

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DOS PASSOS FILHO

**AS PRÁTICAS EXTENSIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA E CARTA CONSTITUCIONAL VIGENTE**

**ARACAJU
2017**

JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DOS PASSOS FILHO

**AS PRÁTICAS EXTENSIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA E CARTA CONSTITUCIONAL VIGENTE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

**ARACAJU
2017**

P289p PASSOS FILHO, José Antônio Gonçalves dos

As Práticas Extensivas da Prisão Preventiva no Brasil: uma análise das garantias fundamentais do cidadão à luz da convenção americana e carta constitucional vigente / José Antônio Gonçalves dos Passos Filho. Aracaju, 2017. 63 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

1. Prisão Preventiva 2. Princípios 3. Razoabilidade
4. CADH 5. Dignidade I. TÍTULO.

CDU 343.126; 343.852 (813.7)

JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DOS PASSOS FILHO

**AS PRÁTICAS EXTENSIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA E CARTA CONSTITUCIONAL VIGENTE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. Ivis Melo de Souza
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais José Passos e Ivone Passos, e
minha esposa Alessandra Passos, pela
compreensão e incentivo na conquista deste
sonho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, minha fortaleza e refúgio, que não me deixou desistir diante dos obstáculos e dificuldades, fazendo-me acreditar que eu era capaz de concluir mais essa etapa, a ti a minha eterna gratidão.

Aos meus queridos Mestres pelos ensinamentos durante esses cinco anos de curso, sem a contribuição de vocês nada disso seria possível.

Aos professores Antonina Gallotti e Fernando Ferreira, por terem me ensinado a construir um projeto científico culminando nesta monografia.

De forma especial quero agradecer ao meu mestre e orientador, professor Dr. Ermelino Costa Cerqueira, que me recebeu como orientando com todo carinho e atenção, serei eternamente grato por toda a sua contribuição para esta conquista. Sou fã incondicional da sua sabedoria, do seu talento e determinação em tudo o que faz, da humildade e respeito com que trata as pessoas, enfim sou grato a Deus por te me concedido a oportunidade de ser seu aluno e orientando.

Aos meus colegas que compartilharam diversos momentos sejam de alegria, tristeza e/ou desespero nos dias de prova. Obrigado por todo companheirismo, incentivo e amizade.

Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.

(Carl Jung)

RESUMO

A previsão da prisão preventiva está tipificada nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro. Com o advento da lei n.º 12.403 de 04 de maio de 2011, a prisão preventiva se apresenta como a *extrema ratio*, última e significativa faculdade só alcançada se as demais medidas cautelares não se apresentaram aptas ou simplesmente insuficientes. Há uma absoluta imprecisão no processo penal brasileiro acerca do prazo de duração da prisão preventiva, que assume limites de verdadeira pena antecipada. A natureza cautelar deveria revelar a particularidade da provisoriedade, finda por trazer para si um caráter de verdadeira prisão definitiva onde diversos abusos, constrangimentos e injustiças vêm sendo cometidos em visível violação não só ao princípio da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5.º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, § 5º). Observa-se, neste sentido, que o presente trabalho teve como objetivo analisar as práticas extensivas da prisão preventiva no Brasil à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Constituição Brasileira. Para tanto, a metodologia foi definida utilizando-se o método dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa pela qual foram selecionadas e analisadas fontes, tais como: legislações específicas pertinentes ao tema, livros de diversos doutrinadores e jurisprudências. Pretende-se que esta pesquisa contribua para maior reflexão e ampliação dos debates por parte da Sociedade e Estado.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Princípios. Razoabilidade. CADH. Dignidade

ABSTRACT

Pretrial detention is defined in accordance with article 312 of the Brazilian Code of Criminal Procedure. With the advent of Law n.º 12.403 of May 04, 2011, preventive detention is presented as the extreme ratio, the last and significant faculty only achieved if the other precautionary measures were not adequate or simply insufficient. There is an absolute imprecision in Brazilian Criminal procedure regarding the duration of the preventive, which assumes limits of true anticipated penalty. The precautionary nature should reveal the particularity of the provisionality, which ends by bringing to itself a definitive true prison character where various abuses, constraints and injustices have been committed in a visible violation not only of the principle of the presumption of innocence and dignity of the human person, but also the right to a reasonable length of time, expressly provided for in the Federal Constitution (article 5, LXXVIII) and the American Convention on Human Rights (Decree 678/92, article 7, paragraph 5). It is observed, in this sense, the present work had as objective to analyze the extensive practices of the preventive custody in Brazil in light of the American Convention of Human Rights and of the Brazilian Constitution. For this, the methodology was defined using the deductive method, through a bibliographical research, of a qualitative nature by which sources were selected and analyzed, such as: specific legislations pertinent to the topic, books of several doctrinators and jurisprudence. It is intended that this research contributes to a greater reflection and amplification of the debates by the Society and State.

Keywords: Preventive Detention Principles. Reasonability. CADH. Dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APF – Auto de Prisão em Flagrante

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Des. – Desembargador

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ORIGEM DA PRISÃO (EVOLUÇÃO)	18
2.1	Origem da Prisão Cautelar (Evolução)	20
2.2	Origem da Prisão Preventiva	23
3	DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL	26
3.1	Garantias Gerais e Específicas no Tocante à Liberdade Pessoal, Atinentes ao Momento da Detenção	28
3.2	Direito a Liberdade e a Segurança	28
4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	31
4.1	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	31
4.2	O Princípio da Razoável Duração do Processo	33
4.3	O Princípio Presunção da Inocência	35
5	MEDIDAS CAUTELARES	36
5.1	Da Prisão Preventiva	38
5.1.1	Hipótese de cabimento da prisão preventiva	38
5.1.2	Pressupostos para a prisão preventiva	41
5.1.3	Fundamentação para a determinação da prisão preventiva	42
6	PRISÃO PREVENTIVA, SUA DURAÇÃO E AS PRÁTICAS EXTENSIVAS NA FORMAÇÃO DA CULPA	44
6.1	A Conclusão do Processo Quando o Infrator Estiver Preso e as Leis 11.689/08 e 11.719/08	45
6.1.1	Excesso de prazo, quais as hipóteses permitidas?	46
6.1.2	Excesso de prazo promovido pela defesa	47
6.1.3	Excesso de prazo após a pronúncia ou o encerramento da instrução criminal: mitigação das Súmulas 21 e 52 do STJ	48
6.1.4	Excesso de prazo e aceleração do julgamento	49
6.1.5	Excesso de prazo, relaxamento da prisão e a determinação de uma nova prisão	49
6.1.6	Excesso de prazo e efeito amplo da prisão processual	50
6.1.7	Relaxamento da prisão preventiva e absoluta liberdade	50

7	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE À PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA	52
8	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O aumento da violência é um fenômeno social complexo, que compreende, dentre outras questões, a ausência de direitos fundamentais como direito à vida, ao respeito, à liberdade e à dignidade humana, mas não é um evento distante, do mundo exterior, relaciona-se sobretudo com o nosso país, o Brasil, que é visível em suas desigualdades sociais, falta de moradia, complexidade na saúde e segurança pública, instabilidade econômica financeira, dentre outros.

Esse conjunto de fatores negativos contribui significativamente para as taxas alarmantes da criminalidade. Sabe-se, segundo o IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), que há cifras absurdas do sistema carcerário que merecem oportunamente serem estudadas, mas que, *a priori* nos alimenta com a ideia de reflexão do quão este sistema vem minorando nossos princípios fundamentais. O Brasil possui perspectiva acelerada de crescimento e as políticas públicas têm que acompanhar o ritmo, suprimindo a falta de oportunidade, erradicando a pobreza e, conseqüentemente, o crime.

Corroborando com o pensamento do ex-ministro da Suprema Corte Argentina (2013 a 2014) e, desde 2015, juiz da Corte Interamericana de Direitos humanos Eugênio Raúl Zaffaroni, de que cada país tem o número de presos que decide politicamente ter, o Brasil encabeça um ranking, segundo dados estimados do CNJ (2016), como a terceira força encarceradora de todo o mundo, aproximadamente 646.700 presos e ampliando exponencialmente. Do índice assustador do sistema, somam-se as avaliações precárias pelo Poder Judiciário e sua incapacidade de administrar a prestabilidade das medidas cautelares que na sua maioria das vezes exorbitam no *status libertatis* do preso. O distanciamento dos sagrados princípios consagra o excesso de indivíduos na prisão.

Observa-se no Brasil que quando se trata de excesso de prisão aos reconhecidos como presos provisórios há uma ausência de manifestação da Carta Magna, mas que vem sendo suprida pelos juízes na interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXXV. Outrossim, mobiliza-se o art. 37, § 6º da Carta, que traz a “Teoria do Risco Administrativo” – “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito

privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]”.

Há uma gravidade no excesso da prisão provisória, sobretudo na preventiva. A realidade das prisões e seus fundamentos judiciais se manifesta, por exemplo, no fato de que se tornou comum o juiz, no momento de examinar o pedido de liberdade provisória, fazer uma projeção do regime penal a ser aplicado no caso concreto, optando por manter o réu preso – no que passou a se chamar “antecipação da pena”.

Busca-se catalisar e aprofundar os debates e as reflexões sobre o excesso da prisão preventiva do Brasil envolvendo as Cortes Interamericanas de Direitos Humanos. Ademais, ao elaborar este trabalho, verifica-se se a nova legislação está ou não de acordo com as tendências Internacionais sobre o tema, especialmente da Convenção Americana.

Diante do cenário acima descrito, surgiu a seguinte inquietação: as práticas extensivas do instituto da prisão preventiva no Brasil estão perfeitamente disciplinadas à luz da Convenção Americana dos Direitos Humanos e ordenamento jurídico pátrio de 1988?

Para dirimir a questão e atingir as metas pré-estabelecidas na gestação da presente pesquisa foi necessário propor algumas questões norteadoras, das quais se destacam: o que pensa a doutrina acerca da evolução histórica das prisões processuais? Como se posiciona os direitos humanos sobre a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos? Na prisão preventiva os princípios garantidores dos direitos constitucionais vêm sendo evocados? Quais os aspectos que envolvem os direitos do preso frente à CADH? A Lei nº 12.403/2011, que altera dispositivos do Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, trouxe evolução?

Desta forma, esta pesquisa propôs-se a responder estes questionamentos analisando as garantias fundamentais do cidadão à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Carta Constitucional vigente.

Assim, o objetivo geral do trabalho foi analisar o instituto da prisão preventiva, seus reflexos e repercussões sob a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico pátrio de 1988.

