Brasil.

Essa preocupação, a nível constitucional, com o prazo razoável do processo apenas iniciou com a discussão acerca do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que elenca “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil seja parte”, uma vez que o Brasil foi signatário do Pacto de São José da Costa Rica.

O Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, prescreve o direito a um processo com duração razoável, onde se retira o princípio constitucional da efetividade.

A cláusula do devido processo legal é aberta e, além disso, o legislador constituinte deixou claro que o rol dos direitos e garantias fundamentais não é exaustivo (art. 5º, §§ 1º e 2º, CF/88), incluindo outros previstos em tratados internacionais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, no art. 8, 1, prevê:

Toda pessoa tem o direito a 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 para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovado em seu texto. O Governo Federal depositou, em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09.11.1992), o Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado e ingressou no ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento de incorporação do tratado foi respeitado em seus mínimos detalhes.

Finalmente, com o advento da EC nº 45/2004 o direito a solução do processo em prazo razoável foi particularizado de maneira explícita na Constituição Brasileira que estabeleceu no art. 5º, LXXVIII, a norma segundo a qual, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior²⁵:

Quanto à recepção pelo direito brasileiro, cumpre sublinhar que esse direito fundamental já estava expressamente assegurado nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH,95 recepcionados pelo art. 5º, § 2º, da Constituição. A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, não inovou em nada com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, apenas seguiu a mesma diretriz protetora da CADH

1.2.1. A Hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O objetivo deste tópico é discutir sobre a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, portanto anterior a Emenda Constitucional nº 45/04. Isto gerou assim um problema de direito intertemporal, ocasionado a seguinte pergunta: A Convenção teria ou não hierarquia constitucional?

O parágrafo 2º do art. 5º da CF/88 diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Essa previsão constitucional fez com que parte da doutrina nacional defendesse que seriam normas materialmente constitucionais as convenções internacionais que tinham como objeto direitos e garantias individuais.

A Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e por meio desse novo parágrafo a questão ganhou outros contornos, pois o seu texto assim prescreve que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

²⁵ Ob. Cit. p. 80.

Nesse sentido, com o novel parágrafo 3º somente os tratados e convenções de direitos humanos que fossem aprovados pelo mesmo quórum qualificado necessário para aprovação das emendas constitucionais teriam hierarquia constitucional.

Restaram, ainda, na doutrina nacional a discussão acerca da hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos, se constitucional, legal ou supralegal.

O Supremo Tribunal Federal tinha o posicionamento firmado desde o regime da Constituição de 1969 segundo a qual os tratados tinham igual nível hierárquico das leis ordinárias. Mesmo com a nova Constituição Federal de 1988 e a previsão de incorporação dos direitos reconhecidos em tratado internacionais, o Supremo manteve o entendimento de nível hierárquico de lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2008, concluiu o julgamento de uma série de casos que modificaram a compreensão do nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro²⁶.

Nesse julgamento o STF, julgou a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia e naquela ocasião, por maioria de votos, venceu a tese da supralegalidade do Pacto de São José da Costa Rica como bem explica a Flavia Piovesan²⁷:

Em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, entendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º). Tal dispositivo proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia. Diversamente, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVII, embora estabeleça a proibição da prisão civil por dívida, excepciona as hipóteses do depositário infiel e do devedor de alimentos. O entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos. O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiram, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de

²⁶ Maués, Antônio Moreira. *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 10, n. 18, Jun. 2013, p. 215

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.

direitos humanos em regime especial e diferenciado, distinto de regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais.

Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os ministros Celso de Melo, Cesar Peloso, Ellen Grace e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos status constitucional.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos em regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, portanto, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de dezembro de 2008 que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza jurídica de norma supralegal, em posição hierárquica acima das leis ordinárias, no entanto abaixo da Constituição Federal.

Apesar de toda essa mudança de interpretação sobre a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos, em especial sobre a Convenção Americana, a discussão da existência da garantia da duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional 45 perdeu todo o sentido. Pois, com a introdução do inciso LXXVIII no artigo 5º da CF/88 prevê expressamente a garantia ao prazo razoável em processos seja no âmbito judicial ou administrativo.

1.3. ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45 dispôs sobre princípios e garantias processuais, sobre a reforma do Poder Judiciário que promoveu mudanças tanto na estrutura do órgão, como no seu funcionamento, alterou os Recursos Extraordinário e Especial, estabeleceu regras operacionais de direito processual, além de outras disposições. Neste tópico, será analisado a EC 45 com suas alterações no texto constitucional sob o enfoque do princípio da razoável duração do processo e a da celeridade processual.

A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31 de dezembro de 2004, também conhecida como Reforma do Poder

Judiciário, determinou significativas mudanças no sistema de justiça brasileiro, visando o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Essa emenda provocou uma série de alterações no texto constitucional no sentido de renovar e reafirmar a importância do exercício da função jurisdicional. Alterou os artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal de 1988, e acrescenta os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

A reforma do poder judiciário se tornou uma exigência da sociedade. A Emenda Constitucional nº 45/04, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário, tramitou no Congresso Nacional por mais de 12 anos. Ela é oriunda da proposta original da PEC nº 96/92 do Deputado Federal Hélio Bicudo.

Assim nas palavras de Guerra Filho²⁸, a Reforma do Judiciário pode ser entendida como o “ápice de um processo de transformações” que se iniciam com alterações de direito processual, em nível infraconstitucional. A inspiração dessa reforma era o efetivo acesso à justiça, a agilização do processo e maior segurança jurídica. Sem a pretensão de enumerar todas as inovações, destaca-se, no quesito celeridade, a inclusão do direito ao prazo razoável de duração do processo no capítulo das garantias fundamentais.

A professora Ada Pellegrini Grinover²⁹ comenta que a EC nº 45/04 trouxe expressivas alterações no sistema judiciário e processual do país:

Seu conteúdo é na realidade muito mais amplo, pois ela ao mesmo tempo (a) estabelece regras sobre a estrutura e funcionamento desse Poder, (b) dispõe sobre princípios e garantias do processo, (c) altera os recursos extraordinário e especial, bem como a competência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça e (d) dita regras operacionais de direito processual, entre as quais algumas puramente técnicas, que melhor estariam na legislação infraconstitucional porque não merecem a dignidade constitucional.

(...)

No tocante ao Poder Judiciário em si mesmo, a emenda n. 45 dita ou altera normas sobre sua autonomia financeira e orçamentária (art. 99, §§3º a 5º), sobre a carreira da Magistratura (art. 93, incs. I e II), sobre as férias dos juízes das Justiças estaduais e da federal (as quais não poderão ser coletivas porque “a atividade jurisdicional será ininterrupta” (art. 93, inc. XII), sobre impedimentos dos juízes (art. 95, inc. IV)- e impõe a chamada

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 23.

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 14.

quarentena, pela qual aquele que deixou a Magistratura está proibido de “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (art. 95, inc. V).

A Emenda Constitucional nº 45/04 alterou a estrutura do Poder Judiciário, mediante ajustes e modificações em órgãos e procedimentos. Além disso, surgiram várias disposições aplicáveis a todos os órgãos do Poder Judiciário indistintamente. São normas constitucionais que se dirigem ao Poder Judiciário como um todo, abrangendo tanto a jurisdição comum quanto a especializada, assim como, a justiça estadual e federal.

Tais disposições constitucionais abordam questões de composição dos órgãos especiais nos tribunais, ininterruptão de atividades jurisdicionais, extinção das férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juizes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente, custas judiciais, além de diversas regras orçamentárias.

A EC nº 45 trouxe também algumas normas relativas em relação aos Supremo Tribunal Federal, tais como a instituição das Súmulas Vinculantes e a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.

A professora Maria Tereza Sadek³⁰ em seu artigo intitulado “Inovar para Julgar Mais Rápido” disse que:

A reforma do Judiciário (e das demais instituições de Justiça) propiciou mudanças importantes e ensejou a utilização de instrumentos com capacidade de alterar o status quo na estrutura do Poder Judiciário, no tempo e na qualidade da prestação jurisdicional. Os institutos da súmula vinculante, da repercussão geral, dos recursos repetitivos e da transcendência permitem que tribunais tenham maior controle da pauta de julgamentos e acentuem seu papel de Cortes voltadas para questões de interesse geral, retraindo, assim, sua atuação como mais uma instância recursal para litígios individuais, repetitivos e de pouca expressão coletiva.

(...)

A EC 45 abriu espaço para a efetivação de alterações de natureza institucional no Judiciário. Qualificam-se nessa dimensão a súmula vinculante, o sistema de repercussão geral, a Lei dos Recursos Repetitivos e o critério de transcendência.

³⁰ SADEK, Maria Tereza. *Inovar Para Julgar Mais Rápido*. Disponível em < www.conjur.com.br/2009-fev-11/reforma-judiciario-propiciou-mudancas-acelerar-justica. Acesso em: 11.06.2018.

Segundo Alexandre de Moraes³¹, a EC nº 45/04 trouxe diversos mecanismos de celeridade processual:

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

Na tentativa de alcançar esses objetivos, a EC 45/04 trouxe diversos mecanismos de celeridade, transparência e controle de qualidade de atividade jurisdicional.

Como mecanismos de celeridade e desburocratização podem ser citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juizes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares³² assim comenta a Emenda Constitucional nº 45/04:

Na EC n. 45/2004, vislumbra-se uma referência constante à celeridade processual, consagra em duas perspectivas que se complementam: (i) como direito fundamental e (ii) como diretriz estrutural do judiciário.

(...)

Por fim, no que tange à celeridade em sua perspectiva como diretriz estrutural do Judiciário, e que bem pode ser considerada como instrumental/complementar à inserção do direito à razoável duração do processo como direito fundamental, há algumas novidades dignas de nota: (i) a busca da redução no número de processos pela redução do número de recursos extraordinários a serem conhecidos (art. 102, § 3º, pelo qual se estabelece, para o recurso extraordinário, a necessidade de o recorrente demonstrar “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”); (ii) súmula vinculante, fazendo com que as decisões sejam mais “previsíveis” e, assim, mais céleres; (iii) atuação do Conselho Nacional de Justiça; (iv) atividade jurisdicional ininterrupta, com o fim das férias coletivas; (v) distribuição imediata do processo em todos os graus da jurisdição; (vi) Justiça funcionando descentralizadamente; (vii) Justiça itinerante; (viii) possibilidade de despachos ordinatórios do processo pelos serventuários da Justiça; (ix) aumento do número juizes, proporcionalmente em relação à demanda e população. São elementos estruturais que, de certa forma, procuram viabilizar a dimensão garantística (de direito fundamental) da celeridade (item i). E, por isso, instrumentais.

³¹ DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p.112.

³² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p.597.

A chamada “Reforma do Poder Judiciário” trouxe ao ordenamento jurídico pátrio, de forma expressa a razoável duração do processo e da celeridade processual no texto constitucional. É importante notar, que além de se constituir numa garantia ao acusado, também se pode falar numa aspiração, de forma geral, da sociedade que pretende ver os processos serem julgados de forma célere e durante um prazo razoável de tempo.

Em razão da previsão expressa dessa garantia na Constituição Federal, poder-se-ia pensar em diversas consequências em virtude disso. Primeiramente, não se pode negar que tal imposição colocou, para o legislador brasileiro, uma eficácia positiva, visto que deve estimular e incentivar a elaboração de leis que concretizem a ordem constitucional. Há também uma eficácia negativa, a qual impede que alguma lei atente a esse princípio.

Maria Tereza Sadek ³³ diz que:

É certo que as inovações da EC 45 estão longe de ter atingido todos os efeitos contidos em seu potencial transformador. Mas pode-se sustentar que se iniciou um processo cujo desenrolar definirá com maior clareza o perfil das Cortes superiores e levará à valorização das decisões de primeiro e segundo graus. Mais importante: contribuirão para combater a morosidade e melhorar a imagem da Justiça.

1.3.1. Principais alterações da EC 45/04 em relação a razoável duração do processo e a celeridade processual.

Serão enumeradas as principais alterações da EC 45 em relação a duração razoável do processo objeto deste trabalho.

1.3.1.1. Aferição do merecimento pelos critérios objetivos de produtividade.

A aferição do merecimento para promoção leva em conta o desempenho do magistrado, sua produtividade e presteza no exercício da jurisdição, assim como pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

Na esteira dessa inovação constitucional, o Conselho Nacional de Justiça, criado pela mesma Emenda 45, editou em 2010 a Resolução nº 106, que

³³ Ob. Cit. p.2.

traça diretrizes para as promoções por merecimento, estabelecendo cinco eixos de avaliação: desempenho, produtividade, presteza, aperfeiçoamento técnico e conduta.

1.3.1.2. Ininterrupção das atividades jurisdicionais e extinção das férias coletivas.

O art. 93, XII da CF/88 diz que a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

Essa mudança se faz indispensável no sentido de melhorar a prestação jurisdicional e ainda reduzir a sua morosidade. Cumpre destacar que essa medida somente tem aplicação somente nos tribunais de segundo grau. No que concerne aos Tribunais Superiores, dentre eles o STF e o STJ, não são vedadas a interrupção da atividade no período de férias.

A EC nº 45/04 passou a proibir férias coletivas na primeira e segunda instâncias. Porém, os magistrados continuam com direito a 60 dias de férias individuais por ano, assegurado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Nos dias em que não houver expediente forense normal, haverá plantão judicial.

Antes da EC nº 45, apenas as causas urgentes, como as que implicavam matérias de urgência, tais como prestações alimentícias e relaxamentos de prisões, eram despachadas nos períodos de férias e recesso forense enquanto as demais aguardavam a retomada das atividades para o seu prosseguimento.

A ininterrupção da atividade jurisdicional, do ponto de vista de andamento dos serviços judiciais, é extremamente vantajosa, no sentido de dar celeridade processual e combater a morosidade da justiça brasileira.

1.3.1.3. Proporcionalidade do número de juízes em relação à demanda e à população.

Outra alteração propiciada pela EC 45 refere-se ao critério de proporcionalidade do número de juízes em relação à população e à demanda judicial, previsto, no art. 93, XIII, do texto constitucional que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

Esse dispositivo tem por fim a finalidade dar maior celeridade à atividade desenvolvida pelo Judiciário, manter um número proporcional de juízes para cada Estado brasileiro.

O critério para a proporcionalidade leva em conta não apenas a população do local, mas também a efetiva demanda judicial. De fato, é possível que a população de um local seja numerosa, mas o número de ações ajuizadas seja pequeno. Por outro lado, é possível que em um local com pequena população, o número de demandas seja alto.

1.3.1.4. Despachos de mero expediente por servidores.

Os despachos são atos de mera movimentação do processo, não trazem decisão, simplesmente impulsionam o processo para o próximo ato. São atos de ordenação do processo, não têm carga decisória, não são objeto de recurso.

A EC nº 45 de 2004 explicitamente autorizou a delegação dessa atividade aos auxiliares da justiça, com a ressalva de que eles poderão apenas ser os atos que não impliquem nenhum cunho decisório. Os atos antes denominados despachos meramente ordinatórios ou despachos de mero expediente devem ser praticados por iniciativa do escrivão, entretanto continuam sendo de responsabilidade do juiz, tanto que sujeitos à revisão dele.

A delegação desses atos deu-se por serem eles meramente ordinatórios, ou seja, não implica, com isso, a delegação de jurisdição, mas apenas de atos burocráticos.

1.3.1.5. Distribuição imediata de processos.

A EC nº 45 elevou à categoria Constitucional norma que determina a distribuição, imediata, de todos os processos, independente do grau de jurisdição.

O constituinte derivado procurou, mais uma vez, determinar que a lide seja resolvida em tempo razoável, para que os jurisdicionados possam ter a efetividade da prestação jurisdicional. Desse modo, além de garantir o acesso à justiça, visa resguardar o direito material, assim como a distribuição da justiça plena, em tempo razoável.

1.3.1.6. Demonstração de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.

A Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou o §3º ao artigo 102 da CF/88, passando a exigir que o recorrente demonstre a repercussão Geral no Recurso Extraordinário.

Recurso Extraordinário é o recurso pelo qual se impugna perante o Supremo Tribunal Federal uma decisão judicial proferida por um tribunal estadual ou federal, ou por uma Turma Recursal de um Juizado especial, sob a alegação de contrariedade direta e frontal ao sistema normativo estabelecido na Constituição da República.

As hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário são as previstas no art. 102, III da CF/88 nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A reforma do Poder Judiciário procurou instrumentos para reduzir o número de demandas que, na prática, inviabilizavam o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, dois institutos foram criados pela EC 45/2004: a súmula vinculante e a repercussão geral.

Ambos institutos se destacam por ampliar o efeito multiplicador das decisões do STF e impor às Cortes de origem aplicar os seus precedentes. Com

intuito de bloquear a subida de novos recursos à Suprema Corte, atribuindo efeito impeditivo de recursos em temas sumulados e de repercussão geral negada ou reconhecida.

A repercussão geral trouxe à tona o real papel do Supremo Tribunal Federal, como bem pontificam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁴, “conspira para realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (que é necessariamente prestada em prazo razoável),” estimulando a compatibilização das decisões judiciais e buscando a racionalização da atividade judiciária.

Gilmar Ferreira Mendes³⁵ assim comenta a finalidade da repercussão geral:

A finalidade da instituição da repercussão geral reside, justamente, em selecionar somente as questões constitucionais mais relevantes e impactantes para apreciação do STF. Isso significa, por óbvio, *deixar de receber as questões menos importantes*, poupando o Pretório Excelso de reexaminar todos os casos concretos.

E não só. Além da possibilidade de a Corte Suprema rejeitar a repercussão geral de determinada questão constitucional, a repercussão geral permite a racionalização de procedimentos no STF com relação aos denominados recursos múltiplos. Isto é, o precedente da repercussão geral reconhecida, quando decidido no mérito, vincula verticalmente as demais instâncias do poder Judiciário, de modo que o STF precise decidir uma única vez a questão constitucional, cabendo às instâncias ordinárias dar efeito multiplicador em cada caso concreto.

Considerando a necessidade de diminuir o número e, ao mesmo tempo, de acelerar a marcha dos recursos nos tribunais superiores, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu, no art. 102, § 3.º, da CF/1988, um novo requisito objetivo de admissibilidade do recurso extraordinário, que exige do recorrente a demonstração da *repercussão geral* da questão ou questões constitucionais debatidas na demanda.

Dispõe o art. 102, § 3.º, da CF/1988, que:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDEIRO; Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 5.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. **Novo CPC e o Recurso Extraordinário**. Revista de Processo | vol. 261/2016 | p. 263 - 279 | Nov / 2016. DTR\2016\24250.

A sua respectiva eficácia dependia da edição de lei regulamentadora da matéria, com o escopo de precisar os contornos do procedimento referente à apreciação da repercussão geral. Finalmente, foi sancionada a Lei 11.418/06 que inseriu os artigos 543-A e 543-B no antigo CPC, regulamentando o supra art. 102, § 3.º, da CF/1988, assim como houve alterações no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil, em vigor, regulamenta a matéria no artigo 1.035 que diz:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

É importante dizer que tais dispositivos do Código de Processo Civil, ante a ausência de normas específicas sobre repercussão geral no Código de Processo Penal, aplicam-se também ao processo penal.

Sobre a repercussão geral assim Badaró³⁶ expõe:

A Emenda Constitucional 45/04 criou um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, que se aplica a qualquer das hipóteses do inc. III: 'o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso' (art. 102, § 3º, da CR). De observar, porém, que embora a 'repercussão geral' seja um requisito positivo, a própria Constituição a trata de forma negativa: isto é, o recurso não será conhecido caso se decida que a questão não apresenta repercussão geral. O recurso será denegado - 'somente podendo recusá-lo, diz o art. 102, § 3º da CR - se houver a manifestação de dois terços dos membros do STF, no caso, oito ministros, no sentido de que o recurso **não apresenta repercussão geral**.

Portanto, as finalidades da demonstração da repercussão geral são: delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa; e uniformizar a interpretação

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 3ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 878.

constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Para concluir, a competência para verificação da efetiva demonstração da repercussão geral é concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem onde o recurso Extraordinário foi proposto e do próprio STF.

Por outro lado, é de competência exclusiva do STF, a análise da existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral.

1.3.1.7. Súmulas Vinculantes.

A Emenda Constitucional nº 45/04, na tentativa de coibir a multiplicação de processos sobre questões idênticas, inseriu no texto constitucional o art. 103-A, prevendo a chamada súmula vinculante que veio justamente trazer efeito vinculante para o controle difuso de constitucionalidade, pois esse efeito já existia no controle concentrado.

Assim dispõe o art. 103-A da CF/88:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Quando o dispositivo fala em reiteradas decisões sobre matérias constitucionais refere-se que a edição de súmulas vinculantes está relacionada a decisões anteriores em controle difuso de constitucionalidade. Referidas súmulas são editadas sempre que o STF se depara com decisões repetitivas em determinada matéria constitucional.

Paulo de Figueiredo Dantas³⁷ assim comenta sobre a Súmula Vinculante:

A Emenda constitucional nº 45/04 trouxe ao corpo da Constituição outra novidade, esta objeto de acaloradas discussões no meio jurídico, alguns

³⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190.

a defendendo como um mecanismo que trará maior celeridade à tutela jurisdicional, por impor inequívocos embaraços aos chamados recurso protelatórios, sobretudo por parte do Poder Público, e outros a combatendo, com igual fervor, sob o argumento de que desnaturarão a atividade jurisdicional. Trata-se da denominada *súmula vinculante*.

Tiago Bottino³⁸ assim define a *súmula vinculante*:

A *súmula vinculante* pode ser definida como um enunciado cogente, que dispõe sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais há controvérsia, extirpando a multiplicidade de interpretações que acarretariam insegurança jurídica e violação ao princípio da isonomia.

Os defensores da incorporação da *súmula vinculante*, alegaram que seria necessária a adoção de um sistema de jurisprudência vinculante responsável por proporcionar ao jurisdicionado uma maior segurança. Por outro lado, o instituto poderia proporcionar maior celeridade, uma vez que os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública passariam a decidir com base em um enunciado cogente e evitariam, com isso, o prolongamento de um número exagerado de processos sobre questões idênticas. Haveria, desse modo, uma redução do número de processos em julgamento. Outros defendiam até mesmo um aspecto econômico na adoção das *súmulas vinculantes*.

Entretanto, até hoje existem os críticos da adoção das *súmulas vinculantes*, tendo como principal argumento o fato da afronta ao princípio da liberdade de convicção dos magistrados. Isso porque ao decidirem conforme determina um enunciado cogente, os juízes e tribunais teriam um rol menor de escolhas entre possíveis interpretações e entendimentos. Subordinando-se, necessariamente, ao enunciado e teriam, desse modo, sua independência limitada. Isso engessaria a atividade jurisdicional, limitando o campo de liberdade de decisão de todo o corpo judiciário.

Superado os debates, a tese que prevaleceu foi a que reconhece a necessidade de uma jurisprudência que proporcionasse segurança jurídica ao jurisdicionado e celeridade ao sistema judicial.

³⁸ AMARAL, Thiago Bottino do. A *Súmula Vinculante Vincula?* Um Estudo da Eficiência da *Súmula Vinculante* 24. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 143/2018 | p. 177 - 219 | Maio / 2018 DTR\2018\12749.

Alexandre de Moraes³⁹ ao comentar a Súmula Vinculante diz que foi uma tentativa da EC nº 45/04 de adaptação do sistema da *common law* (*stare decisis*) para o sistema romano germânico (*civil law*):

O *stare decisis*, da expressão *stare decisis et quieta non movere* (mantenha-se a decisão e não se pertube o que foi decidido), onde o nosso exemplo mais próximo são os Estados Unidos da América, em que as decisões da Corte Suprema acatadas como regra por todo o sistema de judiciário e pela administração pública.

(...)

A EC nº 45/04 não adotou o clássico *stare decisis*, nem tampouco transformou o nosso sistema de *civil law* em *common law*, porém permitiu ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O art. 103-A, da Constituição Federal introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, depois regulamentada pela Lei nº 11.417/06 diz que a revisão ou cancelamento poderá ser feita de ofício ou provocada por um dos legitimados, tanto em procedimento direto ou procedimento incidental. Isso possibilitou ao Supremo Tribunal Federal a não vinculação *ad eternum* a seus precedentes, podendo alterar as interpretações das matérias constitucionais contido em súmulas vinculantes, o que impede o engessamento e paralisia na evolução do Direito, sem desrespeitar a segurança jurídica e a celeridade processual.

1.3.1.8. Informatização do processo judicial – Lei nº 11.419/2006.

No contexto da reforma do judiciário e buscando dar celeridade processual foi editada a Lei nº 11.419/06 que regulamenta a informatização do processo judicial (autos virtuais).

Publicada em 20.12.2006, a Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do procedimento judicial, é um verdadeiro marco. Muito se discutiu sobre a sua viabilidade, abrangência, segurança jurídica e, principalmente, a

³⁹ Ob. Cit. p. 796.

reunião de mecanismos que pudessem estar sempre atualizados, face às constantes inovações tecnológicas que diariamente são apresentadas à sociedade.

Essa lei estabelece a possibilidade de utilização do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

A própria lei define os principais termos para a implementação da informatização do processo judicial.

Nesse sentido, meio eletrônico é definido como qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. Transmissão eletrônica é toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores.

A lei regulamentou a maior utilização de tecnologia no acesso e distribuição de justiça, permitindo o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico, mediante o uso de assinatura eletrônica, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos, que deverá, porém, ser realizado mediante procedimento que assegure a adequada identificação presencial do interessado, bem como, mediante atribuição de registro e meio de acesso ao sistema, preserve o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

Em relação à assinatura eletrônica, a lei estabelece como formas de identificação inequívoca do signatário a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, na forma de lei específica, ou mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos respectivos órgãos. A lei autoriza, ainda, a adoção de um cadastro único por todos os órgãos do Poder Judiciário.

O processo eletrônico possui muitas vantagens, tais como a desnecessidade do uso de papel ou deslocamento até o protocolo, além da possibilidade de enviar petições até as 24 horas do último dia de prazo.

Ressalte-se que, sendo os autos virtuais, diminui-se o risco de danos, extravio de documentos e processos, que ensejariam procedimentos de restauração de autos. Outrossim, proporciona agilidade na remessa do processo

para a 2ª instância e economia das custas do porte de remessa e retorno, que são cobradas apenas em relação aos processos físicos.

Quanto ao cumprimento das cartas precatórias, poderá ser realizado em menor tempo, economizando o prazo de envio e retorno.

Pode-se citar como outro avanço processual a eliminação de tarefas demoradas como juntadas, autuações de autos, e outras burocracias.

Mais uma grande vantagem do processo eletrônico é o espaço físico que deixará de ocupar. As pilhas de processo deixarão de existir. O meio ambiente agradece a economia de papel e outros acessórios, como a tinta de impressora.

O sistema do processo eletrônico permite que, na ocasião da distribuição da demanda, possa ser constatada a ocorrência de prevenção, litispendência ou coisa julgada, com obtenção rápida de informações, e evita a burla quando da distribuição de processos, pela verificação dos dados. Ainda em relação à distribuição, esta é realizada diretamente pelo advogado, sem intermédio do cartório ou secretaria.

O objetivo primordial do processo eletrônico é dar maior celeridade processual. Além de permitir o aumento das facilidades e a redução de custos do processo, assim como, acaba reduzindo custos para as partes, advogados, defensores, que não precisam se deslocar até a comarca para ter acesso aos autos.

Ainda sobre a celeridade processual, o meio eletrônico possibilita a redução no tempo de tramitação do processo, assim como a prestação jurisdicional possa ser rapidamente satisfeita.

Quanto à publicidade das decisões judiciais, desde que não estejam sob sigilo de justiça, devem ser abertas ao público, com a finalidade de manter-se o devido controle.

Observa-se que as vantagens do processo eletrônico são muitas, apesar da grande resistência inicial de alguns operadores do direito. Na verdade, os meios eletrônicos vêm somar ao processo, inibindo vários desgastes. A exemplo da gravação de audiências, que dará à 2ª instância a exata noção do que foi realizado, privilegiando diversos princípios do direito pátrio.

Assim sendo, o processo eletrônico é um grande desafio. Entretanto, acredita ser um instrumento eficaz e célere, pelo qual a imagem do Poder Judiciário pode ser refeita, em prol do fim da morosidade e das práticas processuais arcaicas, bem como visa proporcionar a cidadania, com aceitação e quebra de barreiras geográficas.

A concretização de direitos através de um sistema jurídico moderno e informatizado já era mais do que esperado no Poder Judiciário.

1.4. Duração razoável do processo penal e a garantia devido processo legal

O princípio da razoável duração do processo em verdade é corolário da cláusula do devido processo legal, assim antes mesmo de ter ingressado em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional 45/2004, implicitamente já consistia em mandamento a ser seguido pelas autoridades constituídas brasileiras responsáveis pelo tramite de processos administrativos e judiciais.

Com a aprovação da emenda, o aludido princípio passa tão somente a ser mais facilmente visualizado, contudo já se poderia entender a razoável duração do processo um consectário do devido processo legal. Pois, um processo devido é aquele que garante a ampla defesa, o contraditório, possui um juiz imparcial, é adequado do direito material que visa resolver, mas que igualmente possui uma duração razoável.

No texto da Constituição Federal de 1988 é possível vislumbrar um complexo de garantias processuais penais que se articulam e tem uma relação de interpenetração recíproca, em que cada uma cuida por dar maior efetividade à outra.

Antônio Magalhães Gomes Filho⁴⁰ explica que é um sistema circular de garantias, o qual assegura a proteção do indivíduo no âmbito do processo.

Essa relação complexa das garantias processuais penais é consubstanciada no princípio do devido processo legal, insculpido na Carta Maior

⁴⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 32-34.

em seu artigo 5º, inciso LV, como um prisma processual, que não possui um conteúdo fixo e é cláusula de garantia ampla e fonte de demais garantias que asseguram o indivíduo contra eventuais falhas do sistema, impedindo que a liberdade dos cidadãos seja tolhida sem a obediência da legalidade estrita.

Gustavo Badaró⁴¹ sintetiza o significado da garantia do devido processo legal:

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo *équico*.

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido, não há como se admitir como válido um julgamento proferido em desacordo com as normas constitucionais. Pois, o processo, atualmente, não pode mais ser visto de forma isolada, mas deve ser interpretado e analisado em conformidade com a Constituição, pois nela está baseado.

Guilherme de Souza Nucci explica que:

O princípio do devido processo legal é, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art. 5º, LIV, CF). Constitui o horizonte a ser seguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.

Rogério Lauria Tucci⁴² ensina que o processo penal inserido num estado Democrático de Direito é uma garantia do indivíduo para limitar eventuais abusos do Estado no exercício de seu *jus puniendi*, assim como, também como metodologia para o exercício do poder durante a persecução penal que deve ser pautado pelas garantias inerentes ao *due process of law*. Desse modo, devem ser observadas todas as formalidades previstas em lei, no sentido de equilíbrio entre as suas funções punitiva e garantidora de direitos.

⁴¹ Ob. Cit. p. 79.

⁴² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª Edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 75.

Badaró⁴³ explica que uma síntese dos demais princípios e garantias constitucionais assegurados no âmbito do processo é uma característica processual da garantia do devido processo legal.

Em vista disso, qualquer restrição à liberdade do indivíduo realizada pelo Estado deverá ser baseada em lei prévia e justa, mediante um processo íntegro e nos conformes legais e constitucionais, para que a justiça de natureza penal se faça incidir na consecução do seu fim. O indivíduo somente poderá sofrer uma sanção penal mediante um processo prévio, em que todos os seus direitos e garantias fundamentais lhe sejam devidamente assegurados.

Não basta que a Constituição garanta o acesso à justiça sem que o processo jurisdicional dela decorrente se desenrole com estrita observância aos ditames do devido processo legal. Por conseguinte, a garantia ao prazo razoável é inafastável de um processo que se queira devido, pois aquele desenvolvido de maneira retardada e prolongando infundadamente acarreta, na realidade, negação de justiça.

O direito a um processo em tempo razoável é correlato ao direito ao devido processo legal ou ao processo justo e equitativo. Giacomolli⁴⁴ explica que a garantia tem um conteúdo direcionado à atividade jurisdicional, que deve ser efetivada em um lapso de tempo adequado e ajustado à realidade, no sentido de manter os direitos fundamentais e a efetividade da tutela.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*, tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 36.

⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: casos da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. 3ª edição. São Paulo: Gen/Atlas, 2017, p. 380.

2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O presente capítulo tem por escopo analisar a duração razoável do processo penal tendo como lastro principalmente os pactos e convenções, sob o ponto de vista do direito internacional e dos Tribunais internacionais atuantes em tais questões, principalmente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direito Humanos.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos tomou força após o término da II Guerra Mundial, como resposta aos graves acontecimentos durante esse período. Foi no contexto do pós-guerra que a Organização das Nações Unidas foi fundada, por meio da Carta da ONU de 1945.

Esta instituiu um sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais por meio de regras de caráter universal nos quais devem ser aplicadas nas relações internas e internacionais, por Estados, instituições e indivíduos.

A partir da criação da ONU foi criada a Carta Internacional de Direitos Humanos. André Nicollit⁴⁵ diz que o documento consiste em um conjunto de três instrumentos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados também pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1966.

Concomitantemente a esse processo de universalização dos direitos humanos, também ganhou corpo a regionalização de sua proteção, por meio de pactos e convenções de âmbito territorial mais restrito, sendo os de maior destaque o sistema europeu e o americano, conforme adiante será exposto.

⁴⁵ NICOLLIT, André. *A Duração Razoável do Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2014. p. 25.

2.1. O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE NOVA IORQUE

O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque foi adotado pela Resolução n. 2.200-A na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, mas somente entrou em vigor no ano de 1976, mediante o número de ratificações mínimas dos Estados membros das Nações Unidas, necessárias para tal fim (35 Estados).

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e somente foi incorporado ao ordenamento jurídico em 1992, por meio do Decreto do Executivo 592/1992.

Flavia Piovesan⁴⁶ leciona que o Pacto impõe aos seus Estados-partes obrigações de natureza positiva e negativa:

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. A obrigação do Estado inclui também o dever de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados. Isto é, cabe ao Estado-parte estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos.

As obrigações dos Estados-partes são tanto de naturezas negativa (ex.: não torturar) como positiva (ex.: prover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos). Ao impor aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos apresenta auto-aplicabilidade.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consagra o direito ao processo justo, com inúmeras garantias, dentre as quais a de um julgamento em tempo razoável. O texto, de uma maneira muito mais ampla e explícita que a Constituição brasileira, faz referência à duração razoável do processo penal em duas situações: para o imputado preso e para aquele que responde à imputação em liberdade. As referências são a seguintes:

Artigo 9.2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

Artigo 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão

⁴⁶ Ob. Cit. p. 165.

preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Artigo 14.3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

- a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
- b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
- c) De ser julgado sem dilações indevidas;

A garantia a um processo penal de duração razoável demonstra seus efeitos desde o momento da decretação da prisão do imputado. Nesse sentido, o artigo 9.3 do pacto é expresso ao afirmar como direito a informação, sem demora, das razões da decretação da prisão e das acusações formuladas contra aquele que sofre a persecução penal.

A expressão sem demora é decorrência da garantia tratada, de modo que desde o momento em que o imputado é privado de sua liberdade, saiba, no mais breve período possível, a causa de sua prisão.

O artigo 9.3 do Pacto menciona, ainda, de maneira expressa “o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”. Trata-se, este artigo, de importante evolução no tratamento à pessoa presa, pois conduz a prisão preventiva a um status de *ultima ratio*, no qual somente deve ser utilizada quando outras medidas menos invasivas não demonstrarem a sua eficácia no caso concreto.

O Pacto impõe ao legislador ordinário do Estado-parte a obrigação de prever em sua legislação prazos máximos razoáveis de manutenção da prisão cautelar, de modo que a pessoa seja posta em liberdade caso não seja julgada em prazo predeterminado. É importante destacar que o texto do Pacto contém a cominação de sanção em caso de violação do processo penal num prazo razoável, ao menos para o imputado preso.

Já acerca dos imputados em geral que se encontrem respondendo a processo penal em liberdade, o artigo 14.3 do Pacto concede uma via de mão dupla para o exercício do direito a um prazo razoável. De um lado, é garantido ao imputado o tempo necessário para a preparação de sua defesa e para a

comunicação com o defensor de sua escolha. Por outro lado, garante-se que será julgado sem dilações indevidas.

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado deve garantir um prazo hábil para o exercício da ampla defesa, também tem por obrigação julgar o processo sem dilações indevidas, expressão utilizada pela primeira vez no âmbito internacional.

Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque propõe situações distintas de previsão do direito a um processo penal de duração razoável, quais sejam, a dos processados em geral e a do imputado preso.

Além disso, o Pacto serviu como importante parâmetro de interpretação para os tratados continentais de direitos humanos que tiveram maior efetividade que o Pacto, no sentido de que previram a criação de Cortes de direitos humanos competentes para o julgamento das violações de direitos humanos previstas em suas respectivas convenções.

2.2. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em Roma no ano de 1950, teve por objetivo primordial estabelecer padrões mínimos de proteção à pessoa no âmbito daquele continente e enquadra-se no movimento que buscou dotar os países europeus de um documento comum de direitos à liberdade, que trouxe em seu bojo os valores políticos e culturais presentes nas democracias ocidentais.

Normalmente afirma-se que tais países desejaram criar um sistema supranacional que impossibilitasse a renovação de regimes ditatoriais e o cometimento das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

A Convenção merece destaque em virtude de ser o principal documento do sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos e pioneiro na previsão de padrões mínimos para a preservação da dignidade humana.

Na lição de Valério Mazzuoli⁴⁷, a Convenção tem por finalidade estabelecer padrões mínimos de proteção aos direitos humanos no continente europeu:

A tecnicamente chamada “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais”, concluída em Roma aos 4 de novembro de 1950, é o tratado regente do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos.

(...)

Entrou em vigor internacional em 3 de setembro de 1953, quando dez Estados europeus a ratificaram, tal como exige o seu art. 59, § 2º.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos tem por finalidade estabelecer padrões mínimos de proteção naquele Continente, institucionalizando um compromisso dos Estados partes de não adotarem disposições de direito interno contrárias às normas da Convenção, bem assim de estarem aptos a sofrer demandas na Corte Europeia de Direitos Humanos (e de não embarçar, por qualquer meio, o exercício do direito de petição) caso desrespeitem as normas do tratado em relação a quaisquer pessoas sob sua jurisdição. As pessoas protegidas – repita-se – são quaisquer pessoas que estejam sujeitas à jurisdição do Estado-parte em causa, independentemente de sua nacionalidade.

Daniel Pastor⁴⁸ diz que a Convenção Europeia foi o primeiro documento internacional a consagrar em seu texto a garantia da duração razoável do processo, nos moldes vigentes em diversos ordenamentos. Esse documento, dado o seu ineditismo, exerceu grande influência em diversos documentos posteriores, principalmente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia também faz distinção entre imputados soltos que respondem aos processos em liberdade, e aqueles que se encontram presos. Mas também há diferenças importantes. Nos termos do texto do Pacto de 1966, somente é garantida a duração razoável ao processo de natureza penal, não havendo previsão similar para os outros tipos de processo.

O Pacto é taxativo ao fazer referência a “acusado” e a “pessoa presa”. Não há, portanto, margem para se interpretar a extensão da garantia para processos diversos do criminal.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, v. 1, n. 13, 2010, p. 34.

⁴⁸ PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, cit., p. 103.

Antes de proceder a uma análise da garantia da duração razoável do processo, no âmbito da Convenção Europeia, faz-se necessário transcrever os dispositivos que lhe fazem referência: o artigo 5º, que tem por objeto a tutela da liberdade e da segurança do indivíduo:

Art. 5º. Direito à liberdade e à segurança. 2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

Art. 5º. 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgado num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

Art. 5º. 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

As garantias contidas no artigo 5º referem-se todos à situação do imputado preso no transcorrer do processo penal, reconhecendo expressamente o seu direito a um julgamento em um prazo razoável. Uma vez violado esse direito, ele deverá ser posto em liberdade. Tal dispositivo tem por função impedir que prisões preventivas se prolonguem demasiadamente no tempo, sendo caracterizada a violação da Convenção a partir do momento em que considerado ultrapassado o prazo razoável, segundo os critérios específicos que serão expostos adiante.

O artigo 6º tutela as garantias processuais a que qualquer pessoa tem direito:

Art. 6º. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Art. 6º. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

O subitem 1 do artigo 6º é cláusula geral para processos de natureza cível ou penal, que garante a todo aquele que move o Poder Judiciário, ou sofre uma demanda, o exame da causa em um prazo razoável, de maneira a estabilizar o quanto antes a situação de insegurança causada pela lide ou pela persecução penal e não deve ser confundida com aquela específica do artigo 5º.3, a qual exige especial diligência no trato dos processos ali mencionados, ante a situação de encarceramento do imputado

Para o acusado em geral, esteja respondendo a processo penal, esteja preso ou em liberdade, o artigo 6º.3 garante o prazo razoável para que seja informado sobre a imputação contra si formulada, assim como para que seja possibilitado o pleno exercício do seu direito de sua defesa. Ressaltando o equilíbrio entre a garantia de efetividade do direito de defesa e a obrigação estatal de julgar a causa sem dilações indevidas

A Convenção Europeia, assim, diferencia três situações de incidência da garantia ao processo de duração razoável: os processos em geral, o processo penal e o processo penal com acusado preso cautelarmente.

As garantias tratadas foram objeto de intensas discussões no âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Desta maneira, uma vez previstos de maneira abstrata tais direitos, tornou-se incumbência dos órgãos competentes delimitar o âmbito de sua incidência e os contornos de sua aplicação.

2.2.1. Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

Valério Mazzuoli⁴⁹ leciona que a Convenção Europeia, em seu texto original, instituiu três órgãos distintos para o monitoramento dos direitos nela consagrados: a) um semi-judicial, a Comissão Europeia de Direitos Humanos; b) um judicial, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e; c) um “diplomático”, o Comitê de Ministros (do Conselho de Europa).

⁴⁹ Ob. Cit. p. 37.

O mesmo autor⁵⁰ diz ainda que a função primordial da Comissão Europeia de Direitos Humanos era analisar as queixas ou comunicações interestatais, bem assim dos indivíduos (ONGs ou grupos de indivíduos), sobre violação da Convenção. Outras funções também competiam à Comissão, como decidir sobre a admissibilidade das petições, propor soluções amigáveis quando apropriado, ordenar medidas preliminares de proteção, enviar os casos à Corte Europeia ou dirigir seus relatórios ao Comitê de Ministros do Conselho de Europa.

Por sua vez, a competência da Corte Europeia de Direitos Humanos era julgar os casos de violação de direitos humanos submetidos pela Comissão. Além desses dois órgãos (Comissão e Corte Europeia) existe ainda no sistema regional europeu o Comitê de Ministros do Conselho de Europa, tido como órgão de supervisão.

O sistema europeu sofreu profunda modificação no ano de 1998. Funcionando, anteriormente, com uma Comissão e uma Corte, com a emenda adotada pelo protocolo de 11 de maio de 1994, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, passou a contar com apenas uma Corte, reestruturando-se os mecanismos originários. Extingue-se a Comissão, ou seja, o órgão que permitia uma filtragem dos procedimentos, antes de considerá-los ou de submetê-los à Corte. A Comissão e o Tribunal foram substituídos por uma Corte permanente única, que concentrava todas as funções anteriormente exercidas pelos órgãos extintos.

O protocolo 11 jurisdionaliza o sistema de proteção, permitindo o ingresso direto das vítimas à Corte. Qualquer indivíduo, que se encontre em um dos Estados-parte, tem o direito de demandar diretamente contra os Estados ante um Tribunal internacional.

Conforme supra exposto, o texto da Convenção Europeia traz em seu corpo a previsão expressa de um processo de duração razoável, seja para o processo de natureza civil, seja para o de natureza penal, e, neste caso, principalmente para o imputado preso.

No entanto, não há ao longo do texto qualquer referência a eventuais marcos temporais que configurariam as dilações indevidas. Não se encontra no

⁵⁰ Ib. Ibid.

texto limites máximos de duração do processo. Também não adotou, a Convenção, qualquer critério que estabelecesse o momento a partir do qual restaria o imputado sofrendo a duração indevida do processo, deixando a cargo dos Estados-membros tal incumbência.

Os autores GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ e AURY LOPES JÚNIOR⁵¹ denominam de “doutrina do não prazo”. Trata-se de uma questão de fato, em que a situação concreta de cada caso determinará se o prazo razoável foi ou não violado. Para o fim de se constatar tal situação, deve ser feita a análise das particularidades das situações apresentadas no caso concreto, de acordo com critérios adotados, reduzindo assim o âmbito de incidência da garantia.

Cabe, assim, aos órgãos competentes, anteriormente a Comissão Europeia e atualmente o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, definir o alcance interpretativo da garantia, ao proceder à análise de eventual violação nos casos concretos que são submetidos ao seu conhecimento.

O termo inicial para contagem da duração da prisão preventiva, segundo o entendimento adotado pelo Tribunal, é a data da prisão do indivíduo, conforme foi assentado no caso *Yagci e Sargin contra Turquia* (1995). Tendo como prazo final, o momento em que o preso tem restituída a sua condição de liberdade, ou em que são esgotados todos os meios recursais de impugnação.

Por outro lado, para se determinar se o intervalo de tempo entre os termos inicial e final da duração do processo é razoável, principalmente de natureza penal com o indivíduo preso preventivamente, duas doutrinas foram desenvolvidas, doutrina do não prazo e a doutrina do prazo fixo, as quais serão objeto de estudo nos tópicos seguintes.

2.2.2. Critérios adotados pelo Comissão Europeia de Direitos Humanos.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso “*Wemhoff*” (Sentença de 27/06/1968), deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da “duração indevida”, através do que se convencionou chamar de “doutrina dos sete critérios”.

⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009, p. 27.

Wemhoff era cidadão alemão acusado de praticar fraudes contra o sistema financeiro, que atingiram instituições alemãs e suíças. Detido em 9 de novembro de 1961, apenas foi condenado em primeira instância em 7 de abril de 1965. A denúncia foi proposta contra a Alemanha perante a Comissão, que considerou ter ocorrido a violação ao direito a ser julgado num prazo razoável.

Aury Lopes Junior⁵² diz que foi no caso Wemhoff, para valorar a situação, a Comissão Europeia de Direitos Humanos sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar (e conseqüente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se:

- 1) a duração da prisão cautelar;
- 2) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação;
- 3) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros;
- 4) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo;
- 5) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.);
- 6) a maneira como a investigação foi conduzida; e
- 7) a conduta das autoridades judiciais.

Tratava-se de critérios que deveriam ser apreciados em conjunto, com valor e importância relativas, admitindo-se, inclusive, que um deles fosse decisivo na aferição do excesso de prazo.

A doutrina dos sete critérios não foi acolhida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos como referencial decisivo, mas não foi completamente descartada, tendo sido utilizada pela Corte em diversos casos posteriores e servido de inspiração para um referencial com menos critérios, denominado teoria dos três critérios:

⁵² Ob. Cit. p. 81.

- 1) complexidade do caso;
- 2) a atividade processual do interessado (imputado);
- 3) a conduta das autoridades judiciárias⁵³.

Nesse sentido aduz Rogério Lauria Tucci⁵⁴:

Por isso que (...) seriam três, em conformidade com o posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia dos Direitos do Homem, os critérios consideráveis, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, para a verificação da ocorrência de uma indevida dilação processual, a saber: a) complexidade do assunto ; b) comportamento das partes – acusação e defesa -, no processo penal; e, c) atuação do órgão jurisdicional.

Sobre os critérios adotados pela Corte Europeia assim leciona Frederico Koehler⁵⁵:

Existem algumas classificações e diferentes critérios adotados, mas o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi quem analisou com mais proficiência essa questão, elaborando critérios de densificação do princípio da razoável duração do processo, cujo êxito pode ser medido pela frequência com que a referida classificação é seguida em várias cortes ao redor do globo.

Ao adotar a doutrina dos três critérios, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem denegou expressamente a utilização de um específico limite de tempo, em abstrato, para configurar a demora jurisdicional perante a pessoa do acusado. Foi no caso *Stögmüller contra Áustria* de 1969, que o Tribunal, analisando o caso concreto sob a ótica das três condicionantes acima expostas, expressou esse entendimento e consolidou, dessa maneira, a sua jurisprudência anterior.

Gustavo Badaró⁵⁶ destaca que, nos últimos anos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Grisez*, sentença de 16/09/2002; caso *Nevmerzhtsky*, sentença de 05/04/2005; caso *Panchenko*, sentença de 08/02/2005 caso de *Sardinas Albo*, sentença de 17/02/2005), embora mantendo o critério geral da razoabilidade, tem acrescentado em suas decisões que a duração prolongada da prisão cautelar somente está justificada se houver uma “real existência do interesse

⁵³ Id Ibid., p. 81

⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª Edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 220.

⁵⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como Paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo*. Direito Federal. Revista da Ajufe. Ano 28 – número 95, 2º Semestre de 2015. São Paulo: Letras Jurídicas. 2015, p. 112.

⁵⁶ Ob. Cit. p. 29.

público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência”.

Foram descritos, em linhas gerais, o tratamento dado à garantia do processo penal de duração razoável no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o entendimento e o alcance interpretativo estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Essa evolução doutrinária e jurisprudencial influenciou diversos ordenamentos jurídicos em todo mundo, inclusive o texto da Convenção Americana, objeto de estudo do próximo tópico. Nesse sentido, seus efeitos são sentidos inclusive no âmbito interno de países estranhos à realidade europeia. Foi o caso do Brasil, conforme será demonstrado neste trabalho.

2.3. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

A convenção americana relativa aos direitos do homem, de 22 de novembro de 1969, adotada pelos Estados-membros da OEA em São José (Costa Rica), entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação. Vinte e cinco Estados ratificaram a Convenção até 1º de julho de 1998. Hoje são 35 Estados.

O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos e é composto por 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, além de outros direitos.

A convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, dentre elas a garantia da razoabilidade do processo, assim como da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção a família.

Flavia Piovesan⁵⁷ ensina que a Convenção Americana criou o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, constituído pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos

⁵⁷ Ob. Cit. p. 212.

Humanos, aos moldes do quanto delineado na Convenção Europeia, para o fim de monitorar e implementar a efetivação dos direitos contidos ao longo do seu texto.

Há características relacionadas à realidade americana, sendo uma das principais diferenças entre os tribunais continentais é o fato de que, na Corte Interamericana não é possível um indivíduo ajuizar uma demanda, seja em nome próprio ou de outrem. O direito de petição do cidadão é exercido perante a Comissão Interamericana⁵⁸ e somente esta pode demandar perante a Corte.

Desta forma, os particulares submetem a eventual violação de direitos humanos ao conhecimento da Comissão Interamericana, esta reconhecendo que um Estado tenha violado garantias previstas no texto da Convenção, e uma vez constatado o esgotamento das vias internas de julgamento, levará o caso à apreciação da Corte Interamericana.

O Brasil, ao ratificar a Convenção, obrigou-se internacionalmente à garantia dos direitos previstos no referido instrumento e, como Estado participante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, submete-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo, portanto, ser responsabilizado por eventual descumprimento das garantias previstas em referido instrumento jurídico internacional.

A garantia a um processo de duração razoável na Convenção Americana pode ser deduzida das seguintes normas:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Artigo 8º - Garantias judiciais 1.

⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, cit., p. 7.

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.

Artigo 25 - Proteção judicial 1.

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

A Convenção Americana, assim como a Convenção Europeia, fazem distinção entre os processos em geral e os processos penais em que o acusado responde preso provisoriamente, no qual o mesmo deve ser conduzido o mais breve possível à presença de uma autoridade judiciária, devendo ser julgado em um prazo razoável ou ser posto em liberdade.

Os subitens do artigo 7º praticamente repetem as previsões mencionadas no artigo 5º da Convenção Europeia e no artigo 25 da Declaração Americana. O acusado preso provisoriamente tem direito o mais breve possível ao julgamento de sua causa, ante a sua situação de insegurança sobre o próprio futuro. Todos os textos internacionais analisados também são expressos ao determinar a soltura do preso provisório, que se encontre respondendo a processo com dilações indevidas ou com atrasos injustificados.

Segundo Mazzuoli⁵⁹, a garantia de ser julgado dentro do prazo razoável, compreende também, desde logo, a garantia do réu de ser ouvido em prazo razoável. O art. 8º.1 da Convenção garante não só o direito de ser ouvido (direito a audiência) como exige que essa oitiva ocorra em prazo razoável. Não se pode protelar desarrazoadamente essa audiência, sobretudo quando se trata de acusado preso. O excesso de prazo na oitiva da do acusado preso pode conduzir ao relaxamento da prisão, que se torna ilegal.

A Convenção Americana também não definiu os limites máximos de duração do processo, pois adotou a mesma teoria do não-prazo desenvolvida na Corte Europeia. Desta forma, a Comissão e a Corte Interamericana delimitaram,

⁵⁹ Ob. Cit. p. 93.

nos casos concretos submetidos à apreciação, o alcance da garantia, do mesmo modo que ocorreu na Europa.

2.4. CRITÉRIO ADOTADO PELO CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já decidiu que os critérios para determinar, no caso concreto, o prazo razoável referente à administração da justiça são: (1) complexidade do assunto; (2) atividade processual do interessado; e (3) conduta das autoridades judiciais.

Gustavo Badaró⁶⁰ diz que esses três critérios têm sido sistematicamente invocados, tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sobre os critérios da Corte Interamericana de Direitos Humanos assim comenta Vitor Fonseca⁶¹:

A CorteIDH não se utiliza de um critério aritmético para saber se um prazo é razoável ou não. Não há prazos fixos a serem respeitados, pois o critério é flexível. Um prazo de três anos pode ser considerado razoável ou não a depender das circunstâncias.