O lastro deste trabalho está voltado aos objetivos específicos quais sejam: relatar a evolução histórica das prisões processuais no Brasil; demonstrar o pensamento sobre os direitos humanos no cenário internacional sob a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos; apresentar os princípios jurídicos constitucionais garantidor do indivíduo; analisar os direitos assegurados ao preso preventivamente frente a Convenção Americana de Direitos Humanos; estudar a prisão processual sobre a ótica da Lei 12.403/2011.

Para tanto, foi necessário definir uma metodologia cuja opção recaiu no método dedutivo já que este parte do macro para o micro, possibilitando a aplicação da norma ao caso concreto, contribuindo, desta forma, para contextualizar e reconstruir a trajetória e evolução da prisão preventiva no Brasil, permitindo uma melhor compreensão dentro de uma dinâmica da realidade fática explicitada na doutrina, jurisprudência, leis e em toda a seara jurídica. Além disso, quanto à natureza, optou-se por uma abordagem qualitativa combinada com a pesquisa bibliográfica, através da qual foram analisadas fontes como: legislações específicas pertinentes ao tema, livros de diversos doutrinadores e jurisprudências.

A presente pesquisa não tem o fim em si mesma, ao contrário espera-se contribuir para uma reflexão sobre a realidade do sistema, mas especificamente, no que diz respeito às práticas extensivas das prisões preventivas no Brasil, no sentido de vislumbrar até que ponto as garantias fundamentais do cidadão, sobretudo, à luz da Convenção Americana de Direitos humanos, estão sendo respeitadas e saber se há um tratamento condizente com o que legislação penal estabelece.

Observa-se ainda, diante do panorama, até que ponto o socorro no direito comparado e na Convenção Americana de Direitos Humanos "CADH" poderá subsidiar, iluminar e melhor interpretar as alterações envolvendo a prisão preventiva, introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, sem se perder de vista o grave problema carcerário brasileiro.

Assim, para uma melhor compreensão sobre o objeto desta pesquisa, a presente monografia foi organizada da seguinte forma:

Inicialmente, de forma introdutória fez-se uma contextualização acerca da criminalidade no Brasil e o excesso da prisão provisória, apresentando a questão central e questões norteadoras, bem como os seus objetivos e aspectos metodológicos.

No segundo capítulo intitulado “Origem da Prisão (Evolução)”, discute-se a evolução histórica da prisão e o pensamento da pena de morte, as penas corporais do período inquisitivo, além de um resgate histórico da prisão cautelar a partir do século XII e o Santo Ofício da inquisição e as ordenações oriundas de Portugal, Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas em 1.603, marcando o berço das prisões cautelares e a concepção da prisão preventiva, com destaque para a excessiva crueldade, a pena capital e os castigos corporais que foram combatidos pelos pensadores da época – Voltaire, Montesquieu e Rousseau.

No terceiro capítulo, com o título “Direitos Humanos e o Direito Internacional”, apresenta-se as garantias no que tange a liberdade pessoal atinente ao momento da detenção.

No quarto capítulo, intitulado “Princípios Constitucionais”, aborda-se o princípio da razoável duração do processo e o princípio da dignidade da pessoa humana, desde a sua previsão nas primeiras constituições brasileiras até o advento da Constituição Federal de 1988, além da sua relevância no cenário internacional com os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

No quinto capítulo, intitulado “Medidas Cautelares”, discute-se as medidas cautelares e suas características para seu parâmetro advindas a partir da Lei n.º 12.403/2011. Aborda-se ainda a prisão preventiva, seus pressupostos, a fundamentação e a revogação da prisão.

O sexto capítulo, intitulado “Prisão Preventiva, sua Duração e as Práticas Extensivas na Formação da Culpa”, versa sobre hipóteses factíveis quanto ao excesso, à ausência de exatidão do prazo da prisão preventiva, abusos e

constrangimentos, numa perceptível violação à natureza provisória da prisão cautelar.

O sétimo capítulo, com o título “A Responsabilidade Civil do Estado Frente à Prisão Cautelar Indevida”, apresenta a análise acerca da responsabilidade do Estado na reparação dos danos ultrajados pela prisão processual.

A guisa da conclusão sintetizou-se todo o exposto, trazendo à baila os vários pontos controvertidos já despontados sobre a Lei nº 12.403/2011.

2 ORIGEM DA PRISÃO (EVOLUÇÃO)

Na antiguidade, não se observa registros que a ausência de liberdade ocorresse como punição penal, embora a mesma história demonstre as circunstâncias dos encarceramentos substanciais, aflitivos, mas em nenhuma circunstância com caráter de pena e sem adstrito a outras razões.

A prisão, no findar do século XVIII e o prelúdio do século XIX, servia apenas e tão somente para resguardar os réus, fisicamente, que aguardavam seus julgamentos e/ou execuções. As prisões eram conhecidas como “Antessala do Suplício” onde a suposta verdade era extraída através da tortura, martírio, agonia e tormento. Portanto, verifica-se que as penas existiam, basicamente, destinadas a penalizar fisicamente o réu, como, a pena de morte, sobretudo, as penas corporais de mutilações, açoites e as infamantes.

[...] a prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão-custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações, etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até receber o perdão real. (BITENCOURT, 2011, p. 32).

No final do século XVIII, o pensamento da pena de morte estava excessivamente tenso. A sua aplicação respaldava estatísticas frustrantes, pois a ampliação gradativa da criminalidade e das tensões sociais exigia, da sociedade, novas formas de aplicabilidade que viessem a proporcionar segurança às classes dominantes.

[...] na Grécia, Platão propunha no livro nono de “As Leis”, o estabelecimento de três tipos de prisão: “uma na praça do mercado”, que servia de custódia, outra denominada “sofonisterium” situada dentro da cidade que servia de correção, e uma terceira destinada ao suplício que possuía a finalidade de amedrontar e deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade. Platão já referenciava as duas possibilidades histórias da privação de liberdade quais sejam, a prisão como pena e a prisão como custódia, esta, como sendo a única forma efetivamente empregada na antiguidade [...]. (BITENCOURT, 2011, p. 29).

Nesse sentido a aliança credor/devedor também mantinha seus termos.

[...] a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava assim o devedor a mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir o crédito [...]. (BITENCOURT, 2011, p. 29).

Eram predeterminados, aos infratores, os ambientes penais mais humilhantes e degradantes tais como calabouços ou ruínas em condições insalubres totalmente abandonados.

A Idade Média caracterizava-se pelo direito ordálico¹. A melhor prova da maldade do homem. Período inquisitivo no qual se deixava a parte a excepcionalidade da prisão cautelar e a prisão preventiva tinha caráter aflitivo para obtenção de confissões forçadas.

A prisão nesse período continuava sendo aplicada àqueles que alcançavam os tormentos mais terríveis, sendo especialmente demandada por um povo insaciável por distrações.

Todas as sanções penais que permeavam a Idade Média estavam sob os desígnios dos governantes, que as estabeleciam de acordo o *status social* a que o infrator estava adstrito. Nesta época, surge a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Os oponentes do poder, real e senhorial, eram recolhidos à prisão Estatal que estabelecia a prisão custódia onde os infratores aguardavam suas execuções, fosse morte, açoite ou até o perdão real.

Como as prisões possuíam, em regra, outras finalidades, sem duvida não apresentavam instalações adequadas, a exemplos da Torre de Londres, a Bastilha de Paris, Los Plomos, porões e lugares lúgubres dos palácios onde eram encarcerados os réus, como o Palácio de Ducal em Veneza, comumente conhecido como Ponte dos Suspiros. (BITENCOURT, 2011, p. 32).

Já a prisão eclesiástica, segundo Bitencourt (2011, p.33), era destinada aos clérigos rebeldes, mas tal pena determinava uma aplicação distinta da prisão de Estado, pois tinha uma ideia de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, ou seja,

¹ Ordália, Ordálio ou Sentença divina (do anglo-saxônico *ordal*=juízo) era um meio de comprovação em litígios particulares e públicos, praticado em quase todas as culturas, especialmente nas indo-germânicas. Foi um meio de prova usada em processos penais em Portugal e na generalidade dos países europeus até o século XIII.

denominava um sentido de absolvição e meditação, neste sentido não eram impostas as populares penas cruéis de suplícios e mutilações.

Bitencourt (2001, p.34) menciona que em uma determinada sala dos mosteiros, os clérigos infratores eram recepcionados para que através de penitência, orações e meditação se arrependessem dos atos praticados, obtendo a correção.

Mesmo com essa forma diferenciada de tratar o infrator é impossível equipará-la à prisão moderna.

Para Bitencourt (2001, p.67) os séculos XVI e XVII foram marcados pela proliferação da pobreza e da miséria, e como consequências, os índices de criminalidade aumentaram significativamente. Tal situação levou o Estado a tratar de maneira mais ofensiva as diversas formas de sanções penais, embora todas elas tenham fracassado frente ao grande número de infratores sem opção.

Observa-se neste momento um movimento na Inglaterra que tentava rediscutir e implementar novas aplicações de penas privativa de liberdade. Esse movimento visiona a construção de prisões disciplinadas modificando totalmente o antigo pensamento das prisões de infratores, baseando-se principalmente no trabalho e disciplina.

Bitencourt (2011, p.39) afirma que como segundo objetivo, e não menos relevante, em virtude do país carecer de mão-de-obra e produção, esse novo formato de prisão visava atingir a questão financeira dos apenados dando-lhes independência com as atividades profissionais desenvolvidas, obtendo com isso, conseqüentemente, a diminuição nas reincidências. Para o período, obtinha-se o sucesso no sistema penal e carcerário, estimulando toda a Europa. Todavia, ainda havia os governantes que confiavam nas sanções penais corporais e capitais. Porém, observava-se indícios do surgimento da pena privativa de liberdade moderna, sobretudo, com a finalidade de recuperar e reformar a delinquência.

2.1 Origem da Prisão Cautelar (Evolução)

O surgimento da prisão cautelar situa-se nos idos do ano de 1595, mais precisamente anterior à denominada *prisão pena* como cumprimento de sentença

condenatória. Tinha como objetivo primordial conter o infrator e garantir a correta aplicação da pena.

O século XII foi abalizado pelo Santo Ofício da Inquisição, referenciada com muito mais constância, a prisão teve sua relevância passando a ser observada como consequência natural da acusação, que subtendia que o infrator teria a sua disposição a “rainha das provas”.

Neste sentido, Ferrajoli alimenta que:

La historia de la prisión cautelar del imputado em espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, em el sentido de que los límites dentro de los que la primera há sido admitida y practcada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedio que, mientras en Roma se llegó a través de diversas alternativas ala totalprohibición de la prisión preventiva, enel Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinário de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad de lcuerpodel acusado como médio para obtener la confesión per tormenta. (FERRAJOLI, 1995, p. 551).

Relevante ressaltar que no período medieval entra em cena a jurisdição canônica, onde a prisão deixa de ser cautelar para ser efetivamente utilizada como submissão aflitiva e tortura, tratava-se de uma condição para que, nas agruras do cárcere o infrator auto se punisse, julgando a si mesmo, exaurindo, assim, a culpa por desrespeitar a ordem divina.

Nos moldes moderno, a prisão aparece por volta do século XVIII. Com a colaboração de pensadores do direito penal como Cesare Beccaria que em sua obra “Dos Delitos e das Penas” diz:

[...] mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considera-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social. (BECCARIA, 2001, p. 11).

No Brasil as ordenações Afonsinas, natural de Portugal, Manuelinas e as Filipinas em 1603, assinalaram o nascimento das prisões cautelares. Momento em que muitos juristas inspirados pelo ditame filosófico iluminista e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão preludiam os princípios da igualdade dos homens perante a lei e tudo que representa a pena, além da utilidade pública da lei penal.

A primeira carta política outorgada, de 1824, após a independência política brasileira, vislumbrava a previsão da aplicação da prisão com ou sem culpa formada, antes da sentença:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: VII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá p Réo livrar-se solto. X. A´ exceção de flagrante delicto, a prisão nõ póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias á disciplina, e recrutamento do Exercito; criminaes, e em que a Lei determina, todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados de justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. (art. 179, CF 1824).

O instituto da prisão cautelar ficou mais ofendido no Código de Processo Penal de 1941. Constituído no auge do regime autoritário do Estado Novo de Getúlio Vargas, onde os interesses da administração judiciária em hipótese alguma poderiam ser confrontados. A grande e significativa relevância no Estado Novo sem dúvidas foi à criação do instituto da prisão preventiva obrigatória (Código de Processo Penal).

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

2.2 Origem da Prisão Preventiva

A prisão preventiva só volta a assumir o caráter excepcional e cautelar no século XVIII, contudo, amplamente distinta da Romana, com novas finalidades. Assim, a prisão apresentou-se com nova perspectiva, assumindo também, a prisão, como forma de pena.

A pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstra ser meio mais eficaz de controle social.

A pena privativa de liberdade, foi à nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrota-lo, no mínimo, cerca-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves. (BITENCOURT, 2011, p. 49).

Em suma, Foucault afirma que:

A época clássica utiliza o confinamento de maneira equivocada, para fazê-lo desempenhar um duplo papel: reabsorver o desemprego, ou, pelo menos, apagar seus efeitos sociais mais visíveis e controlar as tarifas quando

houver risco de subirem muito; atuar alternativamente sobre o mercado de mão-de-obra e os preços de produção. **Na realidade, parece que as causas de confinamento não puderam realizar eficazmente a obra que delas se esperava. Se absorviam os desempregados era, sobretudo para dissimular a miséria e evitar os inconvenientes políticos ou sociais** de uma possível agitação, mas ao mesmo tempo em que eram colocados em oficinas obrigatória, o desemprego aumentava nas regiões vizinhas e nos setores similares. (FOUCAULT, 1967, p. 62-63 *apud* BITENCOURT, 2011, p. 50, grifo nosso).

Apenas na segunda metade do século XVIII, as penas começariam a modificar-se. As ideias de extrema crueldade, quais sejam, a pena capital e os castigos corporais, foram atacadas pelos pensadores da época, Rousseau, Voltaire e Montesquieu.

As leis vigentes na Europa, em meados do século XVIII, inspiravam deveras crueldade. O direito emanava como gerador de grandes privilégios, ou seja, julgava-se o indivíduo focando sua condição social.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (BECCARIA, 2001, p. 28).

Com o advento do Código Penal de 1941 a história das prisões, tem seu marco inicial no Brasil. A prisão preventiva teve sua normatização no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal. O art. 312 do CPP, vigorando com a redação modificada pela Lei nº 12.403/2011, onde determina que a prisão preventiva seja uma das espécies de prisões processuais estabelecidas como provisória pelo Código Penal em seu art. 42, com natureza cautelar, sendo só imposta observando a inadequação das demais medidas cautelares, ou seja, “extrema ratio”, ou seja, última opção é decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito ou instrução criminal, havendo os pressupostos legais, em salvaguarda dos interesses sociais de segurança.

É que a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a atual orientação da legislação

processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana [...]. (OLIVEIRA, 2015, p. 504).

A excepcionalidade, a não observância aos requisitos, aos princípios basilares constitucionais e às práticas extensivas da prisão preventiva violam direitos historicamente conquistados pelo indivíduo.

3 DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL

O Direito brasileiro traz consigo alguns instrumentos internacionais de proteção ao ser humano e mostra como tais instrumentos contribuem significativamente quando absorvidos aos direitos individuais no Brasil.

Observa-se a aproximação dos Direitos, Tratados e Convenções Internacionais com a Constituição Federal de 1988 nas garantias essenciais dos direitos humanos. Não obstante, a Carta de 1988 traz consigo o marco jurídico da passagem democrática e da institucionalização dos direitos humanos, mirando, assim, a inserção do país no cenário internacional dos direitos humanos.

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas Vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (PIOVESAN, 2013, p. 93).

Nesta acepção, o sentido do qual a Constituição Federal Brasileira insere sobretudo os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, assegure-lhes o *status* hierárquico distinto.

A Magna Carta de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Ela instituiu novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo sistema normativo brasileiro e que devem ser levados em consideração quando da interpretação de quaisquer normas do ordenamento jurídico prático.

A constituição deu um passo rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao direito internacional de proteção dos direitos humanos.

Consolida o parágrafo segundo do artigo 5º da Carta Magna que “Os direitos e garantias expresso nesta Constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República

Federativa do Brasil seja parte”. Ao analisar este parágrafo conclui-se que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* material, constitucional, além de aplicação imediata.

A incorporação efetiva das normas destes tratados no plano nacional é de crucial importância para que os seus propósitos sejam alcançados. A comunidade internacional tenta, atualmente, através do uso de tratados – o maior instrumento em seu aparato legal – obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e a garantir a eles direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2013, p. 65).

O pensamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é pautado no ideal de que absolutamente todas as nações tem o dever de respeitar e fazer cumprir os direitos humanos de seus indivíduos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos referencia-se por ser um conjunto de procedimentos e normas internacionais expandido para implementar este ideal de direitos humanos no âmbito universal.

O sistema interamericano de direitos humanos teve seu surgimento no ano de 1948. Hoje, surge com quatro diplomas normativos básicos, seguido de dois complementares de proteção. O primeiro da Organização dos Estados Americanos - OEA e o segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH.

Não obstante o Brasil tenha ratificado a CADH há mais de duas décadas, sua implementação não é verificada no dia-a-dia, sobretudo na jurisprudência. Visando resguardar esse momento em que há situação de extrema vulnerabilidade à integridade física e a dignidade, a CADH estabelece em seu art. 7º intitulado *direito à liberdade pessoal* bem como garantias dirigidas às condições da detenção em seu art. 5º.

Para Andrey Borges de Mendonça (2016), a partir desta decisão fica evidente que as normas da Convenção paralisam a eficácia de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante, e este é o ponto significativo, as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica. Então, sem sombras de dúvidas, há uma necessidade de se realizar o duplo controle da legislação interna, sobretudo, as normas do Código de Processo Penal - CPP. Devem se submeter ao Controle de

Constitucionalidade pelos órgãos de direitos humanos no cenário internacional e pelos juízes regionalmente, mas, sobretudo, pelas Cortes Interamericanas de Direitos Humanos, intérprete máximo da Convenção.

3.1 Garantias Gerais e Específicas no Tocante à Liberdade Pessoal, Atinentes ao Momento da Detenção

O dispositivo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, trata do direito à liberdade pessoal. Este dispositivo estabelece diversas garantias referentes à ocasião da detenção, determinando duas regulamentações distintas entre si, sendo um geral, no item 7.1, e outras apontadas precisamente nos demais incisos, contudo, o objetivo de ambas as disposições é a segurança no direito à liberdade, estabelecendo uma ligação entre as esferas de proteção. As garantias específicas são: o direito de não ser privado ilegal (art. 7.2) ou arbitrariamente de sua liberdade (art. 7.3); direito de conhecer as razões da detenção e, sem demora, da acusação (art. 7.4); direito ao controle judicial da privação da liberdade e razoabilidade do prazo (art. 7.5); direito a impugnar a legalidade da detenção (art. 7.6); direito a não ser detido por dividas (art. 7.7).

3.2 Direito a Liberdade e a Segurança

Frente ao art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, todo indivíduo tem direito à liberdade e segurança pessoal. Explorando o direito à liberdade como capacidade de praticar tudo que não for contrário à lei alcançando também bens e valores. O cerne do tema convencionado à liberdade pessoal refere-se essencialmente ao direito à liberdade física e resguarda os comportamentos da presença física do título do direito.

No que tange ao direito à segurança, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser compreendida a proteção contra toda expressão ilegal ou arbitrária na liberdade física, determinando que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. Tal direito também está expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos no seu art. 5º - Direito à liberdade e à segurança.

A Convenção Americana no seu art. 7º determina ainda as garantias contra a prisão ilegal e arbitrária. Sendo assim, o art. 7.2 “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas de acordo com elas promulgadas”.

Por tanto, além de se respeitar a legalidade (formal e material), para que a prisão não seja arbitrária deve ser observada as diversas garantias e princípios estabelecidos, expressa e implicitamente, na Convenção, sobre tudo relacionados ao seu caráter excepcional à presunção de inocência e à **proporcionalidade da privação de liberdade** de acordo com o que seja estritamente necessário em uma sociedade democrática. (MENDONÇA, 2016, p. 139, grifo nosso).

Outrossim, em seu art. 7.3 estabelece que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. Sendo então dimensionada uma dupla forma de proteção: a prisão além de ser legal, não poderá ser arbitrária.

Na mesma ideia, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no seu art. 9.1, estabelece que:

Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

As garantias são relevantes, pois no momento da privação da liberdade a pessoa se encontra em estado de vulnerabilidade, sendo agravada quando da detenção ilegal ou arbitrária.

Para que a prisão processual seja legítima, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o possível infrator não criará obstáculos ao desenvolvimento do procedimento nem iludirá a ação da justiça. Isso decorre, pela Corte, do princípio da presunção de inocência, determinado no art. 8.2 da CADH “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa [...]”. Para aquele indivíduo acusado de algum delito há de se presumir sua inocência enquanto sua culpa legalmente não for comprovada, este direito, para Corte Interamericana, é primordial para se determinar ou não a prisão preventiva.