No primeiro caso em que se analisou o conceito de “prazo razoável” referido no art. 8.1, a CorteIDH lembrou que não se trata de uma definição simples e que o mesmo conceito aparece no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Por isso, para encontrar os critérios ou parâmetros dessa razoabilidade, a CorteIDH baseou-se na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. A CorteEDH, ao longo de décadas de jurisprudência, depurou o conceito de prazo razoável, especialmente após o Caso König.

Há três elementos tradicionais para se verificar a razoabilidade do prazo: 1) a complexidade do assunto; 2) a atividade processual do interessado; e 3) a conduta das autoridades judiciais. A partir de 2008, surgiu um quarto e novo critério: 4) os efeitos gerados pela duração do processo na situação jurídica da pessoa envolvida.

Trabalhando com o conceito de razoabilidade do prazo, a Comissão e a Corte Interamericana procedem à análise da complexidade do caso, da atividade processual do interessado durante o processo, e da conduta das autoridades judiciárias, para concluir se a garantia da duração razoável do processo foi ou não violada no caso concreto.

⁶⁰ Ob. Cit. p. 29.

⁶¹ FONSECA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, 43.

Esses três critérios já foram comentados quando da exposição sobre a interpretação da garantia pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O primeiro caso submetido à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a duração razoável da prisão cautelar foi Firmenich contra Argentina (1989). Trata-se do caso em que o indivíduo permaneceu detido por mais de cinco anos, sem ser submetido a um julgamento final. A Comissão, mesmo reconhecendo o esforço do Estado Argentino ao impor legislativamente limites temporais de no máximo dois à duração da prisão preventiva, entendeu que tais marcos eram simplesmente indicativos de que a República Argentina cumpriu com as obrigações impostas pela Convenção.

Pois diante da complexidade do caso, sendo comprovada nos elementos presentes nos autos, pode-se demandar um tempo maior para que o imputado permaneça preso. Então, a prisão preventiva estará justificada e não atentará contra o texto da Convenção

No caso Giménez contra Argentina (1996), a Comissão reafirmou a adoção dos três critérios determinados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e considerou que o Estado argentino violou o direito à liberdade do acusado, pois este permaneceu preso preventivamente por mais de cinco anos, sendo que o decreto da medida cautelar não tinha relação com os elementos do processo. Sendo, ainda, constatado que as autoridades envolvidas na persecução não tinham atuado com a diligência imposta pela Convenção.

A adoção dos critérios consagrados pelo Tribunal Europeu também foi reafirmada pela Comissão Interamericana nos casos Bronstein y outros contra Argentina (1997) e Garcés Valladares contra Equador (1999). Já a Corte Interamericana demonstrou entendimento no mesmo sentido nos casos Tibi contra Equador (2004) e Acosta Calderón contra Equador (2005).

O caso Suárez Rosero contra Equador (1997) foi paradigma em relação a garantia em comento. Ao fim do processo, o acusado acabou por ser condenado a uma pena de dois anos de reclusão. No entanto, anteriormente ao marco condenatório, ele foi mantido preso provisoriamente por período de quase quatro anos, sem que houvesse julgamento.

A Corte Interamericana entendeu que o princípio expresso nos artigos 7º.5 e 8º.1 da Convenção Americana tinha como finalidade impedir que os acusados permanecessem longo período de tempo sofrendo as aflições de um processo criminal, assegurando, desta maneira que o Estado agisse no sentido de solucionar a demanda. Nesse caso, justamente o critério da conduta das autoridades judiciárias foi determinante para se reconhecer o excesso de prazo da prisão cautelar de Suárez Rosero.

A Corte Interamericana atuou corretamente ao afastar a alegação do Estado do Equador de que a demora aconteceu em razão da falta de estrutura no período. Para a Corte, problemas estruturais do Estado não eram suficientes para justificar a demora na prestação jurisdicional. Sendo dever do Estado, inclusive do Poder Judiciário, prestar ao cidadão um serviço digno.

Giacomoli⁶² diz que nesse caso a Corte Interamericana considerou na avaliação da duração do processo a complexidade da causa, o comportamento do interessado, assim como das autoridades judiciais. Considerou extrapolar o razoável o transcurso de 50 meses entre a prisão e a sentença, independentemente da complexidade e do comportamento da defesa do acusado o que, no caso concreto, não houve.

Ademais, o abuso na utilização da prisão preventiva no âmbito interamericano permanece, sendo preocupação constante da Comissão Interamericana zelar para que os Estados-partes da Convenção a utilizem somente em casos em que a necessidade ínsita à natureza de cautelaridade da medida reste configurada.

No caso Peirano contra Uruguai, os denunciantes permaneceram presos por aproximadamente cinco anos e durante o processo apresentaram sete pedidos de liberdade. Todos foram negados pelas autoridades judiciárias uruguaias, sob o argumento de tratar-se do caso de fraude mais complexo e significativo da história daquele país, no qual causou prejuízos irreversíveis ao mercado financeiro e à economia do Uruguai.

Diante disso, os irmãos Peirano apresentaram petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando violação da Convenção no que se

⁶² Ob. Cit. p. 390.

refere ao direito de serem julgados em um prazo razoável, bem como de responderem em liberdade ao processo em questão, sem prejuízo do seu direito a um processo devido e justo.

Diante do princípio da presunção de inocência, a Comissão reafirmou que a liberdade durante o processo é a regra, sendo a prisão preventiva uma exceção. Justificada esta somente quando for o único meio que permita assegurar os fins do processo e quando nenhuma outra medida cautelar alternativa se mostrar adequada.

Nesse caso, a Comissão confirmou a aplicação dos três critérios do Tribunal Europeu e manifestou-se pela libertação dos acusados, mesmo pendente a sentença daquele país. O Tribunal recomendou ao Estado uruguaio a adoção de medidas legislativas, a fim de adequar o sistema de prisões processuais do país ao texto da Convenção e a garantir o direito à liberdade pessoal. Pois, a legislação então aplicável ao caso negava a concessão de liberdade provisória a qualquer acusado, independentemente das condições concretas encontradas nos autos.

A Corte analisou a garantia a um processo de natureza penal sem dilações indevidas sob a ótica da vítima, para que o autor do delito seja regularmente processado. Caso emblemático foi enfrentado pela Corte na demanda Genie Lacayo contra Nicarágua (1997). A submissão do caso à Corte deu-se em razão de o Poder Judiciário da Nicarágua ter deixado de apreciar, de maneira eficiente, o processo penal que apurava o homicídio de Genie Lacayo.

Aplicada ao caso a doutrina dos três critérios, entendeu a Corte que houve retardamento efetivo do processo, a ensejar uma reparação aos familiares da vítima. Sobre a complexidade do caso, a Corte reconheceu que diante de toda a repercussão gerada na mídia pelo crime, diversas diligências investigatórias foram realizadas, tal fato favoreceu um alongamento do processo além do devido. Já com relação à atuação dos interessados, principalmente o pai da vítima, a Corte entendeu que esta foi regular, limitando-se a interpor os meios de impugnação reconhecidos pela legislação nicaraguense.

Por derradeiro, é importante comentar a primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana, que ocorreu justamente pela violação do direito a duração razoável do processo penal, dentre outras garantias também afetadas. Foi

no caso Ximenes Lopes contra Brasil (2006), portador de deficiência mental que foi levado a uma casa de repouso. Lá ele sofreu tratamento desumano, consistente, dentre outras coisas, em tomar choque. Sofreu bastante e morreu.

Após a morte de Damião Ximenes Lopes sua família requereu a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos. No ano 2000, diante de requerimento do Ministério Público, realizou-se diligência com o objetivo de se identificar a causa da morte da vítima, cujo laudo foi inconclusivo.

A filha da vítima, então, diante da inércia das autoridades locais, apresentou sua reclamação perante a Comissão Interamericana, para que o Brasil fosse demandado pela demora na investigação das causas da morte de Damião Ximenes Lopes.

Diante de tal fato, a Comissão ajuizou o processo contra o Estado brasileiro perante a Corte Interamericana, em 2004. Em julho de 2006, a Corte, reafirmando os três critérios para aferição da duração razoável do processo, condenou o Brasil a indenizar a família da família de Ximenes Lopes e a investigar e punir os assassinos da vítima. É importante dizer que, mesmo após a condenação do Brasil por estes fatos pela Corte Interamericana, não havia sequer sido proferida sentença de primeira instância na ação penal instaurada no âmbito interno brasileiro.

3. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO DIREITO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL

O objetivo deste capítulo é determinar quais são as consequências previstas no ordenamento jurídico para os casos de violação do direito à razoável duração do processo penal. Pois, as consequências da demora da entrega da prestação jurisdicional, pelo Estado-Juiz são graves, especialmente em se tratando de processo penal, pois trata-se de uma pretensão penal, ou seja, pretensão de liberdade ou punitiva.

Os valores envolvidos da liberdade e dignidade tem relevância ímpar. A simples existência de um processo penal já causa prejuízo, com maior razão sua excessiva duração. A simples instauração de um processo penal, pela carga de estigma que lhe é inerente, causa uma agressão a dignidade do acusado⁶³.

O tema não tem grande repercussão na doutrina e na jurisprudência brasileira. Os tribunais brasileiros não têm enfrentado a questão dos efeitos da violação da duração razoável do processo, nem no processo civil, menos ainda, no processo penal.⁶⁴

Marcos Félix Jobim⁶⁵ comenta que há consequências danosas em decorrência da intempestividade do processo no Brasil:

O Estado, através de seu poder judiciário, ao tomar para si o dever de prestar a jurisdição, compromete-se a fazer com que seja a mesma tempestiva, uma vez que se todo e qualquer processo se tornar intempestivo, haverá consequências de deverão ser suportadas pelo próprio Estado, entre elas o dever de indenizar aquela parte que se sentiu prejudicada pelo tempo do seu processo.

Diante de tal fato, é relevante discutir quais as consequências decorrentes da violação ao direito à duração razoável do processo. Por outro lado, é importante dizer, que este trabalho não pretende esgotar o tema, mas sim analisar sob o ponto de vista da doutrina e jurisprudência a possibilidade de reparação e outras medidas compensatórias decorrentes da violação da razoável duração do processo penal.

⁶³ NICOLLIT, André. *A Duração Razoável do Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2014, p. 99.

⁶⁴ Idem p. 100.

⁶⁵ Ob. Cit. p.163.

3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A doutrina e a jurisprudência estrangeira discutem muito o problema da responsabilidade civil do estado em razão da atividade jurisdicional. O tema, no Brasil, não tem recebida a merecida importância. A responsabilidade civil do Estado por violação à duração razoável do processo tem se apresentado como umas consequências dessa violação. No entanto, a via indenizatória, muitas vezes, tem se tornado insatisfatória, principalmente, quando se trata de processo penal.⁶⁶

Aury Lopes Junior⁶⁷ defende a responsabilização civil pela violação a duração razoável do processo:

Na esfera civil, resolve-se com a indenização dos danos materiais e/ou morais produzidos, devidos ainda que não tenha ocorrido prisão preventiva. Existe uma imensa e injustificada resistência em reconhecer a ocorrência de danos, e o dever de indenizar, pela (mera) submissão a um processo penal (sem prisão cautelar), e que deve ser superada.

Durante muito tempo se defendeu a irresponsabilidade do Estado pelos danos causados em razão da atividade jurisdicional, sob os argumentos da soberania do Poder Judiciário, a coisa julgada, a falibilidade dos juízes, o risco do erro judiciário assumido pelos jurisdicionados, a independência da magistratura e a ausência de texto legal expresso prevendo esta responsabilidade.

Estes argumentos caem por terra em face do disposto no art. 37, § 6.º, da CF/1988, que consagra a responsabilidade do Estado como um todo, não distinguindo entre Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

A teoria da unicidade do poder estatal, com apoio na ideia de que o poder estatal é uno e indivisível, pois a tripartição se constitui em mera distribuição de competências, leva-se à conclusão de que a responsabilidade patrimonial do Estado pode decorrer tanto de atos legislativos, como executivos ou judiciários.

A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais pode ocorrer em virtude de erro judiciário, denegação de justiça, demora na prestação jurisdicional e também nos casos de dolo e culpa do juiz.

⁶⁶ NICOLITT, André. *A razoável duração do processo*, cit., p. 83.

⁶⁷ Ob. Cit. p. 88.

A hipótese de erro judiciário está expressamente prevista no art. 5.º, LXXV, da CF/1988, no sentido de que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A denegação de justiça consiste na negativa do juiz em dar a devida proteção aos direitos dos cidadãos, por intermédio da jurisdição e não se confunde com a má-aplicação do direito ou a injustiça da decisão.

O dolo e fraude do juiz estão previstos no art. 143 do Código Processo Civil e no art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura.

O cidadão pode pedir indenização, deduzida em face do Estado, pela demora na prestação jurisdicional.

O art. 37, § 6.º, da CF/1988 prevê a responsabilidade objetiva do Estado, inclusive para atos omissivos, que deve reparar perdas e danos sofridos pelo jurisdicionado.

Há que se avaliar, no caso concreto, o descumprimento da garantia da celeridade, a ponto de se aquilatar se aquela determinada demora na entrega da prestação jurisdicional gerou prejuízos indenizáveis ao jurisdicionado.

Não se pode perder de vista o paradoxo de se obrigar alguém a cumprir uma pena, tida por legítima, e, ao mesmo tempo, se falar em indenização pela demora no processo no qual se impôs a mesma pena, processo, portanto, ilegítimo, por descumprimento das garantias da razoável duração do processo e da celeridade.

3.2. OUTRAS MEDIDAS NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

No processo penal, por força da relevância do bem jurídico em questão, a indenização por vezes não será satisfatória. Nesse sentido, na doutrina estrangeira as soluções sugeridas para a violação do direito na esfera penal têm sido muito variadas, tais como: aplicação de indulto; liberdade condicional; não execução da pena; redução da pena; aplicação de atenuante, remissão condicional da pena, reconhecimento de nulidade e prescrição.

No Brasil, a doutrina traz algumas soluções compensatórias no processo penal: Relaxamento de Prisão em caso de réu preso; Prescrição; Perempção; Perdão Judicial; Julgamento no Estado do Processo; Extinção do Processo sem julgamento do mérito; Absolvição e Atenuante Genérica - Art. 66 do CPB.

3.2.1. Relaxamento da prisão

O princípio da duração razoável do processo deve orientar a duração da prisão provisória ou cautelar. Persiste a completa ausência de fixação de prazo máximo de duração da prisão preventiva. Enquanto, a prisão temporária tem a duração máxima fixada na Lei nº 7.960/89.

A Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal principalmente com que concerne prisões cautelares, não resolveu o problema o problema da duração indeterminada da prisão preventiva. Os dispositivos dessa lei, regulamentadores da duração da prisão preventiva, foram infelizmente vetados.

Nicolli⁶⁸ diz que a prisão provisória é mais grave que a prisão pena:

No que tange à prisão provisória, impede a fixação de prazo máximo. Isto porque se trata de uma intervenção estatal na liberdade individual que é mais grave do que a prisão pena, pois nesta última houve atuação jurisdicional exaustiva com contraditório e ampla defesa, seguida do trânsito em julgado. Na primeira o juízo é de mera probabilidade, na maioria absoluta das vezes sem ouvir o requerido. Acreça-se que, na realidade brasileira as instituições que acolhem os presos provisórios são, em regra, mais indignas do que as destinadas aos condenados. Estes ainda podem progressões e regimes diferenciados enquanto a prisão cautelar é sempre em regime fechado.

O legislador deveria estabelecer de forma clara os limites temporais das prisões preventivas, determinando a partir dos quais a prisão seria considerada é ilegal.

A razoável duração do processo implica decisivamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, afinal, o excesso de prazo da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação, entendimento consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A prisão provisória se tornará ilegal quando decorrente de um processo que viola a garantia constitucional da razoável duração do processo. A Constituição

⁶⁸ Ob. Cit. p. 118.

assegura que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LXV). Em suma, pela conjugação do inc. LXXVIII com o inc. LXV, conclui-se que existe de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acusado ter sua prisão imediatamente relaxada se a duração do processo penal se exceder o prazo razoável⁶⁹.

O direito de o acusado preso cautelarmente ser julgado em prazo razoável, ou ser posto em liberdade (CR, art. 5.º, § 2.º, c.c. CADH, art. 7.5), exige que sejam reavaliadas as três súmulas do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Súmula nº 21: Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo;

Súmula 52: Encerrada a instrução. Fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo;

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

Apesar da contundência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, essas súmulas não podem ser encaradas como verdade inconteste e, havendo excesso na prisão, que perdura por tempo desarrazoado, o relaxamento é obrigatório.

O entendimento jurisprudencial do STJ sobre as prisões provisórias, revelados na sumulas citadas, é inadequado, antiquado e não dá efetividade a princípio da duração razoável do processo, principalmente diante da reforma do processo penal de 2011.

Sobre o relaxamento da prisão por excesso de prazo, este tema será analisado com maior profundidade no capítulo seguinte.

3.2.2. Prescrição

A prescrição é a perda do poder de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória após o decurso do prazo especificado pela lei penal.

⁶⁹ Ob. Cit. p. 70.

O nosso sistema processual, inspirado no princípio da economia processual, determina o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento de mérito, sempre que ocorrer causa extintiva da punibilidade ou outra causa que prejudique ou torne desnecessário o exame de mérito. A prescrição é uma das hipóteses previstas de extinção da punibilidade prevista no art. 107 do Código Penal Brasileiro.

Cezar Roberto Bitencourt⁷⁰ assim define a prescrição em matéria penal:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se domina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoçles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade *da conduta delituosa e da sanção correspondente*, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.

Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas *causas modificadoras*, prescreve o direito estatal à punição do infrator. Assim, pode-se definir como a 'perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício do prazo previamente fixado'.

A prescrição é fenômeno que implica na perda do direito de punir ou de executar a punição, pelo transcurso do lapso temporal prescrito na lei penal e está fundada mais por razões de segurança jurídica do que por razões de justiça.

Existe uma conexão entre a prescrição e a finalidade da pena, no sentido de esta, aplicada de forma extemporânea, perde a sua finalidade. Pois com o decurso do tempo e a inércia do Estado a pena perde seu fundamento, perdendo os motivos para desencadear uma punição.

Assim comenta José Nereu Giacomolli⁷¹:

Processar e julgar o sujeito que cometeu o delito em um lapso temporal ajustado à realidade, à previsibilidade e as possibilidades, fornecidas pela concretude processual. Após anos do cometimento do fato, não é mais a mesma pessoa conformação do sujeito que está sendo julgada, pois sua situação física, intelectual, cognitiva, familiar social, cultural já não são as mesmas. Em tal situação, a sanção criminal já não cumpre mais as suas finalidades integrais e ultrapassa as exigências de necessidade e reprovação.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 887.

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: casos da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. 3ª edição. São Paulo: Gen/Atlas, 2017, p. 380.

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli⁷², a razão fundamental da prescrição está no fato de não ser o mesmo homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito, assim como não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão de execução.

Bitencourt⁷³ diz que com o decurso do tempo, o indivíduo que sofrerá a pena, não será o mesmo que, em outras circunstâncias, praticou no passado o crime.

André Nicolli⁷⁴ afirma a que a prescrição se relaciona estritamente com a questão de segurança jurídica e não por razões de justiça.

A prescrição tem natureza jurídica de direito material e tem como fundamentos:

a) decurso do tempo: a condenação se torna ineficaz com a passagem do tempo (teoria do esquecimento do fato);

b) inercia da autoridade: para ocorrer a prescrição é necessário que o Estado tenha sido inerte.

Sobre a prescrição Samuel Miranda Arruda⁷⁵ assim comenta:

A prescrição é instituto antigo e de raízes bem fundadas em distintos ramos das ciências jurídicas. No direito civil o tempo é considerado meio de aquisição e extinção de direitos, donde diferencia-se a prescrição aquisitiva da extintiva. Nessa segunda acepção do conceito, o tempo conduz à perda de um direito ou impossibilita o seu exercício. Já na esfera criminal, a prescrição é considerada uma causa de extinção de punibilidade, atingindo punitiva ou executória.

(...)

Desde logo é válido reconhecer aí uma eventual relação de causa e efeito. Desta forma, a violação do direito fundamental, ocasionalmente, pode levar à prescrição, embora esta consequência não seja necessária. A prescrição é de uma certa maneira a negação do direito que estudamos, sua antítese, pois a sua ocorrência equivale ao reconhecimento de que o Estado não conseguiu intervir pondo termo ao litígio ou exercendo o *ius puniendi*. Quando o fez, atuou de maneira tão atrasada que a pacificação social já se havia dado de forma espontânea.

A prescrição pode ser declarada de ofício e em qualquer momento processual e grau de jurisdição. É uma causa de extinção de punibilidade prevista

⁷² Ob. Cit. p. 646.

⁷³ Ob. Cit. p. 890.

⁷⁴ Ob. Cit. p. 104.

⁷⁵ Ob. Cit. p. 283

no artigo 109 do Código Penal. Assim que for constatada a prescrição, a persecução penal deve ser encerrada, onde quer que se encontre (art. 61 do CPP⁷⁶), ou seja, em qualquer fase do processo, sob pena de caracterizar-se constrangimento ilegal, passível de correção via *habeas corpus* (art. 648, VII do CPP).

Zafaronni e Pierangeli⁷⁷ diz que a prescrição em matéria criminal é de ordem pública, podendo ser decretada *ex officio* pelo juiz ou por requerimento das partes em qualquer fase do processo, conforme dispõe o art. 61 do Código de Processo Penal e, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, pode ser pleiteada por meio de *habeas corpus* ou de revisão criminal.

O Código Penal contém duas espécies de prescrição: a) prescrição da pretensão punitiva e b) prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva, que também é, impropriamente, chamada de prescrição da ação penal, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e acarreta a perda do direito de punir por parte do Estado. Por isso, tem como consequências a eliminação de todos os efeitos do crime, pois não implica em responsabilidade e nem culpabilidade para o acusado, assim como, não reflete nos seus antecedentes e nem na reincidência.

É regulada pelo artigo 109 do Código Penal⁷⁸ e pela mesma pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) cominada ao delito.

A prescrição da pretensão executória é a perda da executoriedade da pena imposta. Essa prescrição é também chamada de prescrição da pena, da condenação ou execução penal. É regulada pela pena fixada na sentença

⁷⁶ Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

⁷⁷ Ob. Cit. p. 647.

⁷⁸ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

condenatória e se dá após o seu trânsito em julgado. Está prevista no caput do artigo 110 do Código Penal⁷⁹.

Quando a sentença penal condenatória transita em julgado, o prazo prescricional passa a ser calculado pela pena em concreto.

Apenas a pretensão executória do Estado é que prescreve, resulta na perda ou extinção da pretensão do Estado-Juiz em executar a pena imposta ao réu. A pena não será cumprida, mas todos os seus demais efeitos serão mantidos, ou seja, não haverá o cumprimento da pena principal, por outro lado, persiste todas as consequências secundárias da condenação, incluindo a de eventual reincidência.

Cesar Roberto Bitencourt⁸⁰ assim comenta a prescrição executória:

O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa limitam-se à *extinção da pena*, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais.

A pena concretamente aplicada na sentença perde sua força executória, se não for exercitada pelos órgãos estatais, nos prazos previstos no artigo 109 do Código Penal.

3.2.3. Perempção

O artigo 60 do Código de Processo Penal⁸¹ diz que nos casos em que a ação penal se procede por meio de queixa, isto é, nas hipóteses de ação penal

⁷⁹ Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

⁸⁰ Ob. Cit. 909.

⁸¹ Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

privada, a inércia por parte do querelante acarreta a perempção. O querelante pode ser tanto pessoa física ou jurídica.

Nas lições de Zaffaroni e Pierangeli⁸² “perempção é a perda do direito do querelante prosseguir na ação penal privada genuína, causada pela sua inercia, inserida no art. 107, IV, do Código Penal.”

Andre Nicollit⁸³ diz que a perempção é uma forma de extinção do processo que resulta na extinção da punibilidade. É um fenômeno que surge em razão de eventos processuais e que interfere diretamente no direito de punir, nesse sentido, não há razão para não vislumbrar a extinção de punibilidade em razão da violação do direito à duração razoável do processo. Trata-se de um instituto previsto desde 1941 no Código de Processo Penal. Não é de hoje que institutos processuais atingem o direito de punir.

Cesar Roberto Bitencourt⁸⁴ assim descreve a perempção:

Perempção é a perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal privada, isto é, uma sanção jurídica aplicada ao pela sua inercia, ou seja, pelo mau uso da faculdade que o Poder público lhe concedeu de agir, privativamente, na persecução de determinados crimes. Na perempção, o querelante, que já iniciou a ação de exclusiva iniciativa privada, deixa de realizar atos necessários ao seu prosseguimento, deixando o processo levado à presunção de desistência.

Importante dizer, que caso a paralisação da marcha processual se dê em razão de motivo justificável, não acontecerá a perempção, como, por exemplo, greve de funcionários do Poder Judiciário entre outros.

A palavra perempção advém do verbo *perimir* que, por sua vez, significa extinguir ou colocar fim em algo.

Em síntese, a perempção consiste numa forma de penalização ao querelante inerte, negligente, que não conduz corretamente a ação penal, da qual é titular. Desse modo, diante de qualquer das circunstâncias do dispositivo em análise (art. 60 CPP), o juiz deve colocar termo ao processo, extinguindo-se a punibilidade do acusado, nos moldes do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

⁸² Op. Cit. p. 665.

⁸³ Op. Cit. p. 106.

⁸⁴ Op. Cit. p. 882.

3.2.4. Perdão Judicial.

Perdão judicial é um modo de extinção de punibilidade por meio do qual o juiz, embora reconhecendo a prática do crime, deixa de aplicar a pena ao réu, desde que se apresentem determinadas circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam inconvenientes ou desnecessárias a imposição de sanção penal.

Bitencourt⁸⁵ diz que o “perdão judicial é o instituto através do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias expressamente determinadas.”

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸⁶ dizem que o perdão judicial “é a faculdade que o tem o juiz de avaliar político-criminalmente a aplicação de uma causa pessoal de exclusão ou extinção da punibilidade, nos casos em que a lei deixá-las ao critério do juiz, de concreto.”

Parte da doutrina (André Nicollit e Aury Lopes Jr.) defende a aplicação analogicamente do instituto do perdão judicial previsto no artigo 120 do Código Penal Brasileiro quando houver violação da razoável duração do processo.

Sobre a aplicação da aplicação do perdão judicial quando houver violação da duração razoável do processo, Aury Lopes Jr⁸⁷. assim comenta:

Ainda que o campo de incidência seja limitado, não vislumbramos nenhum inconveniente na concessão do perdão judicial, nos casos em que é possível (v.g. art. 121, § 5º, art. 129, § 8º, do CP), pois a dilação excessiva do processo penal é uma consequência da infração – que atinge o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se tornou desnecessária.

O momento para a concessão do perdão judicial é na sentença, quando o juiz deverá primeiro considerar o réu culpado para, posteriormente, reconhecer o cabimento do perdão, deixando de aplicar-lhe a pena.

A sentença de que concede perdão judicial declara extinta a punibilidade e tem natureza absolutória, conforme Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸, não gerando qualquer efeito condenatório.

⁸⁵ Ob. Cit. p. 885.

⁸⁶ Ob. Cit. p. 644.

⁸⁷ Ob. Cit. p. 90.

⁸⁸ “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.”

3.2.5. Extinção do Processo sem julgamento do mérito;

Reconhecida a violação do direito a um processo sem dilações indevidas uma solução processual é a extinção do feito, mas encontra ainda sérias resistências. Ao lado dele, alguns países preveem o arquivamento (vedada nova acusação pelo mesmo fato) ou a declaração de nulidade dos atos praticados após o marco de duração legítima⁸⁹.

A solução para não prosseguimento do processo é utilizada pelos tribunais espanhóis, belgas e holandeses, sobretudo para as violações mais graves do direito à decisão em prazo razoável.

No caso *Leutscher v. Holanda*, decidido pelo Tribunal Europeu de direitos Humanos em 1996 a situação de uma processo criminal em que o acusado foi condenado em 1ª instância, no entanto a condenação foi anulada e o processo declarado extinto, em fase de recurso, por violação do direito do acusado à decisão em prazo razoável. Neste caso, decorreram mais de dois anos entre a data do fato e o início da investigação criminal.⁹⁰

Nos Estados Unidos, uma vez reconhecida a violação do acusado de ser julgado em prazo razoável, o processo penal é extinto sem julgamento do mérito (*dismissal*). As soluções são duas: *dismissal with prejudice* (impedindo os poderes definitivamente de iniciativa da acusação para ação penal, fazendo coisa julgada) e *dismissal with prejudice* (permitindo que se reinicie a ação penal em um novo processo). O reconhecimento da violação do direito a ser julgado em prazo razoável produz efeitos mesmo sobre processo em que houve condenação, sendo o regime similar ao da prescrição⁹¹.

No Reino Unido existe um instituto próximo ao *dismissal* norte americano denominado de *stay of proceedings*. Trata-se da declaração de inadmissibilidade da ação e extinção do processos, por parte do tribunal quando considerar ter havido violação a ao direito da duração razoável do processo.⁹²

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*, cit, p. 89.

⁹⁰ PINTO, Ana Luíza. ***A Celeridade no Processo Penal: O Direito à Decisão em Prazo Razoável***. Ed. Coimbra. 2008, p. 255.

⁹¹ *Ib.* *Ibid*, p. 256.

⁹² *Ib.* *Ibid*, p. 257.

3.2.6. Absolvição

Uma outra solução para o problema da violação do direito à duração razoável do processo em matéria penal, no dizer de Rubens Casara⁹³, é a absolvição por insuficiência de prova. O eminente processualista leciona que no processo penal o ônus da prova é da acusação e também o ônus do tempo. Com efeito, não basta ao Ministério Público provar, mas também deverá provar em tempo razoável. Não o fazendo, impede a absolvição do acusado por falta de prova em tempo razoável.

Não se pode negar que a excessiva demora processual possa conduzir à absolvição do réu, por exemplo, nos casos em que o decurso do tempo enfraquece de tal modo as provas contra o arguido que o tribunal, aplicando o princípio *in dubio pro reo*, tem que proferir sentença absolutória. Entretanto, nesses casos, Ana Luiza Pinto⁹⁴ defende que a demora processual é uma causa mediata ou indireta da absolvição, não configurando uma forma de reparação da violação do direito do acusado à decisão em prazo razoável.

3.2.7. Julgamento no Estado do Processo

O problema poderia ser resolvido também pelo julgamento no Estado do processo. Se as dilações indevidas são fruto da ampla defesa, o réu poderia requerer o julgamento da lide abrindo mão das diligências restantes se assim o entendesse. Por outro lado, diante da violação ao direito constitucional ao processo em tempo razoável, quando as dilações tivessem por origem a atividade persecutória do Estado, poderia o Juiz lançar mão do julgamento no Estado do processo. O exercício da ampla defesa seria o único limite para tal medida, pois na ponderação entre os direitos constitucionais em apreço, deve preponderar o direito a ampla defesa.⁹⁵

Nesse sentido, constatando a violação da garantia ao processo em tempo razoável por força da atividade persecutória, o Juiz poderia julgar o mérito

⁹³ CASARA, Rubens R. Rebello. *O ônus do tempo no processo: uma abordagem à luz do devido processo legal interamericano. Radicalização Democrática – Revista do Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia*. n.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. *Apud*: NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*, cit. p. 109.

⁹⁴ Ob. Cit. p. 279.

⁹⁵ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*, cit. p. 108.

da causa no estado em que se encontrasse, aplicando analogicamente o artigo 330 CPC (artigo 355 NCP), exarando decreto condenatório ou absolutório de acordo com seu livre convencimento motivado. Repita-se, devendo ser observado eventual prejuízo à ampla defesa.⁹⁶

3.2.8. Atenuante Genérica - Art. 66 do CPB.

A atenuação da pena pela demora excessiva do processo penal, especialmente em situações de prisões cautelares, deve ser uma medida compensatória para reparação a violação à razoável duração do processo.

As atenuantes genéricas ou inominadas, conforme redação do artigo 66 do Código Penal⁹⁷, dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, são circunstâncias que não estão expressas na Lei e, por isso, submetem-se ao critério do magistrado. Tais circunstâncias devem relevantes como o próprio indica o texto do artigo em comento para que o réu tenha direito a atenuação da pena.

O desrespeito ao princípio da duração razoável do processo constitui por certo uma sanção antecipada pelo próprio estigma que processo penal carrega em si, pela incerteza que acarreta, além dos danos morais, patrimoniais e jurídicos. Nesse sentido, deve ser considerada a violação da duração razoável do processo como uma circunstância relevante para ser considerada como uma atenuante. Portanto, deve ser na aplicada na pena, como circunstância posterior ao crime, a medida compensatória da atenuante genérica (inominada) previsto no art. 66 do Código Penal Brasileiro.

Sobre a atenuante genérica Zaffaroni e Pierangeli dizem que:

Este dispositivo, desconhecido no Código de 1940, outorga caráter enunciativo às atenuantes, deixando em aberto o seu catálogo para outras possibilidades, que podem fundar-se na menor culpabilidade, no menor conteúdo do injusto do fato, e, inclusive em considerações político-criminais.

⁹⁶ Id. Ibid., p. 108.

⁹⁷ Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Nicollit⁹⁸ afirma que nada impede ao juiz que, ao fixar a pena em caso de condenação, aplique a atenuante genérica do art. 66 do CPB por violação do direito ao processo em tempo razoável.

Aury Lopes⁹⁹ defende como medida compensatória a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66 do CPB:

Na esfera penal, não compreendemos a timidez em aplicar a atenuante genérica do art. 66 do CP. Assumido o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz que (além da elementar detração em caso de prisão cautelar) compensar a demora reduzindo a pena aplicada, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo. Para tanto, formalmente, deverá lançar mão da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. É assumir o tempo do processo enquanto pena e que, portanto, deverá ser compensado na pena de prisão ao final aplicada.

No dizer do jurista argentino Daniel Pastor¹⁰⁰, o reconhecimento da atenuante genérica não passa de uma solução compensatória: é uma medida de direito material para uma disfunção processual. Pois, o desconto da pena não resolve o problema da duração prolongada do processo: apenas tenta corrigir um erro do Estado e, além do mais, só pode beneficiar o acusado que for condenado, sendo inviável àquele que for absolvido, cabendo a este buscar seu ressarcimento por meio de indenizações em dinheiro.

De todo o exposto neste tópico, percebe-se que as soluções ou compensações do sistema jurídico adotado no Brasil em relação as consequências da violação do princípio em estudo são várias e, longe da pretensão de esgotar, outras virão. Este breve estudo pretende somente demonstrar que não há razão para negar vigência ao mandamento constitucional da duração razoável do processo e sim deve-se buscar interpretações que permitam dar concretude a esse princípio constitucional.

⁹⁸ Ob. Cit. p. 110.

⁹⁹ Ob. Cit. p. 209.

¹⁰⁰ PASTOR, Daniel Roberto. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad Hoc. 2009, p. 512.

4. PRISÃO PROVISÓRIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO (PRAZO RAZOAVEL)

No presente capítulo, o objetivo do estudo é a duração das prisões cautelares ou provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, com especial ênfase na prisão preventiva.

É importante traçar algumas considerações sobre as prisões provisórias, pois em razão da indiscriminada, abusiva ou impropria aplicação esta medida cautelar é fonte de grande violação das garantias fundamentais.

O Código de Processo Penal vigente no Brasil, datado de 1941, sob o cenário do Estado Novo, foi elaborado em bases notoriamente autoritárias. Inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930, em pleno regime facista, o chamado *Codice Rocco* foi a matriz ideológica que influenciou a produção científica do Código de Processo Penal Brasileiro.

O princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal era o da presunção de culpa. Na redação original, até a sentença absolutória não era suficiente para a liberdade do réu, pois isso dependia da pena do crime abstratamente cominada (artigo 596 antigo). No mesmo sentido, dependendo da pena, era o artigo 312, que dizia que uma vez recebida a denúncia, era automaticamente decretada a prisão preventiva do acusado.

O acusado era tratado como potencial culpado, sobretudo quando existia a prisão em flagrante.

Eugenio Pacelli¹⁰¹ diz que:

No que toca especificamente ao Código de Processo Penal e sua redação originária, de 1941, confirma-se a trajetória da presunção de culpa como referencial e como critério orientador da legislação processual (penal) daquela época.

(...)

Se houvesse prisão em flagrante, o réu permaneceria preso até o final do processo, como regra. O fundamento da prisão residia, portanto, no fato do flagrante, na certeza virtual do crime, segundo concepção difundida para algumas de suas hipóteses; antecipação de culpa, evidentemente.

(...)

¹⁰¹ PACELLI, Eugenio. COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. A Reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.11.

A única regra de restituição da liberdade do réu preso em flagrante delito, portanto, era a fiança, ressalvada a hipótese de inocência no caso de excludentes da ilicitude e das infrações em que o réu se livrava solto.

Na década de 70, a legislação processual penal brasileira teve grande alterações, por meio dos quais foram flexibilizadas algumas regras restritivas do direito de liberdade.

Eugenio Pacelli¹⁰² diz que nos anos de 1973 e 1977 a legislação processual penal deu os primeiros passos na direção da flexibilização da presunção de culpa. A Lei n. 5.941/73 permitiu que o réu primário e de bons antecedentes pudesse aguardar o recurso em liberdade na pronúncia, assim como na sentença condenatória. Já a Lei n. 6.416/77 alterou o artigo 310 do CPP¹⁰³, introduzindo no ordenamento jurídico a liberdade provisória sem fiança a todos os crimes, inclusive os considerados inafiançáveis, mediante o comparecimento obrigatório do acusado a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

A Constituição da República de 1988 sobreveio e inseriu um sistema de amplas garantias individuais. Enquanto o Código de Processo Penal pautava-se pelo princípio culpabilidade, o novo texto constitucional pauta-se pelo princípio não culpabilidade ou da presunção de inocência, segundo o qual pelo inciso artigo 5º, LVII “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

O Código de processo Penal de 1941 sofreu em 2011 mais uma reforma parcial. A Lei n.12.403, de 4 de maio de 2011, modificou, desta vez, o regime jurídico das medidas cautelares pessoais.

Até o advento da Lei n.12.403/2011, a tutela das medidas cautelares pessoais no sistema brasileiro era bastante pobre. Na redação original do Código

¹⁰² Ob. Cit. p. 13.

¹⁰³ Assim dispunha o artigo 310 do CPP em seu *caput* e parágrafo único com redação dada pela Lei n. 6.416/77:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do [art. 19, I, II e III, do Código Penal](#), poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva ([arts. 311 e 312](#)).

de Processo Penal limitava-se a dois extremos, a liberdade do indivíduo e a decretação da prisão preventiva.

Ao longo do tempo, as medidas cautelares pessoais do CPP foram objeto de reformas parciais, porém nenhuma delas superou esse sistema bipolar. Diante disso, sugeriram diversas decisões judiciais que revogando uma prisão preventiva, impunham ao acusado algumas condições, tais como entrega de passaportes, restrição de locomoção etc.

Tais medidas tinham como fundamento o “poder geral de cautela” proveniente do código de processo civil de 1973, no artigo 798 (correspondente ao artigo 297 do Novo Código de Processo Civil) que prescrevia que: o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Após o advento da Lei nº 12.403/2011, foi introduzido um rol de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar, por meio dos incisos do artigo 319¹⁰⁴, que eliminou o sistema bipolar de prisão e liberdade provisória.

Eugenio Pacelli¹⁰⁵ diz que a Lei n. 12.403/2011 pôs fim à dualidade no tratamento das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro e diz que “antes dela, ao juiz restariam apenas as seguintes alternativas: ou restituía a

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Ob. Cit. p.17.

liberdade, exigindo do investigado/réu o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, ou decretava a prisão preventiva ou mantinha o flagrante.”

A nova redação do artigo 319 do CPP possibilitou a aplicação de mecanismos menos invasivos aos direitos humanos fundamentais, pois foram criadas outras medidas de proteção aos procedimentos criminais e, por que não dizer, de garantia de aplicação da lei penal.

Embora apresenta uma série de medidas cautelares, o rol do artigo 319 é taxativo. Nicollit¹⁰⁶ explica que em decorrência do devido processo legal, que se estrutura pelo princípio da legalidade, o processo penal funciona como limite ao poder e garantia ao acusado, aliado ao fato de que as cautelares representarem restrições a direitos fundamentais, a ideia de poder geral de cautela é incompatível. Após a Lei nº 12.403, o sistema processual penal tem uma variedade de medidas cautelares que formam um rol taxativo, não dispondo, portanto, os juízes criminais do chamado poder geral de cautela.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.¹⁰⁷ diz que o rol das medidas cautelares diversas da prisão prevista no artigo 319 do CPP é taxativo:

Pronto, esse é o rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão.

(...)

Qualquer restrição fora desses limites é ilegal. Segue o juiz ou tribunal atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras além daquelas previstas no ordenamento. O processo penal é regido pelo princípio da legalidade, de modo que toda e qualquer restrição da esfera de liberdades individuais deve estar expressamente prevista em lei. Todo poder é condicionado e não existe espaço democrático e constitucional para falar em “poder geral de cautela penal”. Não se admitem analogias ou espaço criativo do juiz nesse terreno.

Foi uma evolução importante de consolidação da garantia da presunção de inocência, pois permite ao juiz várias outras alternativas medidas que não seja a medida de prisão. Permitindo ao indivíduo permanecer em liberdade enquanto não existir um decreto condenatório em definitivo.

Sendo assim, a característica de *ultima ratio* da prisão cautelar é acentuada, pois esta somente deve ser decretada nos casos em as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem inadequadas ou não forem suficientes.

¹⁰⁶ NICOLLIT, André. *Processo Penal Cautelar: Prisão e demais Medidas Cautelares*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2015, p.41.

¹⁰⁷ LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

O encarceramento é um mal a ser evitado. É o último recurso estatal, devido ao seu alto potencial de ferimento dos direitos fundamentais e, enquanto medida excepcional que é, deve ter seu âmbito de incidência restringido e delimitado.

Antônio Magalhaes Gomes Filho¹⁰⁸ diz que: “a privação completa do direito à liberdade passa a constituir providência de *extrema ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa.”

De acordo com o artigo 283 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.403/2011, ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Por este dispositivo, Nicolitt¹⁰⁹ diz que a “prisão pena” é nitidamente distinguida da “prisão processual”. A prisão penal (definitiva) é a decorrente da sentença condenatória transitado em julgado, é o exercício do direito de punir do Estado. Por outro lado, a prisão processual (provisória, cautelar) ocorre durante o curso do processo penal ou da investigação criminal, sendo uma forma de preservação de um eventual direito de punir, afastando os riscos para a instrução processual e para eventual aplicação da lei penal. Portanto, a prisão provisória ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Rogério Lauria Tucci¹¹⁰ diz que “prisão provisória é a efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, ou até que ela se torne irrecurável.”

Nicolitt¹¹¹ diz que a prisão é a maior agressão que o Estado faz na esfera pessoal, visto que interfere na liberdade do indivíduo antes da formação da culpa.

¹⁰⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais - comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

¹⁰⁹ NICOLITT, André. *Processo Penal Cautelar: Prisão e demais Medidas Cautelares*, cit. 2015, p. 64.

¹¹⁰ Ob. Cit. p. 264.

¹¹¹ NICOLITT, André. *A Duração Razoável do Processo*, cit., p. 113.

A Lei nº 12.403/2011 modificou a redação de alguns dispositivos positivando as conclusões acima expostas no que concerne à excepcionalidade da prisão. O parágrafo 6º do artigo 283 diz que: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” O inciso II do artigo 310 diz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentalmente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Badaró¹¹² defende que após a Lei nº 11.403/2011 existem uma escala crescente de graus de restrição de liberdade de locomoção do acusado e entre os extremos da prisão e da liberdade provisória existe as medidas cautelares alternativas à prisão. Acrescenta, ainda, que o mais importante do que a criação das medidas intermediárias, foi definir expressamente no parágrafo 6º do artigo 282 do CPP que a prisão preventiva é medida extrema, admissível somente quando nenhuma das outras medidas cautelares se mostrarem adequadas à situação que necessita da cautela.

O autor¹¹³ continua com a sua lição dizendo que:

O juiz, portanto, não pode raciocinar a partir da prisão, e somente quando ela se mostrar excessiva, cogitar da aplicação de medida alternativa menos gravosa. O raciocínio deve ser exatamente ao contrário: estando presente uma das situações que justificam a imposição de uma medida cautelar pessoal (CPP, art. 282, I), o magistrado deve iniciar o juízo de adequação (CPP, art. 282, II), a partir da menos gravosa, e, se esta não se mostrar adequada, ir ascendendo em uma escala crescente das medidas alternativas mais leves para as mais gravosas, e, somente se nenhuma delas se mostrar adequada, chegar à prisão preventiva.

4.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é o sustentáculo principal das prisões cautelares¹¹⁴, deve servir de farol ao juiz permitindo, no caso concreto, decidir sobre a aplicação da medida.¹¹⁵

O princípio da proporcionalidade deve nortear a conduta do juiz diante de um caso concreto, ponderando a gravidade da medida imposta com a finalidade

¹¹² Ob. Cit. p. 952.

¹¹³ Id. Ibid., p. 952.

¹¹⁴ LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. cit. p. 44.

¹¹⁵ NICOLITT, André. *Processo penal cautelar. Prisão e demais medidas cautelares*. cit. p. 52.

pretendida, sem perder de vista os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.¹¹⁶

Rogério Schietti Cruz¹¹⁷ leciona que:

Irradiando-se por todo o ordenamento jurídico de um país, o princípio da proporcionalidade, no processo penal, assume importância ímpar, dada a ínsita relação conflituosa e permanente entre o Estado e o indivíduo, *vis-à-vis* o exercício, por aquele, do *ius puniendi*, e por este último, dos *ius liberatis*. A todo momento, no curso de uma persecução penal, esse conflito se consubstancia, concretamente, em colisões de interesses estatais e individuais, notadamente no das provas e atividades de cunho cautelar, que, para se legitimarem ante os fins do processo criminal, devem se pautar por critérios de proporcionalidade.

A noção de proporcionalidade das medidas cautelares e, em particular, das que interferem na liberdade do indivíduo é de extrema importância para a própria possibilidade de convivência dessas medidas com a presunção de não culpabilidade.

Nicolitt¹¹⁸ diz que parte da doutrina usa indistintamente os termos proporcionalidade e razoabilidade, aquele vinculando à origem alemã e este, à norte americana. Segundo Humberto Bergmann Ávila¹¹⁹ no princípio da proporcionalidade há uma exame abstrato dos bens jurídicos, enquanto no princípio da razoabilidade, há uma exame concreto dos bens jurídicos em função das peculiaridades dos casos particulares. No princípio da razoabilidade, devem ser consideradas na decisão as condições pessoais e individuais dos envolvidos.

Badaró¹²⁰ leciona que a reforma das medidas cautelares pessoais do CPP de 2011 procurou incorporar como critério a proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares. O autor¹²¹ diz ainda que para a imposição de alguma medida cautelar (pessoal ou real), na seara criminal, será sempre importante verificar por primeiro, se há necessidade da medida, e sendo esta imprescindível, deve-se buscar, em um segundo momento, dentre as medidas possíveis a mais adequada. Devendo entender esta como a imposição de uma medida cautelar menos gravosa ao direito do acusado.

¹¹⁶ LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. cit. p. 45.

¹¹⁷ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Jus Podvium, 2018, p. 124.

¹¹⁸ Ob. Cit. p. 52.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 173-174. *Apud*: NICOLITT, André. *Processo penal cautelar. Prisão e demais medidas cautelares*. cit. p. 53.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, cit. p. 953.

¹²¹ Id. *Ibid.* p. 954.

As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais sensível do equilíbrio entre o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. Uma medida cautelar não pode se converter em uma pena antecipada, violando-se o princípio da presunção de inocência¹²².

A partir da Lei nº 12.403/2011 a decretação da prisão provisória exige mais do que mera necessidade, exige a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. As expressões necessidade e adequação foram empregados pelo legislador no artigo 282 *caput* do CPP:

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.

GUSTAVO BADARÓ¹²³ diz que o dispositivo, acima transcrito, não mencionou o subprincípio da proporcionalidade em sentido escrito. Por outro lado, utilizou os conceitos de necessidade e adequação em sentido diverso daqueles que vêm sendo empregados na doutrina amplamente majoritária, que tem entendido que o princípio da proporcionalidade é composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido escrito.

A doutrina diz que o juízo de adequação é um juízo de verificação de uma relação de meio a fim. O meio empregado deve ser apto a realizar o interesse que merece maior proteção. Trata-se de uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina. Na sequência, tem-se o juízo de necessidade da medida, também conhecido como proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa. No qual objetiva invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo necessário.

Finalmente, GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ¹²⁴ diz que, embora a ausência do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no artigo 282, tal subprincípio também deve ser aplicado às medidas cautelares pessoais, ante o seu

¹²² LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. cit. p. 45.

¹²³ Ob. Cit. p. 953.

¹²⁴ Idem., A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 393, 1 jan. 2008.

caráter instrumental, acessório e provisório. Desse modo, no momento da decretação de uma medida cautelar pessoal, principalmente a prisão preventiva, deve o juiz considerar como variável a imposição de uma pena privativa de liberdade em sentença condenatória. Caso se prenuncie a possibilidade de pena de multa ou restritiva de direitos ao fim do processo, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (*sursis*) ou mesmo pena privativa de liberdade em regime aberto, a imposição da prisão preventiva será desproporcional ao resultado final da persecução penal.

No mesmo sentido, como corolário do princípio da proporcionalidade alguns doutrinadores como o professor Luiz Flavio Gomes¹²⁵ chamam tudo isso de princípio da homogeneidade das medidas cautelares afirmando não haver sentido prender uma pessoa no curso da instrução se, ao final não será imposta a pena de prisão. O presente princípio é uma construção jurisprudencial¹²⁶ e consiste na ilegalidade da prisão preventiva quando a medida cautelar for mais severa do que eventual pena aplicada ao final do processo.

O caráter de homogeneidade da prisão preventiva não autoriza seu emprego para os casos em que é mínima ou quase nenhuma a possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime diverso do fechado quando da condenação.

Com efeito, o Juiz não pode impor ao acusado uma prisão que é mais intenso e grave do que aquele que lhe seria aplicado em caso de real condenação, sob pena de tornar o processo penal mais punitivo do que a própria sanção penal.

Assim, uma vez introduzidas as novas bases fundantes da cautelaridade pessoal no processo penal, procede-se uma breve análise dos prazos da prisão provisória no direito comparado, assim como um estudo detido de cada uma das modalidades de prisão provisórias (processual) no ordenamento jurídico brasileiro, mormente sob o enfoque do seu prazo de duração.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403/11. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 55.

¹²⁶ Nesse sentido: STJ, HC 412.778/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018; STJ, HC 282.842/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014; STJ, RHC 36.747/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/08/2013; STJ, HC182.750-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/5/2013. DJe 24/05/2013.

4.2. PRAZO DA PRISÃO PROVISÓRIA NA ESPANHA, PORTUGAL, ALEMANHA E FRANÇA

O art. 17, 4, da Constituição da 9ª Espanha prescreve que: “(...) *la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*”.

Na Espanha, no art. 504 da LECr, o legislador adotou um sistema de proporcionalidade entre a prisão provisória e a pena cominada em abstrato de forma que a prisão cautelar pode durar no máximo:

- até três meses, quando a pena cominada for de sete a 15 fins de semana;
- até um ano, quando a pena cominada for de seis meses a três anos;
- até dois anos, quando a pena cominada for superior a três anos.

A prorrogação é possível excepcionalmente nos dois últimos casos, para até dois anos (quando o máximo era um ano) ou até quatro anos (no último caso, em que o máximo era dois anos). Em caso de sentença condenatória com recurso pendente a prisão poderá se estender até o limite máximo da metade da pena imposta (art. 504).

O artigo 28º da Constituição Portuguesa cuida de regulamentar a prisão preventiva, atribuindo-lhe um caráter de medida excepcional e provisória, prevendo o estabelecimento por lei de prazos de duração da medida:

Artigo 28.º (Prisão preventiva)

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coação adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.
2. A prisão preventiva tem natureza excecional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.
3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados.
4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.

Desse modo, o texto da Constituição é expresso ao impor ao legislador a necessidade de serem estabelecidos prazos de duração da prisão preventiva. Sendo assim, na Constituição de Portugal vem explicitamente garantido o direito a

razoável duração da prisão e a soltura do preso cautelarmente se responde por tempo indevido a processo.

O Código de Processo Penal Português prescreve em seu art. 215.º.

Artigo 215.º Prazos de duração máxima da prisão preventiva

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.

2 - Os prazos referidos no número anterior são elevados, respetivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime: (...)

3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respetivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excecional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

4 - A excecional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.ª instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente.

5 - Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

6 - No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.ª instância e a sentença condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada.

Como se nota, o tempo de prisão provisória em Portugal é assombrosamente amplo, vez que antes da propositura da ação penal a prisão pode durar de seis meses a um ano e até a sentença penal condenatória em primeira instância pode durar de 18 meses a três anos e quatro meses.

Artigo 215.º Prazos de duração máxima da prisão preventiva

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.

2 - Os prazos referidos no número anterior são elevados, respetivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime: (...)

3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respetivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excecional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

4 - A excecional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.^a instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente.

5 - Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

6 - No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.^a instância e a sentença condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada.

Nota-se que, embora que a Espanha e Portugal tenham em suas Constituições consagrado o direito ao processo em tempo razoável, não ordenaram o legislador infraconstitucional a elaborar um prazo para a duração do processo, as Cartas Políticas apenas remetem ao legislador infraconstitucional a fixação de prazos para a duração da prisão provisória.