Observando o princípio da inocência nota-se que a liberdade no trâmite procedimental deve ser consagrada a regra e a prisão à exceção, ao tempo em que se delimita as circunstância admissível de prisão antes da condenação. A prisão preventiva (segundo a Corte Interamericana) deve ser justificada no caso fático concreto através de elementos que dela advém.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para o Direito, princípio jurídico significa um conjunto ordenado nos quais se lastreiam todo os conjunto normativo, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 85), servindo de sustentação para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação no direito positivo. Cada ramificação do Direito apresenta seus próprios princípios, que delinea o sistema, podendo apresentar-se expressos em lei ou implícitos, ou seja, finalizar-se através de diversos dispositivos legais, de modo apresentado com o costume jurídico durante os anos de estudo. O processo penal não margeia a regra, sendo orientado, precipuamente, por princípios, que, não raro, sobrepujam a própria letra da lei. É na Carta Magna de 88 que se apresentam uma boa parte dos princípios garantidores do processo penal brasileiro. Entretanto, a priori, convém apresentar três princípios regentes, diretores de todo o sistema das prisões processuais no Brasil, seja no âmbito penal ou processual penal. Por isso, torna-se imprescindível destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da razoável duração do processo e o princípio da inocência.

4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Na antiguidade clássica, observando como lastro o ideal filosófico e político, a dignidade da pessoa humana tinha vinculação com a posição social ocupada pelo indivíduo e o reconhecimento pelos demais membros da comunidade, havia uma espécie de mensuração da dignidade, aceitando-se a subsistência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Já no pensamento estoíco², como preleciona Sarlet (2006), a dignidade era tida como a qualidade inerente ao ser humano, o que o distinguia das demais criaturas, e que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade que está intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo.

² Pensamento Estoicista linha do pensamento filosófico grego surgida no século III a.C. Era pensamento central dos estoícos o desenvolvimento do autocontrole, a busca pelo afastamento das emoções destrutivas e a manutenção da vida sem excessos.

Já no âmbito do pensamento jus naturalista³ dos séculos XVII e XVIII, a ideia da dignidade da pessoa humana, assim como o entendimento do direito natural em si, atravessou um processo de racionalização, firmando-se, todavia, o pensamento primordial da equivalência de todos os homens em dignidade e liberdade.

Da concepção jus naturalista que vivenciava seu auge justamente no século XVIII, incontestavelmente, a comprovação de que um novo pensamento constitucional estava sendo consagrado. A dignidade da pessoa humana, parte, então, do princípio de que o indivíduo, em função exclusivamente de sua condição de ser humano, independentemente de qualquer outra condição, é ocupante de direitos que podem e devem ser reconhecidos e respaldados por sua origem e pelo Estado.

Não só o Direito Penal, quanto a Execução Penal, perante a Constituição, adota o Princípio da Humanidade, mas a realidade é crítica, o sistema carcerário brasileiro tem sido olhado em segundo plano pelo Estado. Humanização do cumprimento de pena nos presídios, por exemplo, tem se tornado verdadeiros calabouços e depósito de gente, bem distante do respeito à dignidade imposto pela Constituição.

Neste âmbito, aparece a Execução Penal, como ciência autônoma, com princípios próprios, contudo, sem jamais, separar-se do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por exemplo, no caso da pena privativa de liberdade, onde se restringe apenas o direito do preso de ir e vir e os direitos a ele conexos; no estabelecimento dos direitos inerentes ao preso conforme disposto no art. 41 da LEP:

- Art. 41 - Constituem direitos do preso:
- I - alimentação suficiente e vestuário;
 - II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
 - III - Previdência Social;
 - IV - constituição de pecúlio;
 - V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

³ Pensamento Jus naturalista direito natural chamado de "*jus naturale*" é a liberdade de toda pessoa tem de usar o seu próprio poder a seu arbítrio para a conservação da sua natureza, isto é da sua vida e conseqüentemente de fazer qualquer coisa que, segundo o seu próprio juízo e a sua razão.

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 XI - chamamento nominal;
 XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)
 Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

4.2 O Princípio da Razoável Duração do Processo

Trata-se de um dos princípios mais relevantes dentro do ordenamento jurídico, a partir dele algumas diretrizes são pré-estabelecidas dentro do direito.

Enquanto a provisionalidade se vincula à situação fática, a provisoriedade guarda congruência com o fator tempo, com a duração da medida cautelar. Do art. 5.º, LVIII, da Constituição Federal se infere, explicitamente, exigência da razoabilidade do tempo de duração da prisão cautelar, embora, mesmo antes da Emenda Constitucional 45/2004 que incorporou esse inciso à Carta Federal, a duração razoável da prisão poderia ser inferido do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF), situação também verificável, nessa perspectiva anterior à referida alteração, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, em seu art. 8.º.1. (GIACOMOLLI, 2013, p. 33).

Atualmente, muito se explora sobre a efetividade do processo em busca de sua função social para eliminar conflitos e fazer justiça, assim a Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu que no art. 5.º, LXXVIII, “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, assim como o art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]”

Trata-se, portanto, de almejar que a legislação processual lance soluções célere e simplificada para o processo.

Dentre os princípios fundamentais garantidores, o princípio da razoável duração do processo foi integrado no art. 5.º da Constituição Federal do Brasil, via EC nº 45, o inciso LXXVIII, que determina a razoável duração dos processos judiciais e administrativos, também chamado de princípio da celeridade processual. Esta norma tem o objetivo de assegurar a todas as partes, tanto judicial como administrativamente, uma solução concreta em prazo não extenso, almejando uma maior celeridade, qualidade e eficácia na atividade jurisdicional do Estado.

Todo indivíduo preso tem o direito de ser julgado em um prazo não excessivamente longo, não ficando, por tempo indeterminado à disposição da justiça, até porque ao final do processo o indivíduo poderá ser absolvido e neste caso o dano causado pela longa espera é muito grande.

Sinteticamente, o art. 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal do Brasil, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, adotou a doutrina do não prazo, buscando com que surja uma identificação de critérios e conceitos, mitigando as agruras dos que estão presos preventivamente.

Nos termos do HC 118135TO e nas palavras do Relator Min. Teori Zavascki:

Ementa: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA. CARACTERIZAÇÃO. SITUAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (CF, ART. 5º, LXXVIII). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial, (b) exclusiva atuação da parte acusadora, ou (c) outra situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88. Precedentes. 2. No caso, transcorridos mais de 15 anos sem que sequer o recurso de apelação da defesa tenha sido levado a julgamento, é de se concluir que a manutenção da segregação cautelar representa flagrante situação de constrangimento ilegal. 3. Ordem concedida, para que o paciente seja posto em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso. (STF - HC: 118135 TO, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014)

4.3 O Princípio Presunção da Inocência

Muito reconhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo o denunciado é presumidamente inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Estabelecido no art. 5º, LVII da CF. O princípio objetiva garantir que o ônus da prova cabe ao acusado e não à defesa. Os indivíduos são presumidamente inocentes, sendo este o estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra impõe ao Estado-acusado evidencie com provas suficientes ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e a ordem pública.

Segundo a Declaração Universal de Direitos Humanos no seu art. XI:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito a ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público no qual lhe tenha sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Assim como o art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

5 MEDIDAS CAUTELARES

Surge para o sistema penal brasileiro, com o advento da Lei nº 12.403/2011, várias modificações substanciadas à prisão, da liberdade provisória, da fiança e, conferiu um rol de medidas cautelares a serem aplicadas ao infrator ou investigado.

Através das referidas medidas cautelares que se tenta alcançar, eficientemente, a efetividade do processo, ou seja, a correta aplicação da lei, no tocante em que se projeta a preservação de situações ou meios que interessem à prestação jurisdicional.

Evidencie-se que as medidas cautelares não são incomuns no Código de Processo Penal, já era prevista sob a forma de “medidas assecuratórias” (arts. 125 a 144), que são as providências tomadas no curso da ação penal ou do inquérito policial para viabilizar e garantir uma eventual e futura indenização ou reparação à vítima do processo penal, bem como assegurar o pagamento das custas processuais existentes ou, mais ainda, evitar que ele venha a se locupletar dos ganhos obtidos com as práticas criminosas, que consistiria numa forma de incentivo velado à delinquência.

Contudo, a mais nova reforma traz inovações ao prever as *medidas cautelares pessoais*, também chamadas de *medidas cautelares subjetivas*, que já eram contempladas em outros Diplomas Legais (v.g. Lei n. 9.099/95 e Lei n. 11.340/2006).

Quatro características são dimensionadas para determinar as medidas cautelares. A provisoriedade, por focarem justamente na providência útil ao processo. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior apresenta a seguinte lição:

[...] toda medida cautelar é caracterizada pela “provisoriade”, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim. (THEODORO, 1998, p. 465).

O art. 319, IV do CPP nos traz uma das medidas cautelares que podem ser aplicadas, onde assevera que, o impedimento de afastar-se da Comarca quando a continuidade seja conveniente ou necessária para a averiguação ou instauração.

Percebe-se que a providência referida só é cabível quando “a continuidade seja apropriada ou necessária para a investigação ou instrução”.

Desaparecendo a referida conveniência, desaparece a necessidade da manutenção da medida cautelar.

A revogabilidade aplica-se a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão), determinando a revogação sempre que não for mais necessário no caso concreto. As medidas cautelares podem ser revogadas a qualquer tempo, advém do próprio art. 282, § 5º, 1ª parte, do CPP, que dispõe: “§ 5º o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

A capacidade de compreensão da revogabilidade é com certeza a possibilidade da medida cautelar ser determinada a qualquer tempo, se aparecerem razões que a justifique.

A Substitutividade, passíveis de substituição a qualquer tempo, como aduz o art. 282, §§ 5º e 6º, do CPP. É plenamente possível que uma medida cautelar seja permutada por outra medida, isolada ou cumulativamente como dispõe o art. 282, § 1º, do CPP. A lei estabelece, também, que a prisão preventiva só poderá ser coagida quando não for possível sua substituição por medida cautelar distinta (art. 319, CPP).

A Excepcionalidade, então, por serem restritivas das garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, avalia que as medidas cautelares devem sempre ser medidas excepcionais, tais como o são as medidas relacionadas à prisão de natureza cautelar.

Isso posto, se a imposição da medida vier a caracterizar efetiva antecipação da pena, inverter-se-ia o princípio da não culpabilidade, passando-se a ter o acusado como presumidamente culpado enquanto não definitiva a decisão sobre o processo no qual o figure como réu. Observa-se, então, que ao estabelecer a imposição das medidas cautelares, prioritariamente em relação à prisão temporária e preventiva, demonstra o legislador a intenção de evitar que a prisão antes da

condenação definitiva ganhe ares de “definitividade”, violando-se o entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Então, como decorrência do princípio da excepcionalidade, as medidas devem estar taxativamente previstas em lei, não se aplicando no âmbito processual penal a possibilidade de deferimento de “medidas cautelares inominadas”, tal como frequentemente se vê na seara cível.

As medidas cautelares, sendo verdadeiramente excepcionais, devem ser impostas somente quando preenchidos alguns requisitos imprescindíveis à sua decretação: *o fumus comissi delecti* e *o periculum in libertatis*.

5.1 Da Prisão Preventiva

A prisão processual preventiva é instituída para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para assegurar a segurança da aplicação da pena. Poderá também ser determinada em caso de desrespeito das obrigações impostas de outras medidas cautelares adiante dispostas, conforme dispõe o art. 312, caput c/c § único do CPP.

5.1.1 Hipótese de cabimento da prisão preventiva

A ordenação da prisão preventiva consiste na prisão processual para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para assegurar a aplicação da pena. Poderá, também, ser decretada em caso de infringência das obrigações determinadas por força das demais medidas cautelares adiante indicadas.

Ordem pública não quer dizer interesse de inúmeros indivíduos, mas interesse da garantia de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Ademais, em hipótese alguma direciona, também, ao clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, como igualmente, significar represália insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados.

É relevante o registro de que a prisão preventiva prosseguiu tendo natureza cautelar, sendo que posterior a reestrutura de 2011, conforme asseverou Antônio Magalhães Gomes Filho, deverá ser administrado só em situações que houver interesse processual, ou seja, quando a atitude for indispensável para garantir o trâmite e a finalização do processo criminal. Antônio Magalhães elencou, ainda, que, em nenhuma circunstância, a constrição cautelar poderá satisfazer como uma antecipação da pena, ressaltando que as disposições apresentadas no art. 42 do Código Penal e no art. 2º da LEP demonstram tal entendimento, na medida em que a primeira observa a detração de pena e a segunda o tratamento a ser viabilizado ao preso provisório, onde se apresenta claramente que a prisão cautelar e a prisão pena são institutos distintos, sendo relevante registrar que a segunda somente poderá ser aplicada por meio de uma sentença condenatória. (GOMES FILHO, 2011, p. 19).

Segundo Nereu José Giacomolli:

Com a Lei n.º 12.403/11, a prisão preventiva deixou de ser a medida cautelar pessoal por excelência, bem como a regra em termos de medidas constritivas criminais. Situa-se como já afirmado, na *última ratio* do sistema cautelar criminal. Além disso, sua função é eminentemente processual e não de antecipação de pena, ou seja, destina-se a tutelar o processo (fuga do suspeito ou do imputado; assegurar a presença no processo; garantir a incidência potestade punitiva, em caso de eventual condenação; assegurar o normal desenvolvimento da atividade das partes e dos sujeitos processuais – depoimento de vítimas, testemunhas, peritos, por exemplo). (GIACOMOLLI, 2013, p. 67).

A garantia da lei penal é outra hipótese de aceitação da prisão preventiva, a qual visa impedir a fuga do agente do distrito da culpa, dificultando a futura execução da pena. Se o infrator não possui residência fixa, ocupação lícita, etc., nada pode garantir que ele permanecerá no lugar até o trânsito em julgado da sentença.

Garantia da ordem econômica, o art. 86 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), incluiu no art. 312 do CPP essa hipótese de aceitação de prisão preventiva.

Sendo aplicada qualquer das medidas cautelares disposta no art. 319 do CPP, o infrator que as descumprir poderá ser recolhido ao cárcere. Estamos diante

de caso de prisão preventiva substitutiva ou subsidiária, que terá vez quando não houver outra medida cautelar de descumprimento menos gravosa. (art. 282, §6º, CPP).

Como última hipótese, a proteção à mulher. Caso o crime envolva violência doméstica e familiar contra a mulher (hipótese prevista pela Lei nº 11.340/2006), assegurando assim medidas de proteção à vítima.

Porém, às condições de admissibilidade da prisão preventiva somente é admitida nos crimes dolosos punidos com reclusão e nos crimes dolosos punidos com detenção, neste caso se o indicado for vadio ou de identidade duvidosa. Assim não é cabível no caso de crime culposos, contravenção penal, crime em que o réu se livre solto, independente de fiança e no caso do réu ter agido debaixo de excludente de ilicitude, com exceção nos crimes contra a mulher, na hipótese de poder-se aplicar a Lei Maria da Penha.

As hipóteses de aceitação motivadora do *periculum libertatis*, não engloba apenas as elencadas no art. 312 do CPP, prevê também as do art. 313 do mesmo código onde destaca as circunstâncias ou condições de admissibilidade em que as prisões preventivas aplicadas de forma autônoma sejam acolhidas. Tais condições não são cumulativas e se referem a requisitos pessoais do infrator ou características do delito cometido.

Crime doloso com pena máxima superior a quatro anos (art. 313, I, CPP). Trata-se de uma inovação referenciada pela lei nº 12.403/11 que modifica a redação antiga do Código que dispunha que a prisão preventiva só seria cabível nos delitos com reclusão ou detenção, assim o legislador distanciou-se do cabimento de prisão preventiva nas possibilidades de contravenções penais ou crimes culposos.

Reincidência em crime doloso (art. 313, II, CPP). Excepciona a prevenção do anterior quanto ao *quantum* da pena e consente a decretação de prisão preventiva no caso de infratores reincidentes, excetuado o disposto no art. 64 do CP, ou seja, caso o infrator venha a praticar um delito doloso antes de passado 5 (cinco) anos da conclusão da pena aplicada no primeiro delito também doloso, será cabível a decretação da preventiva, independentemente da pena máxima em abstrato cominada ao delito praticado.

Quando o crime implica violência doméstica e familiar (art. 313, III, CPP). Introduzido pela Lei nº 11.340/2006 e posteriormente dimensionado pela Lei 12.403/2011, excepciona a restrição do inciso I, admitindo a decretação de prisões preventivas em casos de crimes dolosos que impliquem violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, independentemente da pena máxima cominada, garantindo assim as medidas protetivas de urgência, resguardando a integridade física e psicológica das pessoas sujeitas à violência de gênero.

Incerteza sobre a identidade civil do indivíduo (art. 313, § único, CPP). Consente a prisão preventiva quando pairar dúvida significativa sobre a identidade civil do infrator ou quando esta não manifestar elementos circunstanciais para elucidá-la, devendo o infrator ser posto em liberdade imediatamente após sua identificação. Como a legislação não fez diferenciação, a prisão preventiva nesse caso poderá até ser oficializada em decorrência de crimes dolosos ou culposos, observando, contudo, para a proporcionalidade da medida e do caráter de *extrema ratio* das prisões preventiva.

5.1.2 Pressupostos para a prisão preventiva

A prisão preventiva, exatamente como toda e qualquer medida cautelar, está adstrita à presença concomitante do *fumus boni iuris*, aqui denominado de *fumus comissi delicti*, e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

Com o advento da Lei nº 12.403 de 2011, para além da demonstração do *fumus comissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade e circunstâncias que estabeleçam uma relação com o crime, suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal), também passa a ser necessária a demonstração da ineficiência ou da impossibilidade de emprego de qualquer das medidas cautelares distinta da prisão. Nesse momento, o art. 282, § 6º, do CPP, estabelece que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Na mesma linha, o art. 310, inciso II, do CPP, autoriza “converter da prisão em

flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Para Renato Brasileiro de Lima (2014), pode-se dizer, então, que o novo sistema de medidas cautelares trazido pela Lei nº 12.403 de 2011 evidencia que as medidas cautelares diversas da prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva, dentro da visão de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais. Por outro lado, a prisão preventiva passa a funcionar como a *extrema ratio*, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas.

Então, o magistrado só poderá determinar a prisão preventiva quando não existirem outras medidas menos agressivas do direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados desejados pela prisão cautelar.

5.1.3 Fundamentação para a determinação da prisão preventiva

Podemos observar que no Brasil, em grande número de processos não há fundamentação válida das decisões aduzidas pelos juízes quanto à decretação ou denegação da prisão preventiva, não suficiente a obrigatoriedade imposta pela Constituição Federal, nem a disposição legal.

Segundo Figueiredo, a decisão que decretar ou denegar a prisão preventiva deve ser fundamentada pela autoridade judiciária (CPP, art. 315), diante do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Ao contrário, não tem fundamentação a tese de que a Lei nº 9.271/96, ao modificar a regra contida no art. 366 do Código do Processo Penal, recriou o instituto da prisão preventiva obrigatória. Isso porque, a medida só pode ser determinada pelo juiz quando presentes seus pressupostos (CPP, arts. 312 a 314). À vista disto, mesmo que o réu não atenda ao chamamento judicial, deixando de constituir advogado, a detenção provisória só pode ser ordenada em casos especiais, nas hipóteses já mencionadas anteriormente.

A prisão preventiva não será estabelecida simplesmente porque o réu, citado pelo edital, não tendo constituído patrono, deixou de comparecer ao interrogatório, ante o caráter excepcional da custódia cautelar e a necessidade de justificada comprovação do *periculum in mora*. Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ: a prisão processual, medida extrema que implica sacrifício da liberdade individual, deve ser concebida com cautela em face do princípio constitucional da presunção da inocência, somente cabível quando presentes razões objetivas, indicativas de atos concretos, suscetíveis de causar prejuízo à ordem pública e econômica, à instrução criminal e à aplicação da lei penal (CPP, art. 315; CF, art. 93, IX). (cf. STJ, HC 9.896/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJU, 29 nov. 1999).

6 PRISÃO PREVENTIVA, SUA DURAÇÃO E AS PRÁTICAS EXTENSIVAS NA FORMAÇÃO DA CULPA

Um caso emblemático, que ficou conhecido como “caso Nazareno” no meio acadêmico, amplamente noticiado na época, nos traz à tona a expressão “excesso de prazo”. Trata-se de um episódio pelo qual um indivíduo que estava privado de sua liberdade há vinte e quatro anos e sem jamais ter sido levado a julgamento foi achado sem vida no hospital penitenciário Valter Alencar, no Município de Altos/PI.

Acusado de homicídio, foi preso em 1992 e o recluso Nazareno Antônio de Sousa, 51 anos, deveria ter sido posto em liberdade há pelo menos quatro anos, vinte anos depois, quando a acusação do crime prescreveu na Justiça. O lamentável caso reafirma um dos maiores problemas da prisão preventiva no ordenamento pátrio: sua indeterminação temporal.