Na Alemanha, a prisão provisória não pode ultrapassar o período de um ano e é revista de ofício a cada três meses caso não haja defensor, tampouco recurso ou pedido de liberdade. Nesta hipótese, nos primeiros três meses a prisão é revista pela primeira instância e após seis meses pelo Tribunal Superior Estadual (*oberlandesgericht*). Na França a medida transita entre dois a oito meses.

4.3. MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

O conceito de prisão provisória utilizado no presente trabalho limita-se às modalidades em que o indivíduo é recolhido em estabelecimento prisional próprio previstos na legislação penal. Por isso, a prisão domiciliar foi excluída da análise das medidas cautelares pessoais denominadas como prisão.

As hipóteses de prisões provisórias são as seguintes: prisão em flagrante, prisão temporária e a prisão preventiva.

Sobre as modalidades de prisão provisória Badaró¹²⁷ diz que:

No processo penal brasileiro existiam, em tese, cinco modalidades de prisões cautelares: (1) prisão em flagrante; (2) prisão temporária; (3) prisão preventiva; (4) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível; (5) prisão decorrente de pronúncia.

A Lei nº 11.689/2008, ao alterar o regime da pronúncia e não mais prever, como efeito automático da pronúncia, a necessidade de acusado ser preso, conforme constava da redação do art. 408, § 1º, do CPP, acabou por extinguir tal modalidade de prisão processual. Por outro lado, a Lei nº 11.719/2008, ao revogar o art. 594 do CPP, e diante do parágrafo único – atual § 1º do art. 387 do CPP, acabou por extinguir a prisão para apelar.

Em suma, após a reforma do CPP de 2008, passaram a existir, no sistema brasileiro, apenas três modalidades de prisões cautelares: prisão temporária, prisão em flagrante delito e prisão preventiva. Essas modalidades de prisões cautelares ou processuais costumam ser chamadas de “prisões provisórias”, em contraposição à prisão que constitui sanção penal na modalidade de pena privativa de liberdade que é uma prisão “definitiva”, somente imposta após o trânsito em julgado da condenação penal.

4.3.1. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com uma medida administrativa que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, desde que esse alguém esteja cometendo, tenha acabado de cometer, seja perseguido ou mesmo encontrado em situação que faça presumir o cometimento da infração penal. Tem como finalidade evitar a prática criminosa, deter o autor e, por outro lado, assegurar a prova do crime, da ocorrência do crime e do seu autor.

¹²⁷ Ob. Cit. p. 951.

André Nicollit¹²⁸ afirma que o caráter administrativo tem respaldo na própria Constituição da República no artigo 5º, LXI e sob pena de ilegalidade tem por limite necessidade de comunicação imediata pelo juiz.

O termo flagrante provem do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. Flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer.

É medida restritiva da liberdade, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou contravenção.

Para José Frederico Marques¹²⁹, “flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penal ilícita.”

A prisão em flagrante é a única exceção de prisão à regra constitucional de ninguém será preso sem ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente. Nesse sentido, dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal que qualquer pessoa pode e autoridades e agente policiais devem prender a pessoa que esteja cometendo um delito sem se submeter a reserva de jurisdição.

A prisão em flagrante tem natureza de precaver. Andre Nicollit¹³⁰ diz que a sua natureza é precaver e que isso se tornou mais evidente com a nova redação dada ao artigo 310 do CPP pela Lei n. 12.403/2011.

Rogério Schietti Cruz¹³¹ diz que a prisão em flagrante se caracteriza como um título autônomo precaver e perdura somente até o momento em que o juiz receber o auto flagrancial e adote as medidas previstas no artigo 310 do CPP.

Aury Lopes Junior¹³² diz que, com a edição da Lei n. 12.403/2011, “finalmente vem o flagrante colocado no seu devido lugar, como medida

¹²⁸ Ob. Cit. p. 75.

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas: Millenium, 2009, v. 4. p.53.

¹³⁰ Ob. Cit. p. 75.

¹³¹ CRUZ, Rogério Schietti. p. 236.

¹³² Ob. Cit. p. 17.

precautelar, preparatória da prisão preventiva, sem qualquer possibilidade de ‘prender por si só’, como ainda teimavam alguns em sustentar.”

O autor¹³³ diz ainda qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por autoridade judicial competente. A prisão em flagrante é uma medida precautelar, uma detenção precária, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. É uma exceção ao princípio constitucional da reserva da jurisdição. Nesse caso, o controle jurisdicional dá-se em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, na continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória.

Em todo caso, a decisão deve ser fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da Constituição e do art. 315 do CPP que diz que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Nesse sentido, Badaró diz que:

Mais recentemente, com as mudanças da Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante deixou de ser uma modalidade autônoma de prisão cautelar, tornando-se apenas um momento inicial, pré-jurisdicional, da prisão preventiva ou de outra medida cautelar alternativa a prisão. Será uma medida transitória, efêmera, sem aptidão para substituir autonomamente, razão pela qual não é mais correto considerá-la uma modalidade de prisão cautelar. Aliás, justamente por isso, como se verá, parte da doutrina vem tratando-a como prisão pré-cautelar. Ou seja, atualmente, existem como modalidades autônomas de prisão cautelar apenas a prisão preventiva e a prisão temporária.

O artigo do 302 do Código de Processo Penal¹³⁴ prevê as hipóteses da prisão em flagrante. Pode-se classificar, didaticamente, as quatro hipóteses de prisão em flagrante em três grupos: o flagrante próprio, flagrante impróprio e o flagrante presumido.

O artigo citado contempla também situações em que não é possível mais em falar-se em flagrância, ardência ou crepitação, expressões normalmente utilizadas na doutrina a partir da expressão latina *flagare*. Embora essa expressão

¹³³ Idem, p. 31.

¹³⁴ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

deva-se entender uma relação de imediatividade com o fato ou evento e o seu conhecimento.

A primeira modalidade de prisão em flagrante está contida nos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal é de flagrante propriamente dito ou perfeito. No inciso I, se afirma a existência da situação de flagrante, quando alguém está cometendo a infração penal, caracterizando uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Já no inciso II, é a situação de flagrante quando o agente acaba de cometer a infração penal e pode-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, assim como da sua autoria.

A hipótese do artigo 302, inciso III, chamada de flagrante impróprio, imperfeito ou quase flagrante é aquele em que o autor do crime não é preso no local em que comete o ato criminoso e empreende fuga, passando a ser perseguido pela polícia, pela vítima ou por qualquer pessoa do povo. O que deve ser decisivo nesta hipótese de flagrante é a imediatividade da perseguição para o fim de caracterizar o flagrante. Deve ser iniciada logo após o cometimento do fato.

Aury Lopes Junior¹³⁵ diz que essa hipótese de flagrante se exige a conjugação de três fatores: 1) perseguição (requisito de atividade); 2) logo após (requisito temporal); e 3) situação que se faça presumir a autoria (elemento circunstancial)¹³⁶.

¹³⁵ Ob. Cit. p. 56.

¹³⁶ Logo a perseguição exige uma continuidade, em que perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda que nem sempre tenha o contato visual. Deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie “logo após” o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência. Exige-se um lapso mínimo, a ser verificado diante da complexidade do caso concreto, entre a prática do crime e o início da perseguição. Reforça esse entendimento o fato de que a “perseguição”, na dimensão processual, somente é considerada quando há o contato visual inicial ou, ao menos, uma proximidade tal que permita à autoridade ir ao encalço do agente.

Elementar, portanto, que para a própria existência de uma “perseguição” com contato visual (ou quase) ela deve iniciar imediatamente após o delito. Não existirá uma verdadeira perseguição se a autoridade policial, por exemplo, chegar ao local do delito uma hora depois do fato. Assim, “logo após” é um pequeno intervalo, um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição. Também não há que confundir início com duração. O dispositivo legal exige que a perseguição inicie logo após o fato, ainda que perdure por muitas horas. Isso pode ocorrer, por exemplo, em um crime de roubo a banco, em que, acionada, a polícia chega imediatamente ao local, a tempo de sair em perseguição dos assaltantes. Essa perseguição, não raras vezes, envolve troca de veículos, novos reféns, cercos policiais etc., fazendo com que a efetiva prisão ocorra, por exemplo, 30 horas depois do fato. Ainda haverá prisão em flagrante nesse caso, pois a perseguição iniciou logo após o crime

A última modalidade de prisão em flagrante em conhecida como flagrante presumido. Diz o inciso IV do artigo 302 que se considera em flagrante delito quem é encontrado logo depois, com instrumentos, arma, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. É a situação em que a pessoa é encontrada logo depois da ocorrência do ato criminoso, portando objetos que façam presumir ter sido ela a autora do delito.

Seja qual for a hipótese de flagrante, quer se trate de flagrante próprio, improprio ou presumido, a consequência jurídica será a mesma o recolhimento à prisão.

Badaró¹³⁷ diz que a prisão em flagrante é um ato complexo em que exige a conjugação de vários atos, podendo-se distinguir pelos menos três momentos distintos: 1) a prisão captura; 2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; e 3) prisão-detenção.

A atribuição (e não competência) para a lavratura do auto de prisão em flagrante é da autoridade policial do local onde ocorrer a prisão captura e não do lugar onde ocorreu o crime. Se no local não houver autoridade policial, condutor deverá apresentar o preso para a autoridade policial do lugar mais próximo (artigo 308 CPP).

Após os procedimentos de prisão e a lavratura do respectivo auto de prisão pela autoridade policial, o artigo 306 *caput* do Código de Processo Penal¹³⁸ prevê que a prisão será imediatamente comunicada à autoridade judiciária, ao Ministério Público e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. O parágrafo 1º do mesmo artigo diz que no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante deve ser enviado ao juiz competente, assim como para a Defensoria Pública, caso o autuado em flagrante não informe o nome do seu advogado.

e durou ininterruptamente todas essas horas, culminando com a prisão dos agentes. (LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. cit. p. 25.)

¹³⁷ Ob. Cit. p. 961.

¹³⁸ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Sobre o auto de prisão em flagrante, Andre Nicolitt¹³⁹ diz que:

O auto de prisão em flagrante é um ato administrativo solene que deve observar estritamente as disposições legais. O auto de prisão registra a maior intervenção do Estado na esfera do indivíduo. Por tal razão, não pode a autoridade policial negligenciar qualquer exigência da Lei. A comunicação da prisão à Defensoria e ao Ministério Público é verdadeiro requisito de validade da prisão em flagrante, sem o que será ilegal e, por consequência, deve ser relaxada.

Sendo assim a prisão em flagrante é uma prisão precautelada, provisória pela brevidade de sua duração e que deve ser analisada por uma autoridade judicial competente a sua legalidade em até 24 horas para, então, decidir sobre a conversão em preventiva ou conceder a liberdade provisória, conforme dispõe o artigo 310 CPP:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Nesse sentido Aury Lopes Junior¹⁴⁰ diz que:

Com isso sepultam-se, de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrante que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial (!), sem a necessária decretação e fundamentação da prisão preventiva.

Assim, o juiz, em até 24 horas após a efetiva a prisão, deverá receber o auto de prisão em flagrante e decidir entre o relaxamento; conversão (fundamentada, é óbvio) em prisão preventiva (enfrentando e motivando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*); decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva; ou concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

Não existirá mais (e juridicamente nunca existiu...) ou manter alguém preso, além das 24 horas, sem uma decisão judicial fundamentada, decretando a prisão preventiva. E mais: essa prisão preventiva – a nosso juízo - somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial), pois constitucionalmente é inconcebível que o juiz o faça de ofício.

¹³⁹ Ob. Cit. p. 80.

¹⁴⁰ Ob. Cit. p. 53.

O Conselho Nacional de Justiça observando os artigos 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de Nova York¹⁴¹ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁴² editou a Resolução n. 213 do CNJ, no qual foi finalmente implantada a Audiência de Custódia, exigindo que o preso seja apresentado ao juiz em até 24 horas da comunicação do flagrante. Neste sentido, o art. 1º da referida Resolução:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Após essa Resolução do CNJ, além da exigência da manifestação judicial em até 24 horas, deverá o preso autuado em flagrante ser apresentado ao juiz, para controle da legalidade da prisão e análise acerca da eventual necessidade de prisão preventiva.

4.3.2. Prisão Temporária

A prisão temporária foi instituída no Brasil pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a fim de substituir a famigerada prisão por averiguação, procedimento em desconformidade com os direitos fundamentais consagrados pela nova Constituição Federal.

Andre Nicollit¹⁴³ diz que a prisão temporária é uma forma de substituir a famigerada prisão para averiguação e difere desta, basicamente, pela exigência de ordem judicial. Tal requisito era inexistente para a prisão para averiguação, que era realizada pela própria polícia.

¹⁴¹ Artigo 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

¹⁴² Artigo 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

¹⁴³ Ob. Cit. p. 101.

Admissível somente em caso de investigação em inquérito policial é cabível apenas em crimes que o legislador ordinário entendeu de maior gravidade listados taxativamente no inciso III do art. 2.º da Lei 7.960/1989:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976)¹⁴⁴;
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Posteriormente, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), por meio do seu artigo 2o, § 4o, ampliou o rol da Lei 7.960/1989 e determinou a admissibilidade da prisão temporária para os crimes equiparados a hediondos (“tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo”) e aqueles considerados hediondos, referidos no artigo 1o da Lei 8.072/1990:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

¹⁴⁴ Atualmente, corresponde ao crime tipificado no artigo 33, caput e § 1o da Lei 11.343/2006.

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. (Redação dada pela Lei nº 13.497, de 2017).

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, sendo exigível requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, não possuindo previsão legal para ser decretada de ofício pelo juiz.

A prisão depende da expedição do mandado judicial. A autoridade policial não pode efetuar a prisão e depois requerer o mandado, se isso ocorrer a prisão é manifestamente ilegal.

A prisão temporária é a única no ordenamento pátrio que possui uma expressa regulamentação do seu prazo de duração e só pode ser decretada pelo prazo de cinco dias prorrogáveis por outros cinco em caso de extrema e

comprovada necessidade (art. 2.º da Lei 7.960/1989). Nos crimes hediondos e equiparados, o prazo é de 30 dias prorrogáveis por outros 30 dias (art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072/1990).

Gustavo Badaró¹⁴⁵ explica que a Lei n. 8.072/1990 ampliou os prazos para os crimes nela previstos, para trinta dias, podendo ser prorrogados por mais 30 dias, chegando ao total de 60 dias, o que segundo o autor se mostra excessivo e absolutamente desnecessário. Pois, uma investigação criminal que perdura por 60 dias com o acusado preso viola a garantia da duração razoável do processo (art. 5º LXXVII da CF), que também se aplica ao investigado preso durante o inquérito policial ou outra forma de investigação criminal.

Nesse sentido Andre Nicollit¹⁴⁶ diz que:

Quando aplicada em sede de crimes hediondos, que tem prazo absurdamente ampliado, viola o princípio da proporcionalidade e da duração razoável do processo no aspecto da limitação à prisão processual. Tal fato se dá na medida em que a prisão de alguém por 60 dias, sem que haja contra ele sequer indícios de autoria, é uma medida insana, que atenta também contra o princípio da humanidade e da dignidade humana.

É possível que o juiz decrete a prisão temporária por prazo inferior ao prazo máximo da prisão, como, por exemplo, no caso de crime hediondo o juiz pode decretar a prisão temporária por dez ou vinte dias.

Badaró¹⁴⁷ diz que o computo do prazo da prisão se dá pela regra estabelecida pelo artigo 10 do Código Penal, sendo assim começa a contar o prazo do dia que se deu o encarceramento e encerra-se no último minuto do último dia do prazo da prisão. Se a prisão ocorreu na segunda-feira, encerra-se às 23 horas e 59 minutos da sexta-feira. Uma vez vencido prazo de duração, o investigado deve ser colocado em liberdade imediatamente, independente da expedição de alvará de soltura (art. 2º, Parágrafo 7º da Lei n. 7.960/1989).

4.3.3. Prisão Preventiva

A prisão preventiva é a prisão provisória que engloba toda a persecução penal, podendo ser decretada desde a fase de investigação até a fase processual,

¹⁴⁵ Ob. Cit. p. 997.

¹⁴⁶ Ob. Cit. p. 103.

¹⁴⁷ Ob. Cit. p. 997.

inclusive após a sentença condenatória recorrível, desde que presentes os elementos que a autorizam.

Trata-se de prisão que possui natureza cautelar. É, pois, uma medida que procura assegurar a eficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução).

A prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal do Código Processo Penal. Trata-se de mais uma medida cautelar regida pelo princípio da reserva de jurisdição, ou seja, somente juízes e Tribunais podem decretá-la. É a medida cautelar pessoal mais gravosa de todas.

O art. 311 do CPP assim dispõe:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

A decretação da custódia preventiva, por ser medida restritiva de direitos, só deve ocorrer em casos de extrema necessidade. É dizer: quando houver elementos concretos que indiquem a prática de um crime e quando a manutenção do indivíduo em liberdade representar risco ao processo.

Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁸ diz que:

A prisão cautelar, por excelência, é a preventiva, cujos requisitos encontram-se enumerados no art.312 do Código de Processo Penal. Ninguém deverá ser preso ou mantido no cárcere, senão estiverem presentes os referidos elementos.

André Nicolli¹⁴⁹ diz que o art. 312 do CPP¹⁵⁰, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.403/2011, não sofreu modificação, foi apenas acrescido um parágrafo único. Nesse sentido, os requisitos indispensáveis para o decreto de prisão preventiva continuam os mesmos. Isso é lamentável, vez que se perdeu importante oportunidade para se adequar o texto a Constituição federal de 1988.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. p. 90.

¹⁴⁹ Ob. Cit. p. 94.

¹⁵⁰ 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. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

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](#)). ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

Guilherme de Souza Nucci¹⁵¹ também faz críticas ao legislador dizendo que se manteve praticamente intacto o instituto da prisão preventiva, os requisitos não se alteraram. O legislador deveria ter ousado, definindo cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos aos mais abrangentes como a garantia da ordem pública e ordem econômica.

A decretação da custódia preventiva, por ser medida restritiva de direitos, só deve ocorrer em casos de extrema necessidade. É dizer: quando houver elementos concretos que indiquem a prática de um crime e quando a manutenção do indivíduo em liberdade representar risco ao processo.

Sobre a finalidade da prisão cautelar, Germano Marques da Silva¹⁵² diz que:

Pretende-se com ela garantir o desenvolvimento regular da persecução e a eventual punição que possa vir. A finalidade cautelar pode ser dar tanto em relação ao desenvolvimento do processo, quanto à execução das decisões condenatórias.

Aury Lopes Jr¹⁵³ diz que:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

Na parte final do art. 312 do CPP encontramos os requisitos ou pressupostos da prisão preventiva reunidos pela doutrina sob a expressão *fumus commissi delicti*, a saber: indícios de autoria e prova da materialidade. Não é possível decretar a prisão preventiva sem prova de que o delito ocorreu

¹⁵¹ Ob. Cit. p. 93

¹⁵² SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2002. Vol. 2, p. 254. *Apud*: NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. cit., p. 114.

¹⁵³ LOPES JR. Aury. *Prisões cautelares*. cit. p. 25.

(materialidade) e sem um mínimo de elementos que possam tornar provável a sua autoria.

Para além dos requisitos, encontramos os fundamentos da prisão, a saber: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Estes fundamentos da prisão formam o que se chama tradicionalmente de *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*).

Destas, é possível vislumbrar uma finalidade instrumental somente nas duas últimas hipóteses, quais sejam: para evitar a manipulação de provas a serem produzidas durante a instrução processual ou para evitar a fuga do acusado.

Rogério Schietti Cruz¹⁵⁴ leciona que diz que em respeito à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, essa circunstância autorizadora tem nítido caráter instrumental, impregnada de cautelaridade. Pois, objetiva protegerem as provas que devem ser produzidas no processo penal, sem perturbações, ameaças, desvios de finalidade ou qualquer ato tendente a interferir na verdade dos fatos sob apuração.

A prisão com este fundamento só pode ser decretada enquanto estiver aberta a fase instrutória. Encerrada esta, a prisão deve ser revogada se por outro fundamento a prisão não se fizer necessária.

O autor¹⁵⁵ diz ainda que a prisão preventiva para aplicação da lei penal também tem caráter instrumental, pois tem intuito de proteger a definitiva prestação jurisdicional definida na sentença penal de que resulta uma condenação penal ao acusado, impondo-lhe uma pena.

A Garantia da ordem pública é um conceito vago e indeterminado e a doutrina e a jurisprudência tradicional tem associado a expressão ora à chamada periculosidade do agente, outras vezes à necessidade de assegurar o “meio social” e também à credibilidade da justiça em face da gravidade ou repercussão do crime.

Aury Lopes Junior¹⁵⁶ comenta que a prisão preventiva para garantia da ordem pública, é o fundamento preferido para a sua decretação, por sua vagueza

¹⁵⁴ Ob. Cit. 252.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Ob. Cit. p. 99.

e abertura, porque ninguém a sabe ao certo o que quer dizer. Nesse sentido, é comum a definição de risco para ordem pública como sinônimo de clamor público, de crime que gera abalo social, comoção na comunidade, que perturba a tranquilidade.

Giacomolli¹⁵⁷ diz que é necessário para a prisão do autor de um delito que interfere na ordem pública, enunciar fatos e circunstâncias concretas, demonstráveis e, em segundo lugar, o conteúdo de ordem pública há de ser delimitado e restringido, pois a prisão por essa motivação interfere no direito fundamental a liberdade.

Nicolli¹⁵⁸ diz que:

A prisão cautelar só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois do contrário transforma-se em antecipação de pena. O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral e específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional.

Em relação à “garantia da ordem econômica”, trazida como requisito para decretação da prisão preventiva (Art. 312, do CPP), foi introduzida no Código de Processo Penal pela Lei nº. 8.884/94 (Lei Antitruste), que institui a repressão aos crimes financeiros, principalmente os que lesem ou afetem de forma significativa a ordem financeira, como por exemplo, os crimes de “colarinho branco”.

A Lei nº. 7.492/86 (lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional), no seu artigo 30, prevê, além dos requisitos do artigo 312 CPP, outro fundamento legal para a decretação da prisão preventiva, qual seja a “magnitude da lesão”. Tal critério é inconstitucional por não ter natureza cautelar¹⁵⁹. Esse fundamento não se sustenta, afinal, a necessidade do cárcere não pode estar pautada na magnitude da lesão, que é consequência do crime e não justificativa para decretação de prisão provisória.

Aury Lopes Jr¹⁶⁰. assim leciona:

Garantia da Ordem Econômica: tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei 8884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a

¹⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013 p. 77.

¹⁵⁸ Ob. Cit. p. 96.

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. cit., p. 982.

¹⁶⁰ Ob. Cit. p. 637.

tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que ferem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. Tal situação (...) teve e tem pouquíssima utilização forense. “A magnitude da lesão”, prevista no art. 30 da Lei 7.492, quando invocada, em geral o é para justificar o abalo social da garantia da ordem pública (...) e não para tutelar a ordem econômica.

Niccoli¹⁶¹, ao comentar sobre a antecipação da pena na decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, assim dispõe: “o mesmo se pode dizer em relação a ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade.”

Eugênio Pacelli¹⁶² assim dispõe:

Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás, semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei 8884/, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica, revogada já pela Lei 12.529/11. (...)

Se no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição de condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).

Gustavo Badaró¹⁶³, ao analisar a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica dispõe que esta modalidade não é uma medida cautelar. Não se destina a ser um instrumento para assegurar os meios ou o resultado do processo, pelo contrário, a sua finalidade é permitir uma execução antecipada da pena, com finalidade prevenção geral e especial, próprios da sanção penal, finalidade essa que não são das medidas cautelares.

Fala-se ainda em circunstâncias ou condições de admissibilidade da prisão preventiva. A Lei 12.403/2011 trouxe significativa modificação nesta seara (art. 313 do CPP)¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ob. Cit. p, 96.

¹⁶² PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 555.

¹⁶³ Ob. Cit. p, 981.

¹⁶⁴ 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;

O CPP faz inadequada inversão lógica tratando primeiro os pressupostos (art. 312) para depois tratar das condições de admissibilidade da prisão preventiva (art. 313). De fato, é necessário primeiro analisar se a prisão é cabível, pois não havendo previsão legal para a prisão preventiva, não será possível indagar sobre os pressupostos (art. 312)¹⁶⁵.

Nesse sentido, de acordo com o inciso I do art. 313 do CPP, não sendo o crime doloso ou, se doloso, não tendo pena superior a 04 (quatro) anos, mesmo diante dos pressupostos fáticos (risco à instrução ou à aplicação da pena) não será possível a prisão preventiva, porém é cabível outras medidas cautelares diversas da prisão¹⁶⁶.

O legislador excluiu alguns delitos do rol autorizador da prisão preventiva, em razão de sua natureza. A legislação processual penal foi adequada às normas do Código Penal de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. O artigo 44, I do Código Penal¹⁶⁷ dispõe que um indivíduo condenado a pena privativa de liberdade de até quatro anos ou condenado por crime culposos faz jus à substituição daquela por pena restritiva de direitos. Nesse sentido, seria desproporcional decretar a prisão preventiva do imputado ao longo da persecução penal, sob pena de a medida cautelar se tornar mais grave que do que a própria sanção a ser aplicada.

Com efeito, do inciso I do artigo 313 do CPP é possível concluir que os crimes dolosos com pena privativa de liberdade de até 4 anos e os crimes culposos não dão ensejo a decretação da prisão preventiva.

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.

¹⁶⁵ NICOLLIT, André. *A Duração Razoável do Processo*, cit., p. 96.

¹⁶⁶ Id. Ibid., p. 96.

¹⁶⁷ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

O inciso II do art. 313 do CPP diz que cabe a prisão preventiva quando o acusado for reincidente em crime doloso. Admitir uma prisão preventiva exclusivamente com base na reincidência viola o princípio da proporcionalidade, além de que devem estar presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* do art. 312. Por outro lado, reincidente em crime doloso é quando o acusado pratica um segundo crime depois de ter sido condenado definitivamente, respeitado o prazo de 5 anos previsto no art. 64, I do CP, pois passados cinco anos após o cumprimento ou a extinção da pena, não se fala mais em reincidência¹⁶⁸.

O descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão pode resultar em decretação da prisão preventiva. O parágrafo único do art. 312 do CPP afirma que “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

O legislador, ao inserir no artigo 319 do Código de Processo Penal medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, quis complementar a eficácia desses novos institutos por meio da introdução do parágrafo único no artigo 312 para que o imputado não as desprezasse e as respeitasse.

Tal dispositivo leva a entender que, mesmos nos crimes cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, seria possível decretar prisão preventiva no caso de descumprimento de outras medidas cautelares. Contudo, tal previsão não pode ser aplicada indistintamente, devendo o juiz, no momento de qualquer modificação da medida cautelar imposta, analisar o princípio da proporcionalidade e somente decretar a prisão preventiva em último caso, obedecendo o disposto no artigo 282, §4º do Código de Processo Penal¹⁶⁹.

O disposto no § 4.º do art. 282 do CPP afirma que a prisão só será decretada em último caso. Não se trata de uma conversão automática, ou seja, o acusado descumpriu a medida cautelar e decreta-se a prisão preventiva. É

¹⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*, cit., p. 86.