É fato, que no processo penal brasileiro, reina absoluta imprecisão acerca do prazo de duração da prisão preventiva, que assume limites de verdadeira pena antecipada. Isso posto, ao contrario da prisão temporária, que possui prazo perfeitamente fixado, o Código de Processo Penal não prevê prazos determinados para a duração da prisão preventiva. Então, a prisão preventiva, cuja natureza cautelar deveria revelar a particularidade da provisoriedade, finda por trazer para si um caráter de verdadeira prisão definitiva.

O art. 390 do Código de Processo Penal Militar prevê uma exceção a essa indeterminação. O artigo estabelece um prazo de 50 (cinquenta) dias para a conclusão da instrução criminal quando o acusado estiver preso. De forma semelhante, o art. 22, § único, da Lei n.º 12.850/2003 – organizações criminosas dispõe que 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.

Ao longo dos tempos, por efeito da ausência de determinação do prazo da prisão preventiva, diversos abusos, constrangimentos e injustiças vêm sendo cometidos em visível violação à natureza provisória da prisão cautelar, que se via transformada, mediante desobediência dos fins que a legitimam, em inadmissível

antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5.º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Dec. 678/92, art. 7º, § 5º).

No Brasil, por se compreender que a indeterminação de prazo certo para a permanência da prisão preventiva deixava o infrator inteiramente à disposição do Estado, firmou-se entendimento jurisprudencial na qual, se o indivíduo encontrava-se preso, o processo penal na 1ª instância deveria estar concluído no prazo de 81 (oitenta e um) dias, sob pena de estar caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, situação de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção a autorizar o relaxamento da prisão (CPP, art. 648, inciso II), sem prejuízo, obviamente, da continuação do processo. O fato é que, se a duração da prisão cautelar exceder um prazo razoável, torna-se ilegal, então violar a garantia constitucional da razoável duração do processo e, se é ilegal, deve ser objeto de relaxamento, já que a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LXV, que toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, sem prejuízo, todavia, da continuidade do processo.

6.1 A Conclusão do Processo Quando o Infrator Estiver Preso e as Leis 11.689/08 e 11.719/08

A Lei n.º 11.719/98 trouxe um novo procedimento comum ordinário, aplicável quando o crime tiver sanção máxima igual ou superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (CPP, art. 394, §1º, inciso I), a sua contagem para a conclusão do processo criminal quando o possível infrator estiver preso foi sensivelmente alterada, variando entre 95 (noventa e cinco) e 190 (cento e noventa) dias.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2014), sem dúvida alguma, para fins de contagem desse prazo, o termo inicial deve ser a data do início da prisão do agente, pouco importando se, se refere a prisão em flagrante, preventiva ou temporária, bem como se houve modificação da natureza da prisão (v.g., prisão temporária decretada na fase investigatória, sendo convertida em preventiva na fase judicial). Observa-se, então, cada um desses prazos, distintamente:

6.1.1 Excesso de prazo, quais as hipóteses permitidas?

O prazo para a finalização do processo não tem natureza peremptória, subsistindo apenas como referencial para verificação do excesso, então sua superação não implica necessariamente em constrangimento ilegal, podendo ser excedido simplesmente com base em juízo de razoabilidade. Frente essa natureza relativa do prazo para a finalização do processo, questiona-se: quando estará demonstrado o excesso de prazo, autorizando-se o relaxamento da prisão?

A Comissão Europeia de Direitos Humanos, para facilitar a fixação do prazo razoável, consolidou *a priori* a regra dos sete critérios no caso Neumeister: 1) A efetiva duração da detenção; 2) A duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, grau da pena cominada que se possa prever para o suspeito, e o sistema legal de abatimento da prisão no cumprimento da pena que no caso venha a ser imposta; 3) Os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz no detido quando ultrapassarem as normas consequência da mesma; 4) A conduta do acusado: a) teria ele contribuído para retardar ou ativar a instrução ou os debates? b) teria retardado o procedimento em consequência da apresentação de pedidos de liberdade provisória, de apelações ou de outros recursos? c) pediu sua liberdade mediante fiança ou oferecendo outras garantias para garantir a presença em juízo? 5) As dificuldades da instrução do caso (a complexidade dos fatos ou do número de testemunhas e acusados, necessidade de produzir provas no estrangeiro); 6) A forma em que se desenvolveu a instrução; 7) A atuação das autoridades judiciais. Essa regra dos sete critérios, todavia, foi posteriormente abandonada, passando o tribunal Europeu de Direitos Humanos a levar em conta apenas 3 (três) critérios: 1) a complexidade do caso; 2) o comportamento da parte; 3) o comportamento das autoridades judiciárias.

No Brasil, considera-se que o excesso de prazo na formação da culpa é dimensionado em caráter excepcional e somente estará apresentado nas seguintes hipóteses: 1) mora processual decorrente de diligências provocada exclusivamente pela atuação do infrator; 2) mora processual em virtude da inércia do Poder Judiciário, em ofensa ao direito à razoável duração do processo.

O Ministro Celso de Mello manifestou nos termos do HC 126163PE:

o excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representando pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei”; 3) mora processual incompatível com o princípio da razoabilidade, evidenciando-se um excesso abusivo, desarrazoado, desproporcional.

Para o Ministro Gilmar Mendes nos termos do HC 70064894561RS:

A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal.

6.1.2 Excesso de prazo promovido pela defesa

Quando se demonstrar que o excesso de prazo venha a ser provocado por conta de diligências procrastinatórias da defesa, não tem que se manifestar como constrangimento ilegal à liberdade de locomoção de modo a autorizar o relaxamento da prisão. Afinal, ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza.

Daí dispõe a Súmula n.º 64 do STJ que: “[...] não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela Defesa [...]”. A súmula alimenta o posicionamento dos Tribunais Superiores que têm entendido: a. Não se aponta constrangimento ilegal por excesso de prazo se o processo encontra-se no aguardo do julgamento do recurso interposto pela defesa, o que demonstraria o razoável atraso para findar do processo; b. Se está suspenso somente à realização de perícia solicitada pela defesa, existindo inclusive o Ministério Público e outro corréu dispondo alegações finais, apresenta-se findada a instrução criminal, incidindo à espécie a Súmula 52/STJ.

Portanto, se a defesa persiste em exame de razoável complexidade, requisitando a expedição de ofícios para vários Institutos de Criminalística do país, incide à espécie a Súmula 64/STJ; c. Não se verifica constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução estimulado concorrentemente pela defesa, ante a necessidade de expedição de precatórias para o interrogatório do acusado e para a oitiva de testemunhas da defesa; d. Evidenciando-se que a defesa contribuiu para a

demora do julgamento do feito, visto que as testemunhas que arrolou não compareceram à audiência de instrução e julgamento, houve requerimento da oitiva de testemunhas em outra comarca, sem falar no atraso na entrega de instrumento de procuração, não há de se mencionar em excesso de prazo na formação da culpa.

Observa-se, então, que a interposição de recursos por parte da Defesa, a constituição de perícias requeridas pelo defensor, e até mesmo a expedição de cartas precatórias para o interrogatório do acusado e a oitiva de testemunhas da defesa, em hipótese alguma, incide o relaxamento da prisão, por se tratar de excesso provocado pela defesa.

6.1.3 Excesso de prazo após a pronúncia ou o encerramento da instrução criminal: mitigação das Súmulas 21 e 52 do STJ

O uso extensivo da prisão processual tem incitado grandes problemas de ordem prática no que tange à legitimidade. Nesse compasso, duas súmulas têm trazido aflição para os operadores do direito, tratam-se das súmulas 21 e 52 do STJ.

De acordo com a súmula nº 21 do STJ, “pronunciado o réu, fica superada a exibição do constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução”. Por sua vez, preceitua a Súmula n.º 52 do STJ que: “[...] encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo [...]”. Observa-se pela simples leitura das duas Súmulas que pronunciado o acusado ou findada a instrução criminal, não seria mais, sobre nenhuma circunstância, a caracterização do excesso de prazo.

Um simples olhar, superficial, das duas súmulas leva a uma conclusão paradoxal, qual seja: a de que, pronunciado o acusado, ou encerrada a instrução do processo, não comportará mais a caracterização do excesso de prazo na formação da culpa. Assim, a título de exemplo, pronunciado o réu pouco importará se seu julgamento em plenário demorar 03 (três), 04 (quatro) ou 05 (cinco) anos – o acusado ficará sempre preso – alimentando o pensamento de que o direito ao princípio razoável da duração do processo compreendesse somente até o momento da pronúncia. Na mesma visão, findada a instrução processual, a prolação de sentença pelo magistrado de 1ª instância ou até mesmo o julgamento de seu recurso de apelação possa levar anos, permanecendo o infrator preso cautelarmente.

Sobre as duas situações, há um confronto de pensamentos entre os interesses constitucionais do poder-dever de julgar (art. 5.º, XXXV) e, do direito subjetivo aos princípios da duração razoável do processo e aos meios que determinem a celeridade de sua tramitação (art. 5.º, LXXVIII), principalmente quando em questão a liberdade pessoal. Não haveria lógica a Constituição manifestar o direito à razoável duração do processo se a ela não corresponder o dever estatal de julgar com prestimosidade. Então, mesmo que o pronunciado, o infrator ou findada a instrução criminal, é manifestamente possível reconhecer-se o excesso de prazo quando houver um diferimento indevido que não possa ser atribuída a manobras procrastinatórias da Defesa.

Sobre este raciocínio, ambas as súmulas do STJ, vem sendo mitigadas pelos próprios Tribunais Superiores e o próprio STJ vem fazendo uma releitura reconhecendo o excesso de prazo na formação da culpa, especialmente quando o caso evidencia flagrante ilegalidade decorrente de mora processual não imputável ao acusado.

6.1.4 Excesso de prazo e aceleração do julgamento

Manifestado o excesso de prazo na formação da culpa, decide-se pelo relaxamento da prisão, determinada, por exemplo, pelo próprio juiz que preside a instrução processual, ou pelo respectivo Tribunal, seja em face da interposição de *habeas corpus*, seja de ofício, quando da apreciação de eventual recurso. Não raro, contudo, ao invés de se certificar o excesso de prazo, com o posterior relaxamento da prisão, tem-se observado a manifestação imediata do julgamento determinado pelos Tribunais.