¹⁶⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

imprescindível a fundamentação apontando a necessidade (garantia da instrução ou da aplicação da lei penal) e também a proporcionalidade concreta, se no caso específico a pena privativa de liberdade apresenta-se como provável ou possível¹⁷⁰.

O mesmo raciocínio da prisão preventiva como *ultima ratio* é válido para a prisão preventiva aplicada para garantir a atuação de medida protetiva em caso de violência doméstica, disposta no artigo 313, III do Código de Processo Penal. É importante destacar que o texto do Código de Processo Penal tem uma incidência mais abrangente que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pois inclui além da mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa com deficiência, sempre no âmbito doméstico.

Sobre a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento medida protetiva em caso de violência doméstica, Giacomolli¹⁷¹ entende que primeiramente o juiz deverá analisar a possibilidade de substituir a medida cautelar por outra; depois, verificar a suficiência, no caso, concreto, de cumular uma outra cautelar à medida descumprida e, por último, então decretar a prisão preventiva. O autor diz ainda que diante do descumprimento da medida protetiva em caso de violência doméstica, a prisão preventiva não é a primeira opção do magistrado. A cautelaridade penal, mesmo no âmbito do da violência doméstica, passa pelos exames dos pressupostos e requisitos das medidas cautelares (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*), da adequação e necessidade, no contexto fático.

Por fim, a última modalidade de prisão preventiva é situação prevista no artigo 313, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para casos em que há dúvida sobre a identificação do acusado ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Situação semelhante a um dos fundamentos da prisão temporária (artigo 1o, II, da Lei 7.960/1989), essa hipótese para decretação da prisão preventiva deve ser embasada em elementos de *fumus commissi delicti e periculum libertatis*. A prisão deve ser revogada assim que a identificação seja realizada.

Finalmente, no artigo 314 do Código de Processo Penal, está prevista as hipóteses negativas de decretação da prisão preventiva, em que o juiz verifica a

¹⁷⁰ NICOLLIT, André. *A Duração Razoável do Processo*, cit., p. 98.

¹⁷¹ Ob. Cit. p. 89.

ocorrência de um fato típico sob as condições de excludente de ilicitude, previstas nos incisos do artigo 23 do Código Penal. De fato, se um fato tipificado na lei penal é cometido em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal, não será possível vislumbrar a presença de *fumus commissi delicti* a justificar a medida cautelar. Pois, se na tramitação do processo restar evidenciada a incidência do artigo 23 do Código Penal, deverá o acusado ser absolvido, seja com fundamento no artigo 386, VI, ou no artigo 397, I, ambos do Código de Processo Penal.

4.4. OS PRAZOS DA PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL.

Ao contrário de algumas legislações, tais como demonstrado, o Código de Processo Penal Brasileiro não prevê prazo expresso para a duração da prisão preventiva. A questão é relevante, uma vez que não se pode admitir que as prisões preventivas se convertam em antecipação de pena, sob o risco de violação do princípio da não-culpabilidade.

Aury Lopes Junior¹⁷² diz que:

No Brasil, a situação é gravíssima. Não existe limite algum para a duração do processo penal (não se confunda isso com prescrição) e, o que é mais grave, sequer existe limite de duração das prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, mais abrangente de todas.

Badaró¹⁷³ diz que:

O novo dispositivo constitucional não prevê, porém, de forma expressa, um direito equivalente ao assegurado no art. 7.5 da CADH, qual seja, o direito de o acusado preso ser colocado em liberdade, se a duração do processo excede o prazo razoável. De se observar que, neste caso, evidentemente, a prisão cautelar se tornará ilegal posto que decorrente de um processo que viola a garantia constitucional da razoável duração do processo. E, se a prisão é ilegal, a Constituição assegura que “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*” (art. 5º, LXV). Em suma, ao menos pela conjugação do inc. LXXVIII com o inc. LXV, pode-se concluir que existe de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acusado ter sua prisão imediatamente relaxada se a duração do processo penal se exceder o prazo razoável.

(...)

¹⁷² Direito Processual Penal. cit., p. 83.

¹⁷³ Ob. Cit. p. 70.

Imprescindível, para eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha, como consequência automática do excesso a soltura do réu. Por que todo indivíduo tem direito de saber o prazo máximo de sua prisão, enquanto pena privativa de liberdade (CR, art. 5º, XXXIX), que deve ser expressamente fixado em lei, mas não tem direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo concreto, mormente estando preso?

Uma primeira iniciativa de delimitação da duração da prisão preventiva foi o estabelecimento de um critério aritmético com a soma dos prazos legais para a realização dos atos do procedimento ordinário vigente na época. Dessa soma dos prazos procedimentais, chegou-se ao critério do prazo de 81 dias em que o réu preso deveria ser julgado, então ultrapassado esse prazo, a prisão era considerada ilegal. A contagem do prazo tinha início com a prisão do acusado, seja decorrente de flagrante ou de cumprimento de mandado de prisão preventiva.

Eugenio Pacelli¹⁷⁴ explica que na falta de prévia e expressa previsão legal, a jurisprudência construiu ao longo dos anos o prazo de 81 dias para o encerramento da ação penal quando se tratar de réu preso provisoriamente. Tal prazo foi definido a partir do somatório dos diversos prazos aplicáveis a investigação criminal e do processo que seguissem o rito comum.

Aury Lopes Junior¹⁷⁵ diz que a jurisprudência tentou, sem muito sucesso, construir limites globais a partir das somas dos prazos do procedimento aplicável ao caso. Assim, superados os 81 dias e se o acusado continuasse preso e procedimento ordinário não estivesse concluído (sentença de 1º grau), haveria excesso de prazo amparável por Habeas Corpus. No qual, em tese, a liberdade poderia ser restabelecida com a continuação do processo com o réu respondendo em liberdade.

No entendimento consolidado com a construção do critério do prazo de 81 dias, a fase de apresentação de alegações finais e prolação de sentença foram computadas em tal limite global, inclusive com o prazo dobrado previsto no artigo 800, § 3º do Código de Processo Penal¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Ob. Cit. p. 116.

¹⁷⁵ Ob. Cit. 38.

¹⁷⁶ Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

(...)

Importante notar que o prazo de 81 dias não englobava a fase recursal da persecução penal, sendo que o réu preso condenado, mas com recurso pendente, não seria protegido pela aplicação de tal critério.

Essa orientação foi deturpada com ao passar dos anos, de modo que a jurisprudência restringiu demasiadamente o âmbito de aplicação do prazo de 81 dias. De fato, tal marco foi erigido como aquele que a partir do qual a razoabilidade da medida poderia ser analisada, porém a prisão somente poderia ser considerada como temporalmente abusiva com base em critérios outros, o que se convencionou denominar de teoria do não prazo.

Tal mitigação jurisprudencial da aplicação do critério dos 81 dias culminou em 1992 na edição da Súmula 52 pelo Superior Tribunal de Justiça cujo teor é: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Essa súmula limitou ainda mais o âmbito de incidência de critério de aferição de razoabilidade da prisão preventiva e excluiu a fase de prolação da sentença.

Sobre a Súmula 52 do STJ, Badaró¹⁷⁷ explica que o antigo critério jurisprudencial dos 81 dias tinha como termo final a sentença de primeiro grau, essa súmula antecipou o termo final de tal prazo para o término da instrução, ou seja, a conclusão da oitiva das testemunhas de defesa.

Verifica-se que a duração do processo, e mais ainda da duração da prisão preventiva, não se limita à duração da fase de instrução, pois o encerramento desta fase não põe fim ao processo.

Sobre o não conhecimento de excesso de prazo da prisão pelo encerramento do da instrução processual, André Nicolitt¹⁷⁸ diz que se firmou esse entendimento jurisprudencial de que encerrada a instrução, mesmo ultrapassados os 81 dias, não há constrangimento, mesmo que tenha de esperar alguma diligência, as alegações finais e até mesmo a sentença do Juiz.

§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

¹⁷⁷ Ob. Cit. p. 77.

¹⁷⁸ Ob. Cit. p. 123.

O autor¹⁷⁹ continua dizendo que essa linha jurisprudencial começou na década de 60 e se consolidou na década de 80 e naquela época pode ter revelado algum avanço. No entanto, atualmente, mostra-se completamente defasada e inadequada para as demandas da sociedade brasileira atual.

Sobre a incidência da duração razoável da prisão preventiva nos processos por crime doloso contra a vida, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 21: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Neste caso, ao contrário do quanto disposto na Súmula 52, o termo final para aferição da irrazoabilidade da prisão preventiva é o término da fase do *judicium accusationis*, com a prolação da decisão de pronúncia.

No entanto, simplesmente foi ignorado o fato de o procedimento do Tribunal do Júri ser bifásico com uma segunda etapa em que o acusado é levado a plenário para que seja julgado pelo corpo de jurados. Se adotado o entendimento esposado na Súmula 21, poderá o acusado ser mantido preso indefinidamente, à espera de seu julgamento na fase do *judicium causae*.

Nesse sentido, Badaró¹⁸⁰ sublinha que o procedimento do júri somente termina com o julgamento em plenário, e não com a decisão de pronúncia. Pronunciado o acusado, terá fim apenas a primeira fase do processo, mas não todo o processo. Assim sendo, não há por que excluir do cômputo do prazo razoável toda a segunda fase do procedimento do júri. Sendo assim, o termo final do direito à razoável duração do processo, no procedimento do júri, deverá ser o fim da sessão de julgamento pelo Tribunal Popular.

O próprio Superior Tribunal de Justiça atenuou o âmbito de aplicação da Súmula 21 e em casos excepcionais reconheceu o excesso de prazo da prisão preventiva e o constrangimento ilegal, mesmo ultrapassada a fase de pronúncia no Habeas Corpus nº 228.226-SP e Habeas Corpus nº 112026 AL¹⁸¹.

¹⁷⁹ Ib. Idem.

¹⁸⁰ Ob. Cit. p. 77.

¹⁸¹ Nesse sentido: o excesso de prazo da prisão preventiva do paciente mesmo após a decisão de pronúncia e a aplicação da Súmula 21 foram reconhecidos nos julgamentos dos HC 228.226-SP e HC nº 112.026-AL: Prisão cautelar. Excesso de prazo. Pronúncia. Súmula 21/STJ. A jurisprudência deste Sodalício tem abrandado a orientação da Súmula 21/STJ, pois a manutenção prologada da prisão provisória, sem justificativas fáticas e processuais idôneas, retira-lhe o caráter transitório e

André Nicolitt¹⁸² diz que o prazo jurisprudencial de 81 dias poderia até parecer garantista, por outro lado, o autor diz:

No fundo a construção jurisprudencial de 81 dias era uma falsa ideia de limite na medida em que admitia a manutenção da prisão para além deste prazo diante de inúmeras situações, como a espera de diligências, alegações, sentença, além de permitir o encerramento da instrução após tal período sem configuração de constrangimento diante de alegação de justo motivo. Na realidade, os 81 dias funcionam mais como referencial do que como limite (...).

O critério dos 81 dias tornou-se obsoleto com a promulgação da Lei n. 11.791/2008 que alterou os procedimentos criminais e modificou os prazos para a realização dos atos processuais, que passaram a variar entre 105 e 125 dias, podendo ser ampliados em razão dos incidentes processuais¹⁸³.

Badaró¹⁸⁴ adverte que “ante as mudanças operadas pela Lei n. 11.791/2008, quanto ao procedimento comum não há como continuar aplicando o critério de 81 dias.”.

A Lei n. 11.791/2008 estabeleceu os seguintes limites:

a) no rito comum ordinário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 dias, contados da data do recebimento da denúncia ou queixa (art. 399, § 2º, c/c art. 400);

lança a medida cautelar à borda da definitividade, em franca violação ao princípio da presunção de inocência. (HC 228.226- SP, 6.ª T., v.u., rel. Min. Vasco Della Giustina, 17.04.2012).

PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO. EXCESSO DE PRAZO. PRISÃO HÁ MAIS DE 7 (SETE) ANOS. PRONÚNCIA PROLATADA HÁ 2 (DOIS) ANOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE JULGAMENTO PERANTE O JÚRI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que foi decretada a prisão preventiva dos pacientes por ocasião do recebimento da denúncia, em 09/01/2004, tendo os mesmos permanecido presos durante toda a instrução processual, que só se encerrou quase quatro anos depois. II. Embora não acolhida a alegação de excesso de prazo pela Corte Estadual, a tramitação dos autos já não se apresentava adequada, pois ainda que se ponderasse acerca de eventual complexidade do feito, o mesmo permaneceu paralisado por um ano, com encerramento tardio e sem conclusão das oitivas das testemunhas. III. Independentemente da prolação da decisão de pronúncia e de eventuais percalços no decorrer da instrução processual, restou evidenciado o excesso de prazo desde o início da persecução criminal até a finalização da instrução e também posteriormente à decisão de pronúncia, sem que a defesa tenha concorrido para tanto. IV. Não obstante a prolação da pronúncia, fica afastada a aplicação da Súmula 21/STJ, diante da ausência de qualquer previsão de julgamento perante o Júri Popular, em patente violação ao princípio da razoabilidade. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC: 112.026 AL 2008/0166501-1, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 02/08/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2011).

¹⁸² NICOLIT, André. *Processo Penal Cautelar: Prisão e demais Medidas Cautelares*. cit. p. 45.

¹⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 291.

¹⁸⁴ Ob. Cit. p. 76

b) no rito comum sumário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 dias, contados da data do recebimento da denúncia ou queixa (art. 399, § 2º, c/c art. 531);

c) no rito relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, a primeira fase do procedimento deve encerrar-se no prazo máximo de 90 dias (art. 412).

A lei de drogas estabelece um procedimento especial, devendo-se observar nos cálculos que a audiência deve ser realizada em 30 dias após o recebimento da denúncia, salvo se houver necessidade de realizar exame de dependência, caso em que passará para 90 dias (art. 56, parágrafo 2º, da Lei n. 11.343/2006). Além disso, o inquérito tem prazo maior, variando de 30 a 90 dias (art. 51).

Aury Lopes Junior¹⁸⁵ adverte que tais marcos podem ser utilizados como indicativos do excesso de prazo da prisão preventiva, no entanto não existem sanções aos prazos estabelecidos. Gerando, portanto, um grande risco de ineficácia. Dessa forma, não existe concretamente nada em termo de limite temporal para as prisões preventivas. O autor¹⁸⁶ diz, ainda, que é chegado o momento de serem canceladas as Súmulas 52 e 21 do Superior Tribunal de Justiça, pois são incompatíveis o direito de ser julgado em prazo razoável.

Em termos legislativos, uma primeira iniciativa de limitação temporal da prisão preventiva foi efetuada por meio da edição da Lei n. 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), que em seu artigo 8º estabelecia o prazo máximo de duração da prisão provisória, dos crimes definidos naquela lei, era de 180 dias.

Inicialmente, a lei foi elaborada com o fim de dar maior rigidez ao tratamento dessa modalidade de criminalidade, pois o prazo de 180 dias teve como referência o critério doutrinário e jurisprudencial dos 81 dias. Por outro lado, acabou por ser benéfica aos réus, pois, enfim, o legislador estipulou expressamente um marco de duração máxima da prisão preventiva para toda persecução penal, que deveria ser aplicado por analogia a qualquer procedimento.

¹⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. cit., p. 593.

¹⁸⁶ Id. Ibid. p. 594.

Dessa maneira, ante a previsão legal de duração da prisão preventiva para qualquer espécie de crime, era aplicado por analogia aos demais procedimentos o limite instituído na Lei de Crimes Organizados.

Entretanto, após um ano da promulgação da Lei do Crime Organizado, a Lei n. 9.303/1996¹⁸⁷ modificou o seu artigo 8º e excluiu a previsão de duração de 180 dias para a prisão preventiva, substituindo por 81 dias para encerramento somente da instrução de réu preso. Tratou-se, na verdade, de incorporação à legislação da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça, que excluía as fases de prolação da sentença e de julgamento de eventual recurso do prazo da prisão preventiva.

Em 2013, sobreveio a Lei nº 12.850 que revogou a Lei n. 9.034/1995 e definiu o conceito de organização criminosa, disciplinando meios de prova, infrações e procedimento e estabeleceu o prazo máximo de cento e vinte dias para o encerramento da instrução, quando o réu estiver preso, prazo prorrogável por até igual período por decisão motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu (art. 22, parágrafo único¹⁸⁸).

Nesse sentido, a nova Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) alterou o prazo de 81 para 120 dias, podendo ser prorrogado por igual período. Nicolitt¹⁸⁹ diz que será este o novo norte de duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos até o encerramento da instrução processual penal, enquanto permanecer a inércia do poder legislativo para determinar a adoção de marcos expressos no demais procedimentos.

Aury Lopes Junior¹⁹⁰ diz que durante a tramitação do Projeto de Lei 4.208/2001, que deu origem à Lei 12.403/2011, houve a tentativa de inserção do artigo 315-A no texto do Código de Processo Penal. Esse dispositivo previa o prazo máximo de duração da prisão preventiva em 180 dias, em cada grau de jurisdição,

¹⁸⁷ Art. 1º O art. 8º da [Lei nº 9.034, de 3 maio de 1995](#), passa a vigorar com a seguinte redação: "[Art. 8º](#) O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto."

¹⁸⁸ Artigo 20. Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

¹⁸⁹ Ob. Cit. 77.

¹⁹⁰ Ob. Cit. p. 37.

“exceto quando o investigado tiver dado causa à demora”. Entretanto, tal previsão foi vetada no texto final da Lei 12.403/2011 e o problema histórico da duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro não foi resolvido.

O mesmo autor ¹⁹¹diz que perdeu-se uma grande oportunidade de resolver esse problema de falta de definição em lei da duração da prisão cautelar e também da imposição de uma sanção processual em caso de excesso, tal como soltura do preso cautelarmente.

Assim, ante a permanência da lacuna legislativa sobre a estipulação de marcos temporais para a duração da prisão preventiva na ordem jurídica pátria, os paradigmas adotados analogamente tornaram-se mera referência para se avaliar se a medida tornou-se excessiva, pois não há qualquer sanção processual de aplicação imediata para o descumprimento dos tais 81 dias ou, mais recentemente, 120 dias, ao contrário do que ocorre com a prisão temporária, conforme exposto.

4.4.1. Critérios Adotados pelos tribunais pátrios para aferir a Duração Razoável da Prisão Provisória.

O valor dos bens jurídicos, principalmente a liberdade, envolvidos no processo penal impõe uma efetiva busca no sentido de evitar a excessiva duração do processo e, por muito mais razão, a prisão cautelar.

É importante dizer que este capítulo aborda primordialmente os processos penais e prisões cautelares o que demanda algumas considerações adicionais em relação aos critérios adotados no Tribunal Europeu Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, infere-se os critérios adotados para conceituar a razoável duração para limitar o tempo da prisão provisória, ao passo que as Cortes Internacionais citadas avaliam o excesso de prazo para fins de fixação de indenização patrimonial.

A agressão imposta ao cidadão que se encontra preso em razão da atividade persecutória é de tal forma violenta que qualquer excesso de prazo causa estragos de difícil ou impossível reparação.

¹⁹¹ Ob. Cit. p. 41.

A duração prolongada da prisão processual é análoga à perenidade da memória punitiva de que fala Ost¹⁹², em que castigar significa, antes de tudo, recordar. No entanto, não é papel do processo penal castigar o acusado e a indeterminação da prisão cautelar apenas indicia que o processo penal brasileiro peca em ser instrumento para veicular garantias.

É certo que o processo e muito menos a prisão cautelar não deve ter dilações indevidas. Por outro lado, no dizer de Nicollit¹⁹³, o intento de celeridade não pode se afastar das garantias da ampla defesa e do contraditório, não sendo tarefa fácil a busca desse equilíbrio e isso marca com traços peculiares a questão do tempo no processo penal.

Não há como negar a importância da celeridade no processo e na obtenção das decisões judiciais quando se fala em duração razoável. Entretanto, o processo deve durar o tempo necessário para que haja uma prestação jurisdicional de qualidade.

Diante da opção legislativa de não estipular prazos de duração da prisão preventiva, foi, então, consolidada internamente a teoria do não prazo, também denominada teoria da razoabilidade¹⁹⁴.

A autoridade judiciária, pelo menos em tese, deve se basear na norma contida no artigo 316 do Código de Processo Penal¹⁹⁵, no sentido que a manutenção da prisão preventiva somente se justifica enquanto a situação de *periculum libertatis* estiver presente no caso concreto. Por isso que os prazos da prisão preventiva devem ser analisados em cada caso.

No entanto, não raramente, a análise da efetiva presença de perigo para o regular desenvolvimento do processo esbarra em critérios subjetivos da autoridade e a prisão preventiva é prolongada além do razoável.

Evidente assim a necessidade imperiosa de adotar critérios para medir a razoabilidade da duração do processo e da prisão cautelar, sendo inegável a

¹⁹² OST, François. El tiempo del derecho, Buenos Aires: Siglo XXI, 2005, p. 100.

¹⁹³ Ob. Cit. p. 69.

¹⁹⁴ Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró, cit. p. 39

¹⁹⁵ Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

importância da influência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, principalmente o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Nesse sentido importante o entendimento de Frederico Koehler¹⁹⁶:

Entendemos que o modelo criado pela jurisprudência da corte europeia ao longo de décadas é de fato bastante avançado, sendo de inestimável valia a sua adoção no Brasil.

Tal classificação é seguida dentre várias outras, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte de Cassação da Itália, pelo Tribunal Constitucional da Espanha, e, em geral, por todos os tribunais que apreciam a matéria, tamanha é a influência atingida pelo TEDH. A propósito, esse é um dos exemplos em que resta bem demonstrada a crescente importância do papel dos tribunais supranacionais na integração interestatal e entre culturas diversas. Como se vê, o papel da integração exercido pela Corte Europeia ultrapassou, há muito, as barreiras desse continente e espalhou-se livremente mundo afora.

Aury Lopes Junior¹⁹⁷, ao invés de critérios, fala em referenciais e defende a inclusão do princípio da razoabilidade:

Em síntese, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição adotou a doutrina do não prazo, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos. Nessa vagueza, cremos que quatro deverão ser os referenciais adotados pelos tribunais brasileiros, a exemplo do que já acontece nos TEDH e na CADH:

- complexidade do caso;
- atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora;
- a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc.);
- princípio da razoabilidade.

Ainda não é o modelo mais adequado, mas, enquanto não se tem claros limites temporais por parte da legislação interna, já representa uma grande evolução.

Nesse trabalho defende-se que a razoabilidade da prisão provisória é aferida com análise de três critérios. Os critérios adotados pelo Tribunal Europeu Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, serviram de base para elaboração pela doutrina nacional e jurisprudência dos tribunais superiores pátrios dos três parâmetros para averiguação da razoabilidade da prisão cautelar no caso concreto, quais sejam: comportamento processual do acusado e

¹⁹⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como Paradigma Para A Concretização do Conceito de Razoável Duração do Processo*. Direito Federal. Revista da Ajufe. Ano 28 – número 95, 2º Semestre de 2015. São Paulo: Letras Jurídicas. 2015, p. 113.

¹⁹⁷ Ob. Cit. p. 82.

da defesa, a complexidade da causa ou mais precisamente da instrução processual e a conduta das autoridades envolvidas na causa.

Os critérios foram elaborados pelo esforço de se buscar uma racionalidade e no sentido de dar uma coerência na interpretação da razoabilidade fugindo, assim, da arbitrariedade e da exclusiva discricionariedade das autoridades judiciais.

É importante destacar que os critérios devem ser vistos, ponderados e apreciados em conjunto, valorando-se a importância de cada um na análise dos casos concretos. Diante disso, passa-se a comentar cada critério.

4.4.2. O comportamento processual do acusado e de sua defesa

O comportamento da processual do acusado e de sua defesa refere-se à atuação daquele que se encontra submetido a uma acusação penal ou a uma prisão preventiva.

No processo penal, diferentemente do que ocorre no processo civil, deve ser oferecido como garantia do indivíduo as mesmas condições oferecidas à acusação, no sentido de limitar eventuais abusos estatais no exercício da pretensão punitiva. Nesse sentido, o acusado deve dispor de todos os meios legítimos disponíveis pelo ordenamento jurídico para se defender da sua acusação.

O fato é que as partes no processo penal poderão utilizar legitimamente todos os meios que o ordenamento jurídico põe a sua disposição. A preocupação e o respeito as garantias da ampla defesa e do contraditório deve ser constante, no sentido de que qualquer iniciativa durante o prosseguimento do processo penal não constitui fator de reprovação ao se valorar a atitude do interessado quanto estas atitudes resultem congruentes com a finalidade do processo penal. O que se tenta evitar é o comportamento abusivo das partes.

Importante reproduzir as considerações de Fauzi Hassan Choukr¹⁹⁸ sobre o assunto:

Outra situação que demonstra o invejável apego do processo penal brasileiro ao modelo inquisitivo é a não consideração de excesso de prazo a demora causada por diligências defensivas'. Aqui a defesa é vista como

¹⁹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Temas de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.48.

um obstáculo ao andamento processual célere do Estado – cuja jurisdição imputa a ela uma demora que é sua, pois todos os atos processuais são oficiais. Não há diligências que devam ser produzidas pela parte, mas todas pelo Estado. Ora, se a diligência é procrastinatória (e muitas vezes pode ser o caso), deve a produção daquele meio de prova não ser admitida quando requerida. Se requerida e admitida, cumpre ao Estado, e não à parte, efetivá-la. Neste diapasão a demora não é causada pela defesa, mas pela ineficiência estatal.

Pedidos de realização de diligências e perícias complexas, expedição de cartas precatórias ou rogatórias para a realização de oitiva de testemunhas, anulação da sentença de pronúncia¹⁹⁹ e a interposição de recursos são decorrências das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e não podem ser interpretadas em desfavor do acusado. O direito ao silêncio também não pode gerar prejuízos ao imputado.

Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró²⁰⁰ lecionam que o acusado tem o direito de se quedar inerte, não colaborando na produção de provas contra si mesmo, por força da garantia do *nemo tenetur se detegere*²⁰¹.

Igualmente, não se pode atribuir a culpa pela demora para a conclusão do processo em virtude de anulação de algum ato processual, pois ao Judiciário é imputada a responsabilidade pela regularidade dos atos processuais.

Sobre a atuação do imputado e de sua defesa assim comenta Nereu José Giacomolli²⁰²:

No processo penal, o imputado e a defesa não possuem encargos nem vínculos de colaboração ativa com a acusação e com os agentes oficiais (atividade cooperativa), de modo ativo, em face da necessidade de ser preservado o estado de inocência e ampla defesa. Contudo, a conduta impeditiva (negativa) do normal desenvolvimento dos trâmites processuais e da prestação da tutela jurisdicional efetiva há de ser considerada na aferição da existência ou não de dilações indevidas.

(...)

A utilização pela defesa de todos os meios impugnativos previstos no ordenamento jurídico, recursos ou ações autônomas de impugnação, são instrumentos legais disponibilizados, motivo por que não podem ser considerados como metodologia contributiva do julgamento do processo em um prazo razoável.

¹⁹⁹ Nesse sentido: HC 457.856/BA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 21/08/2018, DJe 28/08/2018.