6.1.5 Excesso de prazo, relaxamento da prisão e a determinação de uma nova prisão

Se o juiz pudesse estabelecer nova prisão preventiva do possível infrator na formação da culpa em julgamento de *habeas corpus*, absolutamente nada adiantaria o devido reconhecimento do excesso de prazo. Estaríamos diante de uma afronta ao princípio da duração razoável do processo, prevista no art. 5.º, LXXVIII da CF e no Decreto 678/92, art. 8.º, n.º 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2014), portanto, uma vez relaxada à prisão preventiva por excesso de prazo, não pode o juiz decretar nova prisão cautelar, salvo diante de motivo superveniente que a autorize. Essa manifestação que aponta nova prisão cautelar deve se apresentar amplamente genuína, seja quanto aos ditames jurídicos, seja quanto às ações factíveis. Como dimensiona a doutrina, deve sem sombra de dúvida exigir que essa motivação cautelar, nova, verse estritamente de fatos posteriores à liberdade do réu, ou, de fatos que, mesmo não posteriores à liberdade do réu, eram desconhecidos ao processo penal e, portanto completamente desconhecidos do juiz quando da revogação da prisão preventiva.

6.1.6 Excesso de prazo e efeito amplo da prisão processual

Se o excesso de prazo não sustar como fundamento alegação de caráter eminentemente pessoal e singular, surgindo análogo a situação de corréu, impõe-se um tratamento isonômico, extensivo à ordem concedida aos demais infratores, conforme o disposto no art. 580 do CPP, onde: “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um de seus réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”.

6.1.7 Relaxamento da prisão preventiva e absoluta liberdade

Em se tratando de relaxamento de prisão preventiva ilícita, não é possível, em regra, a exigência de qualquer ônus ou restrição de direito em desabono do libertado. Refere-se de liberdade absoluta, diferenciando-se, portanto, das pressuposições de liberdade provisória com vinculação.

Não é isso, todavia, o que se vê no dia a dia do mundo jurídico. Nesse pensamento, confira-se a posição do STJ:

A instrução criminal deve ser concluída em prazo razoável, nos exatos termos do art. 5.º, inciso LXVIII da Constituição Federal. O excesso de prazo na ultimação do processo-crime enseja o relaxamento da prisão cautelar. Ordem concedida para reconhecer o excesso de prazo e determinar o relaxamento da prisão do paciente, expedindo alvará de soltura clausulado, para que compareça a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E QUADRILHA OU BANDO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICADA. EXCESSO DE PRAZO. RECONHECIMENTO. 1. A decisão de prisão preventiva deve vir alicerçada em dados concretos de cautelaridade, sendo imprescindível a juntada do decreto prisional para a verificação da sua necessidade, o que não ocorreu no presente caso, tornando inviável a sua verificação. 2. A instrução criminal deve ser concluída em prazo razoável, nos exatos termos do art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. 3. Ultrapassados dois anos sem a ulatimação da oitiva das testemunhas, com parecer do Ministério Público de primeira instância apontado excesso de prazo sem responsabilidade da Defesa, de rigor o seu reconhecimento. 4. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, concedida para reconhecer o excesso prazo. (STJ - HC: 58753 PI 2006/0099018-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/03/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09/04/2007 p. 275).

Reconhecida a ilegalidade da prisão, impõe-se seu relaxamento, sem a imposição de quaisquer ônus ao acusado, pelo menos em regra. Porém, como tem sido admitida a utilização do poder geral de cautela no processo penal, é possível que o acusado seja submetido ao cumprimento de algum tipo de obrigação, caso tal medida se apresente necessária para assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE À PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

O excesso das prisões processuais, sobretudo a preventiva, traz à tona a ideia de responsabilidade do Estado na restauração dos danos provocados pela prisão processual. Embora legal, sua aplicabilidade, ocasionando o excesso da prisão propicia ao possível infrator danos irreparáveis de ordem moral e patrimonial.

Os países integrantes da União Europeia avançam visando a ampla indenização desde os idos da década de 80. De acordo com a Recomendação de número 80 do Conselho da Europa, deve-se considerar a criação ou o desenvolvimento de um modelo para compensar pessoas que passam tempo privadas da liberdade durante o desenrolar do processo e que, ao final, não foram condenadas, assim afirmam: “Consideration shall be given to the establishment or development of a scheme for compensating persons who have spent time in custody pending trial and are subsequently not convicted.”

O Tribunal Constitucional de Portugal⁴, em 2005, apreciou em julgamento um caso em que se discutia a reparação da lesão decorrente de prisão preventiva em processo que resultou na completa absolvição do infrator, à luz do dispositivo 225 do Código de Processo Penal português. O tema foi amplamente discutido e a votação findou em breve vantagem (3 votos a 2) no sentido da reparação limitada nos termos do Código de Processo Penal português. Ficou, assim, rejeitada a tese da ampla reparação. Os argumentos impulsionados nos votos vencidos são valiosos e bem apresentam que a limitação da indenização aos casos expressamente previstos na legislação infraconstitucional implica em violação de garantias constitucionais.

Redação atual do art. 225 do Código de Processo Penal português:

1 – Quem tiver sofrido detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal pode requerer, perante o tribunal competente, indenização dos danos sofridos com a privação da liberdade.

2 – O disposto no número anterior aplica-se a quem tiver sofrido prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro

⁴ É o mais alto Tribunal da jurisdição constitucional portuguesa. Como órgão constitucional de Portugal foi criado na sequência da extinção do Conselho da Revolução pela Revisão Constitucional de 1982. A sua competência nuclear é a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos decretos-leis, bem como da sua interpretação conforme à Constituição

grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia. Ressalva-se o caso de o preso ter concorrido, por dolo ou negligência, para aquele erro.

Há previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, obrigando o Estado a indenizar a vítima da lesão advinda de suas atuações indevidas, pois assim como ao indivíduo não é atribuído ao Estado o direito de permanecer impune à responsabilidade na presença de uma conduta irregular que causou lesões ao indivíduo.

0002863-75.2013.8.19.0063 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. INES DA TRINDADE - Julgamento: 21/09/2016 - SEXTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE AFASTA, UMA VEZ QUE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, AINDA QUE DE FORMA CONCISA, SENDO CAPAZ DEMONSTRAR AS RAZÕES QUE LEVARAM ÀS CONCLUSÕES NELA CONSTANTES, PERMITINDO A EXATA COMPREENSÃO DE SEU CONTEÚDO E O EFETIVO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PRISÃO E EXCESSO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO FUNDADA NAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS ARTS. 1º, III, 5º, LXXV E 37, §6º DA CR/88. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. NO CASO DOS AUTOS O AUTOR FORA PRESO EM FLAGRANTE DELITO E APÓS CONCEDIDA LIBERDADE PROVISÓRIA, SEGUIDA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, QUE FIXOU A PENA EM 01(HUM) MÊS E 10(DEZ) DIAS E DECLAROU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO, EM RAZÃO DO FURTO DE 04 (QUATRO) DESODORANTES. TODAVIA, DIANTE DE EQUÍVOCOS NO SISTEMA PRISIONAL QUANTO INFORMAÇÕES DO AUTOR E FALHAS NA COMUNICAÇÃO ENTRE O CARTÓRIO, O SARQ E A POLÍCIA, MESMO APÓS A EXPEDIÇÃO DE MAIS DE UM ALVARÁ DE SOLTURA E A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS O AUTOR FICOU ENCARCERADO POR 01 (UM) ANO E 10 (DEZ) MESES. ASSIM, RESTOU CONFIGURADA PRISÃO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL IN RE IPSA, MORMENTE DIANTE DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL. VALOR INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 70.000,00, QUE OBSERVA A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. TODAVIA, O VALOR QUE DEVE SER ACRESCIDO DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA, NA FORMA DA LEI 9494, ART. 1º-F, COM A CONFORME A ORIENTAÇÃO FIRMADA NO RECURSO REPETITIVO 1270439/PR. RECURSO DO AUTOR QUE SE NEGA PROVIMENTO. APELAÇÃO DO ESTADO, QUE MERECE PARCIAL PROVIMENTO, QUANTO AOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.(Relator: Ministra DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES

DE MELO, Data de Julgamento: 21/09/2016, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: DJ 26/09/2016 p. 235/254).

A norma constitucional vigente trouxe em seus dispositivos a “garantia de reparação”, pelo Estado, das lesões advindas da privação de liberdade indevida ou de erro judiciário, (art. 5º inciso LXXV, e art. 37, § 6º, da CF/88). Observa-se, o próprio constituinte ao acolher o pensamento da responsabilidade estatal, distanciou-se da tese da irresponsabilidade do Estado que reinava no período dos Estados absolutos tornando indispensável à obrigação de indenizar o particular tocado.

As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurados o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, §6º, CF).

Quando se tratar de ato jurisdicional de juízes no exercício de suas funções, a jurisprudência já se manifestou eminentemente contra, assim demonstra o precedente do STJ:

PRISÃO PREVENTIVA – DECRETAÇÃO – INDENIZAÇÃO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. A PRISÃO PREVENTIVA, QUANDO FUNDAMENTADA, NÃO GERA AO ESTADO OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O ACUSADO. EM FACE A SUA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, POSTO SER ATO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL QUE REPOUSA EM JUÍZO PROVISÓRIO. RECURSO PROVIDO. (REsp 139980/MS, Rel. Min. Garcia Vieira, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.11.1997, DJ 16.02.1998, p.38).

A responsabilidade do Estado não está adstrita constitucionalmente à demonstração de culpa ou dolo, sendo esta responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo, como ensina José dos Santos Carvalho Filho:

A marca da característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva. (CARVALHO, 2015, p. 582).

A Carta Magna de 1988 deixou claro que o indivíduo não pode ser submetido à privação de sua liberdade antes dos transitos em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, prevê em seu texto a possibilidade da constrição da

liberdade do indivíduo desde que devidamente justificada, fundamentada e necessária.

É incontestável na doutrina e na própria jurisprudência a aplicação da responsabilidade civil do Estado quando houver a absolvição do réu por carência de provas dos fatos denunciados ou comprovação de que o ato praticado não constitui infração penal. Mas, quando se discute a responsabilidade Civil o Estado em decorrência da prisão cautelar imposta ao indivíduo de forma dispensável? Há um ensurdecido silêncio doutrinário.

A legitimidade da prisão cautelar com capacidade de distanciar a responsabilidade do Estado está intrinsicamente ligada a sua fundamentação, assim pensa o STF que através do Min. Celso de Melo manifesta:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de sua autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR FINALIDADE PUNIR, ANTECIPADAMENTE, O INDICIADO OU O RÉU.

A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, o sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com, punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

A privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade. Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste, a prisão preventiva pode efetivar-se, desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal⁵.