²⁰⁰ Ob. cit., p. 64

²⁰¹ Nesse sentido: STF, HC 99289, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23/06/2009, DJ de 04/08/2011.

²⁰² Ob. Cit., p. 383.

O mais amplo direito de defesa do acusado não deve ser tolhido e para isso o mesmo precisa dispor do tempo e meios necessários para preparação e efetivação da sua defesa. No entanto, na contramão desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 64 cujo teor “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Referida súmula não faz distinção entre o normal e legítimo uso do direito de defesa com o abuso do direito de defesa que pretende somente tumultuar e ou procrastinar o processo penal. O que gera equívocos na sua interpretação.

A questão a ser avaliada a partir deste critério em análise é definir se houve conduta indevida do acusado e de sua defesa que tenham contribuído para a demora excessiva do processo. É necessário demonstrar onde o direito de defesa tenha sido ilegitimamente exercido, ocasionando produção de provas inúteis, assim como diligências protelatórias e abusivas²⁰³.

No devido processo legal, apenas quando for evidenciada a má-fé no uso abusivo do direito de defesa é que se pode dar razão ao entendimento jurisprudencial contido na Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça.

Presume-se legítima a atuação da defesa, como resultado da garantia da ampla defesa.²⁰⁴ Por esta razão, eventual má-fé no comportamento desta não pode ser extraída com base em um ato isolado. A atuação da defesa precisa ser analisada em seu todo, de molde a se verifica se houve, ou não, o intuito deliberado de atrapalhar o regular desenvolvimento do procedimento no caso concreto.

Frederico Koehler²⁰⁵ entende que desde que faça para assegurar o direito perseguido em juízo, a parte não pode ser penalizada por utilizar de todos os meios de defesa e recurso cabíveis no ordenamento jurídico. O que deve ser sancionado é o intuito protelatório e o abuso de direito.

²⁰³ GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ e AURY LOBES JÚNIOR (*Direito ao processo penal no prazo razoável*, cit., p. 65) citam “a propositura de um processo conexo ou prejudicial temerário; uso de recursos com fim meramente protelatório; frequente mudança de domicílio, retardando intimações; troca constante de defensores e a recusa dos defensores oferecidos pelo Estado”, com a ressalva de que as mudanças de domicílio não se aplicam ao indivíduo preso, por razões óbvias.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Ob. Cit. p. 122.

Diante disso, é necessário concluir que a conduta da defesa apenas pode ser levada em consideração, para a análise sobre a demora do processo, se manifestamente abusiva, claramente protelatória.

4.4.3. A complexidade do caso

A complexidade da causa é um dos principais fatores que provocam dilação no procedimento, assim como é uma das causas a que mais se recorre para justificar o prolongamento da instrução e, conseqüentemente, da prisão preventiva.²⁰⁶

A complexidade pode ser de ordem objetiva ou subjetiva. A complexidade objetiva é aquela que diz respeito às dificuldades relativas ao objeto do processo, ou seja, ao tipo de crime ou dos fatos submetidos à apreciação da Justiça, enquanto a complexidade subjetiva refere-se aos sujeitos envolvidos no processo, especialmente o número de acusados, vítimas ou testemunhas.

Nesse sentido Jose Nereu Giacomolli²⁰⁷ leciona que:

A complexidade do caso, tão aventada como justificativa à demora processual comporta delimitação objetiva e subjetiva. *Prima facie*, a complexidade de um caso resulta na concatenação de vários fatores e elementos, de tal modo a alterar a normalidade da situação processual, tornando-a difícil porque exige a potenciação de energia para resolvê-lo. Assim, não é uma única situação ou conteúdo de um ato processual que afirmará a complexidade, mas um conjunto de situações qualificadas (necessidade de realização de perícia, por si só, não implica complexidade e tampouco a expedição de carta precatória., v.g.).

A natureza do crime pode ser considerada como um indicativo de complexidade, pois altera o tipo do procedimento a ser adotado para a sua apuração, que pode ser mais ou menos amplo e, assim, demandar mais ou menos tempo para a sua conclusão.

Os crimes de menor potencial ofensivo em regra, não necessitam de muitas fases procedimentais para o seu julgamento. Os crimes dolosos contra vida que, por outro lado, demandam um procedimento mais amplo e, portanto, mais demorado.

²⁰⁶ Nesse sentido: HC 133.580, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 30/03/2016, e HC 88.399, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 13/04/2007

²⁰⁷ Ob. Cit. p. 382.

Não podendo esquecer dos crimes relacionados ao tráfico de drogas, pois a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) possui um procedimento penal especial em relação ao Código de Processo Penal. O art. 48 da Lei de Drogas prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, demonstrando a prioridade do procedimento previsto naquela lei especial.

Um dos pontos diferentes do procedimento da Lei de Drogas em relação ao procedimento do CPP é o momento da apresentação da defesa escrita, pois o art. 55 dispõe que: “Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”.

Outro ponto importante a destacar na Lei de Drogas é que caso for determinada a realização de avaliação de dependência de drogas do acusado, a audiência de instrução e julgamento se realizará 90 (noventa) dias após o recebimento da denúncia²⁰⁸. Assim como o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado²⁰⁹.

Por outro lado, é importante também realizar a diferença entre complexidade fática e complexidade jurídica, pois somente a primeira tem o condão de justificar a manutenção da prisão preventiva.

A complexidade jurídica demanda um trabalho de interpretação de normas por parte do julgador, que não pode se debruçar sobre a causa por tempo indeterminado, até mesmo porque, consoante o brocardo latino, *iura novit curia*.

A complexidade fática a justificar o prolongamento da instrução e da prisão preventiva decorre da natureza dos fatos apurados que, de fato, demande mais tempo para a sua averiguação. Segundo entendimento adotado pelos tribunais superiores, a alegação de violação ao prazo razoável da prisão preventiva é afastada nos casos de: delitos de maior complexidade na sua apuração, tais como os que envolvem criminalidade organizada²¹⁰; grande quantidade de crimes

²⁰⁸ Art. 56. § 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

²⁰⁹ Nesse sentido; Eresp n.º 1.544.057/RJ.

²¹⁰ Nesse sentido: (HC 480.080/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019).

apurados; vários réus envolvidos²¹¹; condutas cometidas em mais de um estado da Federação.

No mesmo sentido a complexidade fática também pode ser inferida de causas processuais, pela realização de perícias, oitiva de grande número de testemunhas, expedição de cartas precatórias ou rogatórias, ou pela necessidade de traduções.

Por outro lado, não se encontra justificada a demora na prestação jurisdicional, uma vez que a causa não é complexa, contendo apenas um agente. Não há falar em razoabilidade na prisão cautelar do paciente que se encontra custodiado, há 1 ano meio, aguardando a devida prestação jurisdicional, tendo apenas havido recebimento da denúncia²¹².

Sobre a natureza do crime cometido, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já admitia o relaxamento de prisão preventiva em razão do excesso de prazo até mesmo para os crimes hediondos, considerados de maior gravidade na tutela penal. Isso é o que se depreende do teor da Súmula 697:

A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

Importante esclarecer que a Súmula 697, mesmo não tendo sido revogada, encontra-se superada pela jurisprudência do STF, no que se refere à proibição em abstrato da concessão de liberdade provisória, mesmo nos crimes hediondos, de modo que a autoridade judiciária deve se basear nos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal para averiguar a necessidade da manutenção em cárcere do imputado²¹³.

4.4.4. O comportamento das autoridades envolvidas

Por fim, o último dos critérios refere-se à atividade das autoridades envolvidas ao longo da persecução penal, principalmente do Poder Judiciário.

²¹¹ Nesse sentido: (HC 143502, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 16/10/2018, DJe-248 22/11/2018).

²¹² Nesse sentido: (HC 466.843/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018).

²¹³ Nesse sentido, é o julgado pelo Pleno do STF no HC 104.339/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10/05/2012. (“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006”).

Trata-se da causa de dilação indevida do processo eminentemente motivada pelo Estado, personificado na pessoa da autoridade judicial.

André Nicollit²¹⁴ argumenta que tal critério pode ser analisado tanto sob a ótica da má condução do processo feita pelo magistrado, quanto da insuficiente estrutura fornecida pelo Estado, Gustavo Badaró e Aury Lopes Junior²¹⁵ dizem também que é um problema atinente ao Poder Executivo.

Se o acusado que responde a processo preso tem o direito a que seja dada preferência ao julgamento da sua causa, isso implica que a autoridade judiciária dê maior celeridade ao trâmite de tais processos. Afinal, segundo o artigo 7o.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, “toda pessoa presa (...) tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade”.

Desta forma, cumpre ao juiz, no exercício do seu poder de disciplina, cuidar para que o processo tenha sua marcha regular e evitar dilações indevidas que prolonguem a prisão preventiva injustificadamente.

Uma questão merece atenção especial é em relação ao tempos mortos na realidade presente nas varas criminais, em que atividades burocráticas causam o retardo de infindáveis processos e se caracterizam pelas pilhas de autos acumuladas em cartórios ou gabinetes. O problema nesse caso é de estrutura e de organização, e cabe ao Estado tomar as providências cabíveis para saneamento de tais problemas, implementando mecanismos de racionalização e informatização da máquina judiciária, sob pena de ser responsabilizado objetivamente pelo desrespeito à garantia ao processo em um tempo razoável. Em razão dessa deficiência, o Estado brasileiro foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Ximenes Lopes, de 2006474.

Os tribunais superiores pátrios têm reconhecido que a prisão preventiva se tornou excessiva em casos em que a demora na conclusão da instrução deu-se por motivos ocasionados pelo Estado. A redesignação de audiências em virtude de greve dos servidores do tribunal foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça como causa de atraso na condução de processo, razão pela qual a prisão preventiva que durava mais de dois anos foi considerada abusiva e,

²¹⁴ Ob. Cit. p. 77.

²¹⁵ Ob. Cit. p. 68.

consequentemente, foi relaxada. Assim como, o mesmo tribunal reconheceu o excesso de prazo da prisão preventiva em caso em que a demora foi atribuída às deficiências estruturais da comarca.

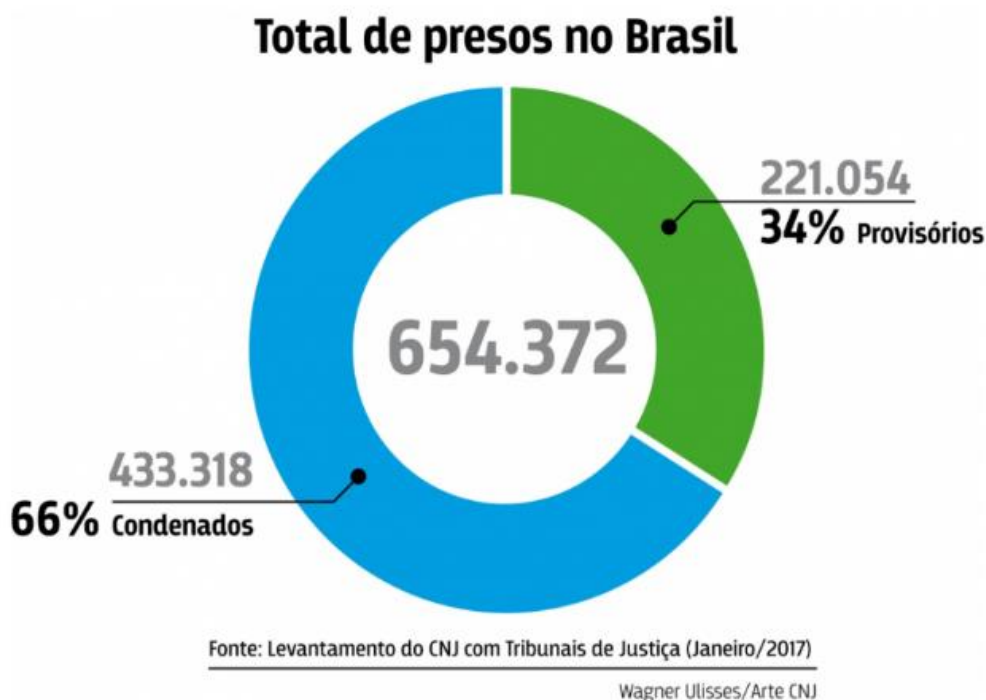
O Ministério Público também pode dar ensejo a dilações indevidas ao longo do processo, pois este órgão é ao mesmo tempo parte do processo e fiscal da correta aplicação da justiça, podendo assim ocasionar o prolongamento excessivo da persecução penal. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a demora na conclusão de laudo pericial requerido pela acusação levou ao excesso da duração da prisão preventiva, não havendo qualquer causa para a dilação indevida ser atribuível à defesa.

No mesmo sentido, o STF, ao reconhecer a demora de mais três anos no julgamento de recurso interposto exclusivamente pelo Ministério Público, também já relaxou prisão preventiva por excesso de prazo.²¹⁶

²¹⁶ Nesse Sentido: Habeas Corpus nº 142.177 Rio Grande do Sul Relator: Min. Celso De Mello.

5. A DURAÇÃO RAZOAVEL DO PROCESO NA 4ª VECUTE

O Brasil tem a 3.^a maior população carcerária do mundo, sendo que 34% dos presos são provisórios, o que equivale a 221 mil pessoas mantidas presas antes de serem julgadas. É importante dizer que os presos aqui considerados são aqueles que estão presos por força de decisão judicial de decretação prisão preventiva e recolhidos em estabelecimentos prisionais próprias do Estado²¹⁷.



Os crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos provisórios; crime de roubo, 26%; homicídio, 13%; crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, 8%; furto, 7%; e receptação, 4%.²¹⁸

²¹⁷ <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>.

²¹⁸ Idem.

PERCENTUAL DE PRESOS PROVISÓRIOS POR TIPO DE CRIME PRATICADO

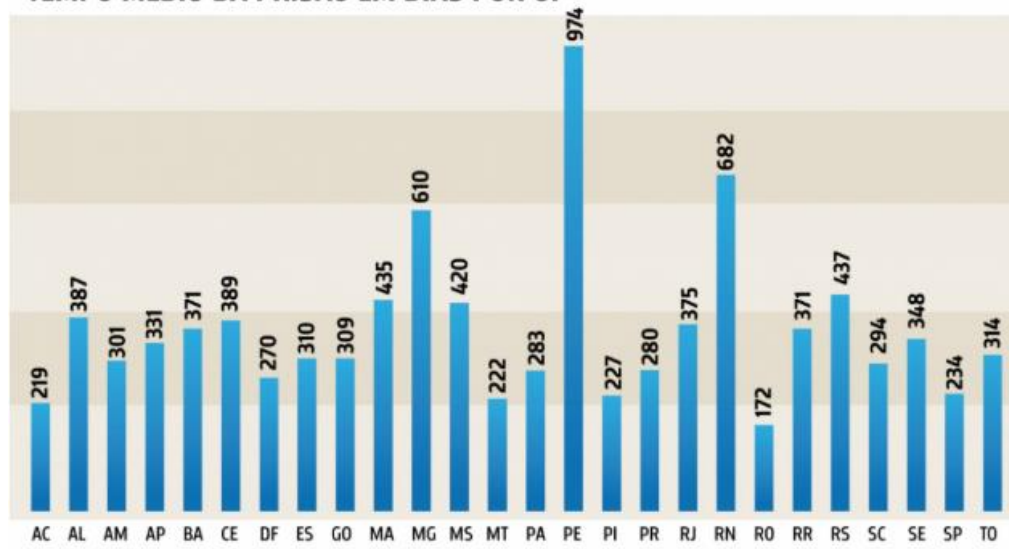


Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

O tempo médio de duração da prisão provisória varia de Estado para Estado, sendo que Amazonas o tempo médio de prisão, segundo dados do CNJ, é 301 dias.

TEMPO MÉDIO DA PRISÃO EM DIAS POR UF



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (jan./17)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

No Estado do Amazonas esse índice de presos provisórios é de mais 60% segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional²¹⁹.

²¹⁹ http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf

UF	População prisional	Taxa de aprisionamento	Vagas no sistema prisional	Taxa de ocupação	Total de presos sem condenação	% de presos sem condenação
AC	5.364	656,8	3.143	170,7%	1.989	37,1%
AL	6.957	207,1	2.845	244,5%	2.588	37,2%
AM	11.390	284,6	2.354	483,9%	7.337	64,4%
AP	2.680	342,6	1.388	193,1%	628	23,4%
BA	15.294	100,1	6.831	223,9%	8.901	58,2%
CE	34.566	385,6	11.179	309,2%	22.741	65,8%
DF	15.194	510,3	7.229	210,2%	3.651	24,0%
ES	19.413	488,5	13.417	144,7%	8.210	42,3%
GO	16.917	252,6	7.150	236,6%	6.828	40,4%
MA	8.835	127,0	5.293	166,9%	5.177	58,6%
MG	68.354	325,5	36.556	187,0%	39.536	57,8%
MS	18.688	696,7	7.731	241,7%	6.058	32,4%
MT	10.362	313,5	6.369	162,7%	5.436	52,5%
PA	14.212	171,8	8.489	167,4%	6.860	48,3%
PB	11.377	284,5	5.241	217,1%	4.798	42,2%
PE	34.556	367,2	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PI	4.032	125,6	2.363	170,6%	2.217	55,0%
PR	51.700	459,9	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RJ	50.219	301,9	28.443	176,6%	20.141	40,1%
RN	8.809	253,5	4.265	206,5%	2.969	33,7%
RO	10.832	606,1	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RR	2.339	454,9	1.198	195,2%	1.033	44,2%
RS	33.868	300,1	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SC	21.472	310,7	13.870	154,8%	7.627	35,5%
SE	5.316	234,6	2.251	236,2%	3.461	65,1%
SP	240.061	536,5	131.159	183,0%	75.862	31,6%
TO	3.468	226,2	1.982	175,0%	1.368	39,4%
União	437	-	832	52,5%	119	27,2%
Total	726.712	352,6	368.049	197,4%	292.450	40,2%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Esses números causam enorme perplexidade por diversos motivos. Em primeiro lugar, de um ponto de vista estritamente legal, trata-se de uma afronta a garantia da razoável duração do processo assim como a princípios constitucionais como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Da mesma forma, diversos são os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que vão na mesma linha, definindo que a privação de liberdade durante o processo deve ser a exceção e não a regra. Trata-se, portanto, de um uso abusivo da prisão provisória.

Para verificar se há aplicação do que dispõem as normas que disciplinam o uso da prisão provisória, foi realizada pesquisa na 4ª Vara de Crimes e Uso e Tráfico de Entorpecentes sobre o uso da prisão provisória na criminalização das Drogas.

O Objetivo da pesquisa é verificar se a garantia da duração razoável do processo está sendo respeitado quando há prisões provisórias na criminalização das drogas, bem como se há mecanismos que favorecem ou dificultam a observância do princípio. Para atingir esse objetivo, foi realizada pesquisa documental na 4ª Vara de Crimes e Uso e Tráfico de Entorpecentes sobre o uso da prisão provisória na criminalização das Drogas. O trabalho resultou na análise de

254 sentenças prolatadas no ano de 2018 de casos relacionados ao tráfico de drogas.

O órgão judicial foi escolhido devido ao fato de que crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais possuem pessoas presas provisoriamente, segundo dados do CNJ. Foram também observados fatores que viabilizassem a logística da pesquisa, como a disponibilização de informações nos bancos de dados do tribunal e a facilidade de localização dos processos judiciais. Considerou-se que os processos sentenciados no período de 2018 representa uma realidade recente e, ao mesmo tempo, suficiente para contemplar processos já concluídos.

É importante dizer que todos os processos relacionados a crimes de drogas da Comarca da Capital são distribuídos por sorteio de forma equânime e processados nas 4 (quatro) Varas Criminais Especializadas aos Crimes Tráfico e Drogas, resultando em mesmo número de processos distribuídos em cada um destes órgãos judiciais. Sendo assim, para obtenção de um resultado satisfatório para efeito de pesquisa do presente trabalho, não se fez necessário pesquisar em todas as varas criminais citadas, sendo suficiente a pesquisa somente em uma. No mesmo sentido, a facilidade de se obter dados informatizados, por ser a última vara desta competência a ser criada, assim como de obter acesso aos autos dos processos foram fatores determinantes para a seleção desta vara contemplada na pesquisa.

Para identificar o universo da pesquisa documental foram solicitadas toda a relação de todos os processos sentenciados no ano de 2018 que foram distribuídos para a 4ª VECUTE. Nesta relação inicial, não constava qual de tipo de sentença tinha sido exarada. Por isso, constaram deste recolhimento inicial todos os feitos que atendiam ao ano de 2018.

A partir desta análise inicial, foram identificados os processos que continham julgamento com análise de mérito, qual sejam, sentenças absolutórias e condenatórias, sendo excluídas as sentenças cujo conteúdo eram sentenças de extinção de punibilidade previstas no artigo 107 do CPB, sendo que a grande maioria destas sentenças de extinção são as previstas no inciso I do artigo citado, qual seja, morte do agente. Também foram excluídas sentenças de arquivamento de inquérito policial.

Dos processos concluídos com sentenças com julgamento de mérito foram analisadas somente os processos em que tiveram auto de prisão em flagrante, sendo mais uma vez excluídas os processos em que não houve prisão em flagrante e no qual o inquérito policial foi instaurado por portaria ou requisição ministerial.

Para cálculo do tempo de prisão provisória dos processos analisados teve-se como data inicial o dia da lavratura do auto de prisão flagrante pelo autoridade policial. Sendo que a data final do cálculo da prisão provisória para fins de análise deste trabalho teve como base três atos processuais: data do cumprimento do alvará de soltura da decisão que concedeu a liberdade ao réu, data da remoção para prisão domiciliar da decisão judicial que concedeu a medida cautelar de prisão domiciliar ao acusado e, por último, a data da publicação da sentença para os réus que permaneceram presos durante o processo. O tempo de prisão foi calculado em dias com base na diferença a data do auto de prisão em flagrante até a data de um dos três últimos eventos citados.

Todos esses atos processuais foram pesquisados nos processos judiciais através do sistema virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas através do Sistema de Automação da Justiça - SAJ PG5.

Nesse sentido, ao longo deste capítulo, pretende-se verificar se os requisitos previstos no direito brasileiro e nos instrumentos internacionais de direitos humanos que disciplinam o uso da prisão provisória são cumpridos nos casos de crimes relacionados ao tráfico de drogas no órgão judicial pesquisado. Para tanto, os dados serão confrontados com os seguintes princípios que reagem a prisão provisória: a) controle judicial; b) excepcionalidade; c) limitação temporal do cumprimento da medida (razoabilidade); d) exigência de provas da materialidade e autoria do crime; e) proporcionalidade; f) finalidade instrumental e g) provisoriedade.

5.1. O EXCESSO DE PRAZO NA LEI DE DROGAS

O tema excesso na forma da culpa continua presente na Lei de Drogas. As variáveis são muitas prevista nesta lei: duplicação de prazo para encerramento de inquérito policial, diligências determinadas pelo juiz antes de recebimento da

denúncia, instauração de incidente de dependência toxicológica, sentença fora da audiência (no prazo de dez dias).²²⁰

Existem 12 (doze) prazos distintos a serem considerados quando da análise do alegado excesso de prazo. Sendo possível ocorrer 16 (dezesesseis) prazo diferentes.

Em recente decisão o STJ julgou que para os procedimentos de rito especial da Lei 11.343/06, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é pacífico e a instrução criminal pode se prolongar por até 180 dias caso o réu se encontre preso.²²¹ Assim também decidiram os Tribunais de Justiça do Estado Amazonas e Minas Gerais²²².

A jurisprudência do STF é no sentido de que o constrangimento ilegal por excesso de prazo somente pode ser reconhecido quando a demora é injustificável, devendo ser adotados critérios de razoabilidade no exame do constrangimento ilegal.²²³

Por outro lado, os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz do Princípio da Razoabilidade.²²⁴

Nesse sentido, os prazos previstos na lei de drogas servem apenas como parâmetro para verificação do excesso prazo na prisão, pois variam de acordo com cada caso concreto o exame do constrangimento ilegal.

²²⁰ GOMES, Luiz Flavio. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006, p. 241.

²²¹ Nesse sentido: STJ HC 447690 Relator(a) Ministra Maria Thereza De Assis Moura, DJe 03/08/2018.

²²² Nesse sentido: TJ-AM HC 4002205-24.2015.8.04.0000 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal; Data do Julgamento: 26/07/2015; Data de Publicação: 27/07/2015); TJ-MG HC 1.0701.09.288090-8/001. REL: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 02/02/2010, Data de Publicação 23/02/2010.

²²³ Nesse sentido: STF HC 130.439 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/05/2016, Processo Eletrônico DJe-116 DIVULG 06-06-2016 Public 07-06-2016.

²²⁴ Nesse sentido: STJ HC 227352 Relator(a) Ministra Laurita Vaz, DJe 09/12/2011.

5.2. PRISÃO PROVISÓRIA NA 4ª VECUTE

5.2.1. Insuficiência de controle judicial

No Brasil, são previstos diversos mecanismos de controle judicial da prisão provisória, como o *habeas corpus*, exigência de decisões judiciais motivadas, a imediata comunicação da prisão decorrente do flagrante do juiz competente e a audiência de custódia. Na presente pesquisa, o mecanismo que merece mais atenção é o do controle da prisão decorrente de flagrante e a sua conversão em prisão preventiva. Uma vez que 92% dos casos analisados a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, a despeito do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal que prevê uma série de medidas cautelares diversas da prisão, como se demonstra na tabela 01:

PRISÕES EM FLAGRANTE CONVERTIDAS EM PRISÕES PREVENTIVAS	
PRISÕES EM FLAGRANTE	PORCENTAGEM (%)
CONVERTIDAS	92%
NÃO CONVERTIDAS	8%

Fonte: TJ/AM

Elaboração própria

A tabela demonstra que mais de 92% das prisões em flagrante são convertidas em prisões preventiva.²²⁵

Como se observa, a prisão provisória (preventiva) ocorreu em mais de 90% dos casos. Em face dessa realidade, podemos concluir que a prisão provisória é regra na criminalização do tráfico de drogas, mesmo quando o acusado não possua antecedentes criminais e a quantidade de drogas apreendida seja pequena, o percentual de aplicação da prisão provisória é bastante elevado, considerando-se que a medida deve ser utilizada apenas em casos extremos ou *ultima ratio*.

No Brasil, a pessoa que é flagrada praticando crime é autuada e levada para a prisão, exceto nos casos de crimes de menor potencial ofensivo ou de crimes

²²⁵ Desde o dia da prisão em flagrante até o dia de cumprimento efetivo do alvará de soltura nas unidades prisionais ou liberação na própria audiência de custódia são no mínimo 2 dias. Nesta pesquisa leva-se conta que a partir do momento que a pessoa foi presa em flagrante já conta como um dia de prisão, não importando a hora em foi realizado a prisão. Assim quando o flagranteado é levado dentro de 24 horas a audiência de custódia e quando for liberado provisoriamente ou relaxada a sua prisão até o cumprimento do alvará de soltura conta-se mais um dia.

punidos com pena de até 4 anos²²⁶, quando há pagamento de fiança arbitrada pela autoridade potencial (critérios que não alcançam o crimes de tráfico de drogas).

A prisão deve ser comunicada em vinte e quatro horas para a autoridade judicial competente, assim como o preso em flagrante deve ser apresentado ao juiz na audiência de custódia, oportunidade em que será analisado se o flagrante observou as formalidades legais e se estão presentes os requisitos exigidos para a existência da prisão cautelar.

Nesta audiência em que serão ouvidos os flagranteados há também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. O juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Sendo importante dizer que no Estado do Amazonas a audiência de custódia foi implantada no ano de 2015²²⁷, estando em funcionando atualmente.

Os dados apresentados mostram que os autos de prisão em flagrante resultaram em prisão preventiva após a comunicação à autoridade judicial na quase totalidade dos casos.

Essa realidade indica que quando o juiz é comunicado da existência do flagrante a regra é manter a prisão, o que nos leva a concluir que o controle do flagrante realizado pelo Poder Judiciário, é meramente formal.

Em face do exposto, podemos concluir que embora existam mecanismos para o controle judicial da prisão provisória na criminalização do tráfico de drogas, o principal instrumento de controle sobre a necessidade da prisão cautelar – a audiência de custódia na prisão decorrente do flagrante – é praticamente um ato formal do poder judiciário para conversão em prisão preventiva.

5.2.2. Excesso de prazo

O Excesso de prazo e a limitação temporal do cumprimento da prisão provisória (razoabilidade), pode ser analisada por meio da tabela 02, que

²²⁶ Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

²²⁷ Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

demonstram a duração das prisões decorrentes do flagrante e das preventivas cumpridas.

PORCENTAGEM DE PRESOS PROVISÓRIOS	
TEMPO PRISÃO PROVISÓRIA (DIAS)	PORCENTAGEM (%)
ATÉ 180 DIAS	44%
MAIS DE 180 DIAS	56%

Fonte: TJ/AM

Elaboração própria

Observa-se que mais de 56% das prisões provisórias duram mais de 180 dias, extrapolando o parâmetro utilizado na jurisprudência dominante do tempo como o máximo de tempo que a prisão provisória deve durar.

Já a exigência de provas da materialidade e autoria do crime é um dos requisitos obedecidos nos casos de tráfico de drogas. Nesta pesquisa, a totalidade das prisões decorre do flagrante, que traz indícios fortes de autoria e provas da materialidade do delito. Entretanto, observa-se que há um alto índice de pessoas absolvidas e que o tempo médio de prisão provisória nos casos de absolvição é bastante elevado, como se observa nas tabelas 03.

TEMPO MÉDIO DE PRISÃO POR TIPO DE SENTENÇA	
TIPO SENTENÇA	TEMPO MÉDIO (DIAS)
ABSOLUTÓRIA	192
DESCCLASSIFICATORIA	140
CONDENATORIA	251

Fonte: TJ/AM

Elaboração própria

Na criminalização do tráfico de drogas dos casos analisados nesta pesquisa, não há como legitimar os excessos sob o argumento da complexidade do caso. Pois os crimes analisados são crimes de simples apuração, pois são casos em que houve flagrante, quando a instrução do feito é facilitada pela apreensão do bem, laudo de constatação, pela concentração da prova em depoimentos de

testemunhas próprias do autos de flagrante e interrogatório do réu em audiência única e pelo laudo definitivo da drogas.

Como se vê, há recorrentes casos de pessoas absolvidas, sendo muito significativo o tempo médio de prisão. Os réus absolvidos ficaram presos provisoriamente por vários dias, realidade que evidencia a gravidade do uso da prisão provisória, que provoca o encarceramento de inocentes por prazo tão irrazoável. Não se podendo imaginar indenização capaz de reparar os danos físicos, morais e psíquicos causados a esses réus. Na tabela 04 mostra-se a porcentagem de presos provisórios absolvidos e condenados.

PORCENTAGEM DE PRESOS ABSOLVIDOS / CONDENADOS	
TIPO SENTENÇA	%
ABSOLUTÓRIA	21,67%
CONDENATORIAS	78,33%

Fonte: TJ/AM

Elaboração própria

Como se observa a prisão provisória ocorreu em mais de 21% dos casos em que o réu foi absolvido. Em face dessa realidade conclui-se que a prisão provisória aplicada aos réus absolvidos tem um índice alto e que o princípio da presunção da não-culpabilidade não está sendo observado.

5.2.3. Desproporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, que exige correlação entre a pena aplicada e a prisão provisória, pode ser analisado a partir das tabelas abaixo.

Na tabela 05 se observa que dos processos concluídos em que houve aplicação de pena, existe uma desproporção entre a pena aplicada e a prisão provisória.

TEMPO MÉDIO DE PRISÃO PROVISÓRIA POR TIPO DE REGIME DE EXECUÇÃO DE PENA	
REGIME PRISIONAL	TEMPO MÉDIO (DIAS)
ABERTO	164
SEMI-ABERTO	297
FECHADO	317

Fonte: TJ/AM

Elaboração própria

É importante dizer que na totalidade dos casos pesquisados os condenados à pena de até 4 anos em regime aberto, as penas privativas de liberdade foram convertidas em penas restritivas de direitos.

Como pode se observar a realidade, evidencia o alto índice de pessoas presas provisoriamente em casos que terminam com medida diversa da prisão. Réus que deveriam cumprir toda a pena em liberdade ficam presos por vários dias, muitas vezes por vários meses e em alguns casos aproxima-se até de um ano.

Por outro lado, é importante dizer que mesmo que não houvesse a substituição da pena privativa liberdade pela pena restritiva de direitos nos casos da presente pesquisa, em Manaus a casa do albergado foi desativada. Não há casa de albergado e o regime aberto é convertido em prisão domiciliar, ou seja, a situação desses réus se igualaria à dos que foram condenados à pena restritiva de direitos ou à suspensão condicional da pena.

O regime aberto deveria ser cumprido em casa de albergado, que tem características bastante distintas do estabelecimento prisional em que se cumpre a prisão provisória. Conforme prevê o Código Penal, no regime aberto o condenado trabalha, estuda ou exerce outras atividades fora do estabelecimento e sem a vigilância dos estabelecimentos em que os presos provisórios são recolhidos, que se assemelham mais aos destinados a presos condenados ao regime fechado²²⁸.

Em relação regime semiaberto, no ano de 2017 a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado Amazonas desativou o Colônia Agrícola do

²²⁸ Segundo o Ministério da Justiça, a cadeia pública, um dos estabelecimentos prisionais que se destinam ao alojamento de presos provisórios, é sempre de segurança máxima, equivalente aos estabelecimentos destinados aos condenados a regime fechado (www.mj.gov.br/depen).

COMPAJ na cidade de Manaus. Sendo que todos os presos em cumprimento de pena em regime semiaberto deveriam cumprir pena em regime domiciliar com monitoração eletrônica através de tornozeleira. O tempo de pena do condenado em regime semiaberto varia de mais de 4 anos até 8 anos que após condenados deveriam cumprir pena na moldes acima expostos, no entanto ficam presos provisoriamente durante vários meses.

Em verdade, a detenção provisória apresenta condições de cumprimento mais graves até que o regime fechado. A precariedade da decisão e a suposta finalidade instrumental da medida geram uma série de consequências práticas para o detento: era muito comum ser recolhidos em delegacias de polícia, em que as condições costumam ser extremamente desumanas. Não há reconhecimento de qualquer benefício, como possibilidade de estudo e trabalho fora do ambiente penitenciário (ambos possíveis para o regime aberto e semiaberto, como também para alguns casos de fechado), nem há permissão para o preso passar, por exemplo, feriados com a família, como ocorre nas condenações definitivas.

Essa situação de indefinição é também fator de grande inquietação e sofrimento para o preso, que não tem conhecimento quanto ao tempo que passará na prisão. Essa realidade, por si só, já demonstra desproporcionalidade entre a prisão provisória e a pena definitiva. Mas, se considerarmos simplesmente o tempo de prisão, a situação permanece grave.

Como se vê, na grande maioria dos casos pesquisados ocorre a desproporção entre a pena aplicada e a prisão provisória, seja porque na maioria dos casos não resultam em privação de liberdade, porque o regime aplicado seria menos severo ou porque a pena privativa de liberdade aplicada na condenação seria executada em tempo inferior ao que o réu permaneceu recluso provisoriamente.

5.2.4. Antecipação de pena

A partir dos dados expostos na tabela pode-se também analisar se há observância ao princípio da finalidade instrumental da prisão provisória.

Verifica-se que a média de tempo da prisão cresce gradualmente para os casos de pena no regime aberto, semiaberto e fechado. Este fato indica que no momento de decidir sobre o pedido de liberdade provisória, o juiz faz projeção sobre o regime a ser aplicado no caso concreto, de forma que o réu com chances de ser condenado aos regimes mais graves dificilmente é liberado antes da sentença condenatória. Esse fato evidencia que a prisão provisória na criminalização das drogas antecipa a sanção penal.

Observe-se, ainda, que o tempo medido na pesquisa não considerou a possibilidade de o réu ter continuado preso após a sentença de condenação, durante o processamento de eventual recurso. A projeção do regime a ser cumprido pelo réu é realizada considerando-se especialmente a existência de reincidência, em face do que dispõe o artigo 33 do Código Penal.

Pode-se concluir, assim, que a prisão provisória na crimes relacionados a drogas estudados tem caráter de antecipação da pena e não de garantia da instrumentalidade processual.

Se o motivo da prisão do réu não está relacionado à garantia do processo, não há como, durante o cumprimento da medida restritiva, verificar se os requisitos configuradores dessa situação continuam presentes. Assim, se a prisão não é motivada pela necessidade, fica prejudicada a análise do princípio da provisoriedade.

Verifica-se, assim, que há violação sistemática dos princípios que regem a prisão provisória em todas as prisões pesquisadas. É importante observar que o panorama do uso da prisão provisória identificado nesta pesquisa coincide com o dados fornecidos pelo CNJ e DEPEN.

5.2.5. A armadilha do flagrante

O flagrante mostrou-se o principal motivo para a existência da prisão provisória. Agora, o que se passa a demonstrar é que ele também exerce grande

influência para que haja violação ao princípio da presunção de inocência na criminalização das drogas.

Uma vez ocorrido o flagrante, o réu é levado ao cárcere e sua prisão é comunicada imediatamente ao juiz. Como a legislação não permite o arbitramento de fiança na delegacia de polícia, o autuado permanece preso até que seja expedido alvará de soltura pelo juiz competente. Assim independentemente da necessidade da prisão, se a pessoa não for liberada na audiência de custódia as pessoas permanecem presas por dias ou meses, à espera de uma decisão judicial que avalie a necessidade de sua prisão.

Essa conclusão pode ser inferida dos seguintes dados. Foi demonstrado no tópico acima que ocorreu a conversão da prisão em flagrante em preventiva em mais 90% dos casos pesquisados. Entretanto, o percentual de réus que permaneceram presos até a sentença é significativamente inferior. Quando os réus permanecem presos até o final do processo significa que existiu alguma manifestação expressa do juiz sobre a necessidade da manutenção da prisão.

Durante a instrução, há grandes chances de que tenha existido pedido de liberdade provisória. No momento do interrogatório, das audiências, quando a defensoria pública teve acesso aos autos, quando o advogado particular foi contratado. Enfim, se algum réu ficou preso até a sentença é porque o juiz assim decidiu ou houve impetração de Habeas Corpus perante o Tribunal de justiça na qual este não concedeu a ordem de liberdade.

Se a pessoa foi liberada antes do final do processo, poderia ter sido posta imediatamente em liberdade. Como explicado no tópico acima, o flagrante gera de forma automática a prisão.

Consequentemente, a pessoa que deveria ser liberada no momento do controle judicial do flagrante na audiência de custódia, apenas será libertada quando o Juiz é provocado ou por outro motivo decide analisar a necessidade da prisão. O que pode ocorrer, por exemplo, quando há novamente contato pessoal com o réu no interrogatório ou em audiências).

No entanto, não se pode afirmar que não existe o controle judicial do flagrante ou que ele não efetivo, pois todas as prisões em flagrante onde houve a tipificação pelo artigo 33 combinado ou não com outros artigos, principalmente o

artigo 35 da lei no 11.343/06, houveram controle judicial, mormente a partir de da implantação das audiências de custódia em 2015.

O que explica a existência de prisões com duração de mais de dois dias não é a inércia judicial, a falta de uma análise efetiva sobre a necessidade da prisão ou a ausência de um pedido formal de liberdade provisória.

Pessoas que deveriam ser imediatamente liberadas permanecem encarceradas após a análise judicial.

Assim, casos em que a apreciação rápida do judiciário geraria a imediata soltura do réu são postergados porque se confundem com as outras diversas demandas administrativas que se acumulam nas varas judiciais, e findam por deixar custodiados aqueles que já poderiam ter recebido o alvará de soltura.

A rotina das órgãos judiciais não contempla a necessidade de tutelar imediatamente o direito individual do réu preso em flagrante por tráfico de drogas. A obediência a procedimentos e formalismos cega os operadores do sistema para a realidade cotidiana de violação ao princípio da presunção de inocência.

A observação dos casos em que a prisão foi mantida mesmo após análise sobre sua necessidade demonstra que a existência do flagrante aumenta a probabilidade de que, ao apreciar o caso, o juiz reconheça a presença dos requisitos que justificam a manutenção da prisão e rejeite o pedido de liberdade provisória. Ou seja, quando o réu está preso em razão do flagrante existe uma tendência maior a que ele seja mantido custodiado, em se comparando com os casos em que não houve flagrante, mesmo após uma avaliação judicial sobre a necessidade de sua manutenção.

Nos casos de flagrante, não é necessária uma análise mais detida dos autos quando a prisão preventiva é decretada sem prisão em flagrante, onde é necessária representação do Ministério Público ou da Polícia que devem apontar onde estão os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, geralmente obtidas através de investigação.

No caso da prisão flagrante, a materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, geralmente já estão presentes e cabe ao juiz analisar se deve ser mantida, convertendo em prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória com ou sem medidas cautelares diversas da prisão. Neste caso, a análise se

inverte e recai mais sobre a pessoa do réu – se é reincidente, se tem domicílio certo, se tem profissão – que sobre circunstâncias que provem a necessidade da prisão, ou seja as circunstâncias pessoais do preso ganham bastante relevância.

Se a realidade dos réus que permanecem presos por inércia dos órgãos judiciais revela uma das facetas do abuso da prisão provisória nos crimes relacionados às drogas, a análise dos casos em que decisões judiciais mantiveram formalmente a prisão decorrente do flagrante também revela um mecanismo estrutural que leva a uma violação sistemática da garantia da duração razoável do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da razoável duração do processo em verdade é corolário da cláusula do devido processo legal, assim antes mesmo de ser positivado em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional 45/2004, implicitamente já consistia em mandamento a ser seguido pelas autoridades constituídas brasileiras responsáveis pelo trâmite de processos administrativos e judiciais.

Com a aprovação da emenda, o aludido princípio passa tão somente a ser mais facilmente visualizado, contudo já se poderia entender a razoável duração do processo um consectário do devido processo legal. Pois, um processo devido é aquele que garante a ampla defesa, o contraditório, possui um juiz imparcial, é adequado do direito material que visa resolver, mas que igualmente possui uma duração razoável. A garantia tem um conteúdo direcionado à atividade jurisdicional, que deve ser efetivada em um lapso de tempo adequado e ajustado à realidade, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotaram a teoria dos três critérios para determinar no caso concreto o prazo razoável da duração do processo, quais sejam: complexidade do caso, a atividade processual do interessado (imputado) e a conduta das autoridades judiciárias.

Esses três critérios têm sido sistematicamente invocados, tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para inferir se a garantia em questão foi ou não violada no caso concreto.

No presente trabalho, verificou-se que é possível ter consequências que vão além da responsabilização civil quando a garantia do razoável duração do processo é violado. No processo penal, por força da relevância do bem jurídico em questão, a indenização por vezes não será satisfatória.

Nesse sentido, na doutrina estrangeira as soluções sugeridas para a violação do direito na esfera penal têm sido muito variadas, tais como: aplicação de indulto; liberdade condicional; não execução da pena; redução da pena; aplicação

de atenuante, remissão condicional da pena, reconhecimento de nulidade e prescrição.

No Brasil, a doutrina traz algumas soluções compensatórias no processo penal: Relaxamento de Prisão em caso de réu preso; Prescrição; Perempção; Perdão Judicial; Julgamento no Estado do Processo; Extinção do Processo sem julgamento do mérito; Absolvição e Atenuante Genérica - Art. 66 do CPB.

As medidas cautelares penais que atingem a liberdade individual, principalmente a prisão provisória, devem ser fixado prazo máximo para sua duração. Isto porque se trata de uma intervenção estatal na liberdade individual e como já dito é mais grave do que a própria prisão pena, pois nesta última houve atuação jurisdicional exaustiva com contraditório e ampla defesa, coberta pelo trânsito em julgado.

No âmbito das cautelares, o juízo é de mera probabilidade, na maioria absoluta das vezes decide-se sem ouvir o requerido. Não se pode olvidar ainda que, na realidade brasileira, as instituições que acolhem os presos provisórios são, em regra, mais indignas do que as destinadas aos condenados. Estes ainda podem ter progressão e regimes diferenciados enquanto a prisão cautelar é sempre em regime fechado.

Se por um lado não pode o legislador fixar um prazo máximo para a duração do processo porque este deve ser aferido em cada caso concreto, por outro deve fixar um prazo máximo para a prisão provisória e para as demais medidas cautelares, pois o princípio da legalidade não poderia atuar para a providência final (adstrito a um máximo de pena fixado pelo legislador) e ser desconsiderado para a providência provisória (cautelar).

Lamentavelmente a Lei 12.403/2011 não definiu os prazos de duração das medidas cautelares, diferentemente do que pretende o PL 156 (projeto de novo CPP), em trâmite no Congresso Nacional. A falta de previsão representa uma grave omissão legislativa, principalmente em relação aos prazos das prisões processuais e, por ora, deve ser suprida pela doutrina e jurisprudência.

No trabalho demonstrou-se que nos caso analisados a violação dos diversos aspectos que decorrem da razoável duração do processo em prisões

provisórias aplicadas na criminalização das drogas ocorreram na grande maioria dos casos.

O controle judicial da prisão provisória é realizado principalmente na prisão em flagrante com criação das audiências de custódia. A excepcionalidade da prisão cautelar não é obedecida, já que em ocorre prisão em mais de 90% dos casos analisados.

A razoabilidade também não é observada, já que em mais de 50% por cento dos casos as prisões duram mais que os 180 dias previstos pela legislação brasileira. Na pesquisa verifica-se que a prisão não tem finalidade instrumental, ou seja, os motivos que influenciam na existência da prisão não são a garantia da ordem pública e da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a necessidade de assegurar a instrução criminal, mas a medida consiste em verdadeira antecipação da aplicação da sanção penal.

O que se revela muito grave é que a proporcionalidade entre a futura sanção e a medida cautelar não é observada, já que mais de 50% dos casos de criminalização das drogas em que houve prisão provisória resultam em uma pena em regime semiaberto ou em penas em regime aberto que, nos caso pesquisados, são convertidas em medidas alternativas à pena de prisão. Foi possível observar que há mecanismos estruturais que levam à violação sistemática do princípio da presunção de inocência.

Da forma como o sistema penal está estruturado, a possibilidade de a prisão provisória ocorrer na criminalização das drogas com violação aos seus princípios norteadores é muito grande, em especial quando se trata de réus que se enquadram no perfil de vulnerabilidade perante o sistema penal e nas localidades em que o controle judicial do flagrante não é efetivo. Os autores de crimes relacionados às drogas, em especial os que são flagrados praticando o ato, têm pouco poder de resistência ao sistema penal e encontram-se entre os setores mais vulneráveis à sua operacionalização seletiva, porque se enquadram no estereótipo de criminosos.

A prática de permitir a existência automática da prisão provisória sempre que há auto de prisão em flagrante, induz ao uso ilegítimo da prisão provisória por dois motivos principais. O primeiro deles é que muitas pessoas permanecem presas

por inércia, ou seja, por simples falta de apreciação judicial sobre a necessidade da manutenção da prisão. Assim, muitas pessoas permanecem presas de semanas a meses. O segundo é que, após o controle judicial, se ocorreu o flagrante, sendo este homologados, os juízes têm maior tendência de converter a prisão em preventiva, principalmente se for preso em áreas de periferias.

Ao ser flagrada portando ou, simplesmente, estar em lugares considerados pontos de vendas drogas, a pessoa é presumivelmente considerada traficante e, nesse caso, imediatamente levada ao cárcere, mesmo que haja grande chance de que sua condenação seja diferente da pena privativa de liberdade, ou seja, absolvida, principalmente por falta de provas.

Se por esse novo motivo for processada, terá maior probabilidade de permanecer presa provisoriamente durante toda a instrução e de ser condenada a uma pena privativa de liberdade. Quando se verifica a lógica estrutural do sistema penal para quem pratica os crimes de tráfico de drogas, observa-se o quanto o sistema reforça a criminalização desses agentes e acaba retroalimentando o estereótipo criminal. As pessoas que no imaginário popular são as que mais praticam delitos acabam sendo aquelas mais presentes no sistema carcerário.

Observa-se que há mecanismos que exercem influência significativa na redução dos índices de violação do direito à razoável duração do processo na criminalização das drogas. O mais eficiente é o controle judicial efetivo da prisão decorrente do flagrante logo após sua comunicação ao juiz competente. A criação das audiências de custódia deveria ser um meio bastante eficiente, no entanto a pesquisa revelou que mais 90% das flagrantes foram convertidas em prisões preventivas.

A celeridade e observância dos prazos processuais também contribuem para reduzir a violação dos princípios que regem a prisão provisória. A razoabilidade e a proporcionalidade estariam mais bem guardadas se a celeridade processual e a prática do relaxamento da prisão no caso de excesso de prazo fossem mais bem observadas. Estes dois mecanismos – controle judicial da necessidade e da razoabilidade da prisão provisória – não solucionam definitivamente o problema do uso indiscriminado da custódia cautelar na criminalização das drogas, mas reduzem a patamares menos graves a violação a garantia da razoável duração do processo.

Porém, a manutenção da prisão provisória, por decisão influenciada pela ideologia da defesa social e impulsionada pela existência da prisão em flagrante, ainda é um problema que persiste mesmo quando esses mecanismos são adotados.

Outro fato importante é que problemas estruturais do Estado não são suficientes para justificar a demora na prestação jurisdicional, é dever do próprio Estado, inclusive do Poder Judiciário prestar um serviço digno.

Por outro lado, os estudos indicam que a reforma na legislação processual que permitisse um procedimento mais célere para aqueles réus presos provisórios denunciados por tráfico de drogas, mas que se inserissem nas condições do parágrafo 4º do artigo 35 da lei de drogas²²⁹, impediria a existência de muitas prisões indevida por excesso de prazo. Uma reforma no procedimento da lei de drogas teria grande eficiência para a redução dos índices de réus presos provisoriamente por tráfico privilegiado.

A redução dos índices de violação da duração razoável do processo e do princípio da presunção de inocência pelo sistema penal na criminalização das drogas é uma meta que pode ser atingida, se houver um esforço dos órgãos judiciais nesse sentido, do mesmo, uma reforma legislativa garantindo procedimentos mais céleres sem perder de foco a garantia da ampla defesa e do contraditório. Enquanto esses fatos não se operam, a razoável duração do processo na prisão provisória continuará fazendo parte do discurso enquanto a realidade cada vez mais apresentará a antecipação da pena como regra.

²²⁹ Art. 33. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Thiago Bottino do. **A Súmula Vinculante Vincula? Um Estudo da Eficiência da Súmula Vinculante 24.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 143/2018, Maio / 2018 DTR\2018\12749.
- ARRUDA, Samuel Miranda, *Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo.* Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 3ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Direito Processual Penal*, tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável.* 2ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* vol. 58. p. 29-173. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2007.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* Parte Geral 1. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 18. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp> >. Acesso em: 19 dez. 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 4ª edição editora Coimbra Almedina, ano 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Temas de direito e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 30ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas.* 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Jus Podvium, 2018.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- FONSECA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: cases da Corte*

Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3ª edição. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

_____. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403/11*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 32-34.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais - comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

HAMILTON, Sergio Demoro. *A Razoável Duração do Processo e seus Reflexos no Processo penal*. In: LIMA, Polastri Marcellus; SANTIAGO, Nestor Eduardo Arauna. (Cordenadores). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988. Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

JOBIM, Marcos Félix. *Direito à Razoável Duração do Processo: Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia da Intempestividade Processual*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *A Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como Paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo*. Direito Federal. Revista da Ajufe. Ano 28 – número 95, 2º Semestre de 2015. São Paulo: Letras Jurídicas. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Prisões cautelares*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

LOPES, Dimas Ferreira. *Celeridade do processo como garantia constitucional – estudo histórico comparativo: constituições brasileira e espanhola*. In: FIUZA, César (Org.). **direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. "O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988". RePro 85/175 (DTR\1997\82)-180, São Paulo: RT, jan.-mar. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDEIRO; Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: *Garantias constitucionais do processo civil*, 1ª edição. Coord. Jose Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, n. 18, Jun. 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas: Millenium, 2009, v. 4. p.53.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, v. 1, n. 13, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. **Novo CPC e o Recurso Extraordinário**. *Revista de Processo*, vol. 261/2016, p. 263 – 279, Nov / 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

NICOLLIT, André. *A Duração Razoável do Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2014.

_____. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. 2016.

_____. *Processo Penal Cautelar: Prisão e demais Medidas Cautelares*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. RT, 2ª ed. 2011.

_____.
PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. A Reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

PASTOR, Daniel Roberto. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad Hoc. 2009.

PINTO, Ana Luíza. *A Celeridade no Processo Penal: O Direito à Decisão em Prazo Razoável*. Ed. Coimbra. 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Marcelo Terra. Tempestividade da prestação jurisdicional como direito fundamental. In: Teixeira, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luiz Antônio. **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da, Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos 2ª Ed. Lumens Juris, Rio de Janeiro, 2014.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86. São Paulo: Ed. RT. set./out. 2010.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3ª. Ed. Belo Horizonte, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45-04**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. Lenza, Pedro. Alarcon, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do Judiciário Analisada e Comentada**. 1ª Edição. Editora Método, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Manual de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. *Garantia Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Garantia da Prestação Jurisdicional sem Dilações Indevidas como Corolário do Devido Processo Legal. *Revista de Processo*, a.17, n. 66, abril-junho de 1992.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª Edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *O Direito nas Sociedades Primitivas*. In: _____. (Org.). *Fundamentos da História do Direito*. 4a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v.1

LEGISLAÇÕES

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em nov/2018.

BRASIL. Decreto Legislativo de 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em

São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992> > Acesso em nov/2018.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Congreso de los Disputados. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=> > 2 Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view> > Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm Acesso em: 02 de abril de 2018.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. In European Court of Human Rights. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em: 02 de abril de 2018.

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Governo Italiano. Governo Italiano. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html> Acesso em: 10 de novembro de 2018.