Há, no Brasil, um escasso número de referências na doutrina quanto a reconhecer a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional típico, de que é exemplo a prisão cautelar. Evidenciamos então, a postura do professor Diogo de

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal RHC 81.395. Rel. Min. Celso de Melo. 2ªT

Figueiredo Moreira Neto, a partir da edição de 2005 de seu Curso de Direito Administrativo (2005, p. 590-591) onde acrescenta aos seus diversos comentários sobre a responsabilidade civil do Estado, para se manifestar favoravelmente ao reconhecimento do dever de indenizar danos ocasionados por prisão preventiva seguida de absolvição do réu.

Além de elencar dois casos em que expressamente o direito positivo prevê indenização diante de ato judiciário (erro judiciário em matéria penal, conforme art. 5º, LXXV, CF, e dolo, fraude, recusa omissão ou retardamento injustificado de providências por parte do juiz, nos termos do art. 133, I e II, CPC), possibilidade que defende se tratar de responsabilidade pessoal e exclusiva do magistrado, não se comunicando ao Estado, acrescenta um posicionamento no sentido de destacar “o entendimento de que o Estado também pode ser levado a responder pelos danos decorrentes da prisão preventiva, se houver posterior absolvição do acusado”, e o faz com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que ficaria, segundo enaltece, “vulnerado pela medida acautelatória penal sem causa (art. 1.º, III, CF)”.

Nas palavras do ilustre Min. Luiz Fux citando o professor Roberto Júnior:

Somente quando respeitados os direitos de cada um dos cidadãos, indenizando-se, em termos individuais, aqueles que tenham sofrido danos materiais e/ou morais em função de prisões decretadas de forma arbitrária, mantidas em desacordo com as nossas leis, ou ainda, embora formalmente legais, injustas, posto que seguidas de absolvição, é que o Estado acabará efetivamente respeitando os ditames de nossa Constituição da República, reafirmando, portanto, aqueles valores atinentes ao respeito ao cidadão, insitos a uma verdadeira democracia.
Em outras palavras, o Estado, nesse âmbito, há que dar o exemplo em também reparar o dano causado a alguém, mesmo que por ato do Poder Judiciário.

(...)

Destarte, a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erros judiciários, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipótese de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo a esses valores.

8 CONCLUSÃO

A presente pesquisa propôs-se a analisar o instituto da prisão preventiva, seus reflexos e repercussões sob a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico pátrio de 1988.

O referido objetivo surgiu diante da questão central da pesquisa, qual seja: as práticas extensivas do instituto da prisão preventiva no Brasil estão perfeitamente disciplinadas à luz da Convenção Americana dos Direitos Humanos e ordenamento jurídico pátrio de 1988?

Além disso, foram definidas as seguintes questões norteadoras: o que pensa a doutrina acerca da evolução histórica das prisões processuais? Como se posiciona os direitos humanos sobre a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos? Na prisão preventiva os princípios garantidores dos direitos constitucionais vêm sendo evocados? Quais os aspectos que envolvem os direitos do preso frente à CADH? A Lei nº 12.403/2011, que altera dispositivos do Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, trouxe evolução?

No que se refere ao que pensa a doutrina acerca da evolução histórica das prisões processuais, há uma análise evolutiva a partir do contexto de edição do atual CPP, comprovando que, em sua redação originária, não se protegia a liberdade de maneira adequada, sendo editado em um contexto autoritário e de presunção de culpa, com a adoção sem critérios das ideias das Escolas Positivista e Técnico-Jurídica. À luz dessas ideias, a regra era a prisão ao longo do processo, sendo a liberdade à exceção.

Quanto ao posicionamento dos Direitos Humanos sob a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobretudo a partir das decisões da Corte Interamericana, sua interpretação originária, sumamente rico, aponta para a existência de diversos *standards* internacionais, de observância vinculante no Brasil.

Segundo a Convenção Americana, toda privação de liberdade, para qualificar-se de legal, deve observar as causas, casos e circunstâncias prevista na

lei interna do país, que devem ser as mais explícitas possíveis, assim como o procedimento objetivamente definido na legislação interna.

A prisão preventiva mesmo após a edição da lei, ainda se mostra insuficiente para a plena satisfação das garantias da convenção, sobretudo, no tocante a já mencionada audiência de controle da prisão, onde o imputado ficará ciente de seus direitos, logo no momento da detenção e a nomeação de um advogado para o detido.

No que diz respeito à evocação dos princípios garantidores dos direitos do preso diante da prisão preventiva, a Lei n.º 12.403/2011 traz em seu conteúdo os principais princípios que foram tão bem interpretados e explicitados pelo STF. Princípios como a presunção da inocência, da culpabilidade, da razoabilidade e cabimento da liberdade provisória – quando afastados os requisitos da prisão preventiva – da dignidade da pessoa humana.

Para todos que ainda se apresentam céticos em relação à nova lei e preferem o encarceramento às medidas restritivas, é bom refletir as palavras Césare Beccaria:

[...] mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considera-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e a própria natureza do contrato social. (BECCARIA, 2001, p. 30)

Sob o ponto de vista bem garantista, o que a norma permite ao Magistrado é o ajustamento da medida cautelar, absolutamente necessária, mas não restritiva de liberdade, ao caso fático, ampliando o poder de cautela do Magistrado no decorrer da instrução o que outrora só era possível após a sentença condenatória.

No prazo legal de 24 (vinte e quatro horas), quando receber para apreciação o Auto de Prisão em Flagrante – APF, deverá o Magistrado observar se estão ou não presentes os princípios garantidores dos direitos constitucionais, os requisitos da prisão preventiva. Sendo negativo, deverá/poderá estabelecer medidas cautelares garantidoras do próprio juízo e da vítima, na mesma decisão que prolatar a liberdade provisória. Alteração de grande relevância e de enorme praticidade. Concede-se a liberdade provisória, contudo se estabelece, de imediato, cautelas que

o próprio autor deve executar, especialmente em relação à vítima, sob pena, de o acusado se ver recolhido ao cárcere.

A partir da vigência da Lei n.º 12.403/2011, o Magistrado, revestido de fundamento, poderá ou deverá permitir a liberdade provisória ao recepcionar o Auto de Prisão em Flagrante – APF e já instituir o texto literal das medidas, que em medida cautelar, devem ser obedecidas pelo infrator.

É possível vislumbrar diversos pontos controvertidos já surgidos sobre a lei n.º 12.403/2011. O tema da prisão foi que mais sofreu alterações e mutações no regime do CPP. Estas decorrem basicamente de quatro movimentos: o desenvolvimento das ideias de processo penal constitucional, a proteção internacional de direitos humanos, as noções de cautelaridade e as ideias de prisão-pena como *extrema ratio*. Estes movimentos trouxeram ganhos para o imputado, restringindo a utilização da prisão preventiva seja por meios de alterações legais ou por mutações.

No que concerne aos aspectos que envolvem os direitos do preso frente à CADH e, em relação à evolução advinda a partir da Lei nº 12.403/2011, que altera dispositivos do Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, observa-se que a Lei n.º 12.403/2011 evoluiu no tema da prisão preventiva em relação às normativas anteriores, sobretudo, no que tange aos direitos e garantias fundamentais dos presos proibindo penas cruéis - art. 5º, XLVII, CF - aproximando-se de algumas tendências identificadas nos modelos estrangeiros e na Convenção Americana, porém, em que pese o Brasil tenha ratificado a CADH há mais de duas décadas, sua implementação não é verificada em sua amplitude no dia-a-dia. Há uma vulnerabilidade à integridade física e a dignidade frente à CADH e ao que estabelece o art. 7º intitulado *direito à liberdade pessoal* bem como garantias dirigidas às condições da detenção em seu art. 5º.

Compreendida que a prisão é a exceção e a liberdade é a regra – segundo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal – observamos que o legislador foi excepcional em apresentar ao Magistrado a possibilidade, prevista na Lei n.º 11.340/2006, de vislumbrar outras medidas cautelares – que não a prisão.

Se não existe a possibilidade do Magistrado conceder o pedido de prisão preventiva requerido pela Autoridade Policial, mesmo que com parecer favorável do Ministério Público, pelo afastamento de requisitos que preencham as condições contidas no art. 312 do CPP, o ponto fático é que agora, é perfeitamente possível a determinação de inúmeras medidas que impeçam a aproximação do réu em relação à vítima ou mesmo que proíba o criminoso de frequentar determinados lugares, que determine seu recolhimento domiciliar, que suspendam o exercício de suas funções públicas ou mesmo que abalem financeiramente, tudo isso ainda durante a instrução do inquérito ou do processo, eis o exercício diário do direito.

Quando foram saudadas as legislações que inviabilizavam a concessão de liberdade provisória aos acusados, o Supremo Tribunal Federal na direção contrária compreendeu que vislumbrava ali normas inconstitucionais.

Na prática do direito, atenta-se que o fato típico, exclusivo, não determina motivação suficiente para impedir que o réu responda em liberdade pelo delito cometido. Tem que haver as condições autorizadoras da medida cautelar, sob pena de quebra de princípios consagrados e fundamentais do indivíduo em um Estado democrático de Direito.

Como preleciona Mendonça (2016), novos passos certamente devem ser dados, especialmente na incorporação urgente dos *standards* já fixados pela Corte Interamericana e que se refletem, também, nas tendências mais modernas do direito comparado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. E books Brasil. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 2. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2001.

_____. _____. 4. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

BONDIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, ano 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 07 set. 2016.

_____. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 06 de novembro de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. **Pastoral Carcerária**. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/ministro-da-suprema-corte-argentina-e-contra-prisoas-e-reducao-de-idade-penal.html>>. Acesso em: 17 jan. 2017

_____. **Supremo Tribunal Federal. RHC 81.395. Min. CELSO DE MELO, 2ª Turma, julgado em 03/02/2002, DJ de 15/08/2003, p. 30**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2017

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Edicamp, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual**. Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2011.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 04 ago. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoría Del Garantismo Penal**. Trad. Perfecto Ibáñez et al. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**. São Paulo – Ed. Marcial Pons, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, NA REDAÇÃO DA Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). **Medias Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativa**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IBCCRIM. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 07 ago. 2016.

JUSBRASIL, Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210801028/habeas-corpus-hc-70064894561-rs/inteiro-teor-210801037>> Acesso em: 14 dez 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. – 2ª ed. Revista, Ampliada e atualizada. – São Paulo: Editora JusPodium, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Edição 9. ed. Ver. E atual. São Paulo, 2012.

MACHADO CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. JusPODIVM, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PROTUGAL. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0250&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha+1&nversao=>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STF. **Supremo Tribunal Federal**, Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc126163.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 17. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. **Conselho da União Europeia**, Disponível em:
<https://europa.eu/european-union/documents-publications/official-documents_pt>. Acesso em: 07 dez. 2016.