

Muitos pesos e a mesma medida: excesso de prazo, prisão preventiva e razoabilidade em acórdãos de *habeas corpus* do TJPE

Many weights and the same measure: excessive duration of the preventive detention and razoability oi the decisions of the TJPE

Manuela Abath
Doutoranda em direito no PPGD em direito da Universidade de Brasília
Letícia Lucena
Graduanda em direito na UFPE

Resumo

O conflito entre liberdade individual e segurança social assombra o Direito Processual Penal e vem justificando, quando opta-se pro privilegiar este último aspecto, a utilização massiva do encarceramento provisório, chegando, em alguns estados brasileiros, como Pernambuco, a representar 60% da população prisional. Dentre várias questões em torno deste problema está o da duração máxima da prisão preventiva, dada a ausência de normatização da matéria. Assim, em um sistema processual que consagra os princípios da presunção de inocência, da razoável duração do processo e da provisoriedade da preventiva, quanto tempo pode durar a cautelar extrema? Tal resposta vem construída em nossa jurisprudência, sob o prisma da regra da razoabilidade, privilegiando-se três aspectos: a complexidade do caso, a desídia do poder público e a atividade da defesa. A falta de critério seguro é evidente e vem levando a uma disparidade de possibilidades. Neste trabalho, procuramos compreender o que pensam os desembargadores do TJPE a esse respeito. O que entendem por excesso de prazo? Para tanto, realizamos uma análise quantitativa e qualitativa de 67 decisões proferidas de agosto a novembro de 2013 em *habeas corpus* que demandam a liberdade provisória do paciente sob o fundamento de excesso na duração da cautelar.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Excesso de Prazo; Princípio da Razoabilidade

Abstract

The conflict between individual freedom and social security haunts the Criminal Procedure. When we privilege the latter, the massive use of provisional imprisonment (of the prisons without a trial) is justified, reaching in some Brazilian regions, such as Pernambuco, a situation where 60% of the prisoners are not convicted. Among various issues surrounding this problem, one of them is the maximum length of this detention. We are oriented by some principles like the presumption of innocence, reasonable length of proceedings and of this kind of detention. How long can last a detention

without a conviction? Such a response has been built by the courts, making an incessant use of the principle of razoability. Three aspects emerge: the complexity of the case, the negligence of the judicial power and the activity of the defense. The lack of reliable criterion is obvious and has led to a disparity of possibilities. In this paper we try to understand what think the judges of TJPE about it. We performed a quantitative and qualitative analysis of 67 decisions of *habeas corpus* – made between August and November 2013 – that examined the duration of the detention without a trial, considering this term as excessive or not excessive.

Key-words: detention without a trial; excessive duration; principle of razoability.

1. Introdução

Um dos temas mais intrigantes nas pesquisas em ciências criminais atualmente é o da prisão preventiva. Certamente, ao falarmos do caos do sistema carcerário, dificilmente não virá à tona o fato de que, parte considerável de pessoas recolhidas em nosso sistema prisional ainda não foi condenada. Em alguns estados, como Pernambuco, o percentual de presos provisórios chega a 60%¹. O que acontece?

A pergunta guarda uma enorme complexidade. Muitos trabalhos realizados sobre o encarceramento preventivo no Brasil detectam seu uso como pena antecipada ou como medida de legitimação do sistema de justiça penal, antes mesmo de qualquer finalidade estritamente cautelar (VASCONCELLOS, 2011; BARRETO, 2010; REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL, 2013).

A violação da presunção de inocência talvez seja um dado inerente à cautelar em exame, porém, quando ela é utilizada de forma tão expressiva (em Pernambuco, são mais de 18.000 presos provisórios), acaba por representar mais do que uma violação pontual a esse princípio, há uma verdadeira suspensão da ordem democrática que consagra as garantias do processo, como se, junto a essa ordem, existisse um permanente estado de exceção ou a configuração de um direito processual do inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2003).

¹Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário brasileiro de segurança pública. Ano 7. São Paulo, 2013.

Em um trabalho realizado com dados sobre acórdãos do TJPE, chegou-se a conclusão de que mais de 90% das decisões proferidas em *habeas corpus* liberatórios mantêm as prisões preventivas. Em algumas câmaras criminais, esse percentual chega a 95%. A chance, portanto, de ser solto, por ordem do Tribunal, é mínima. Há até apelidos para algumas dessas câmaras, como a conhecida “câmara de gás” (VALENÇA, 2013, p. 138).

Esse quadro guarda muitos aspectos que merecem a atenção das pesquisas sociojurídicas e, de alguma forma, elas vêm se desenvolvendo². Neste trabalho, pretendemos explorar um desses vieses. Trata-se da duração da prisão preventiva e do manuseio – por parte da defesa e da justiça – da tese do excesso de prazo para a formação da culpa do acusado. Qual a duração razoável da prisão preventiva? O que é, afinal, excesso de prazo?

Na primeira parte do trabalho, faremos uma exposição teórica sobre as prisões preventivas e sua duração, tratando da normatização sobre prazo da cautelar na legislação brasileira e as saídas jurisprudências, hoje praticamente restringidas à regra da razoabilidade. Analisaremos alguns diplomas processuais penais latino-americanos que, inspirados no texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no do Código de Processo Penal Modelo para a Íbero-América adotaram prazo máximo para a duração da cautelar. Problematizaremos, ainda que brevemente, a solução brasileira de deixar a cargo da “razoabilidade” a decisão sobre a duração do tempo da prisão, tendo em vista a indeterminação semântica inerente a qualquer princípio.

Na segunda parte do trabalho, apresentaremos dados provisórios de uma pesquisa que vimos realizando com acórdãos do TJPE que analisam o instituto da preventiva, lançando um olhar quantitativo e qualitativo de cerca de 67 decisões que abordaram a questão do excesso de prazo, procurando entender o que o tribunal entende por excesso e quando ele se configura.

²As pesquisas acima citadas são um exemplo. Também o CNJ possui uma preocupação especial com o tema, que motivou a aprovação da pesquisa “Descarcerização”, cujos dados coletados em Pernambuco são parcialmente trabalhados neste artigo.

Acreditamos que tal diagnóstico é fundamental, na medida em que, dada a ausência de normatização sobre a matéria, tem ficado a critério da jurisprudência definir quanto vale cada dia no sistema prisional brasileiro. Não raramente nos deparamos com casos em que pessoas ficaram presas preventivamente por mais tempo do que ficariam se cumprissem apenas suas penas de prisão. Os dias roubados não são capazes de ser quantificados em indenizações. Por outro lado, antecipamos que esse diagnóstico não é fácil, havendo um horizonte relativamente caótico. Embora algumas regularidades apareçam, pareceu-nos impossível, após a pesquisa, concluir que o TJPE pensa isso ou aquilo do excesso. Os pesos e as medidas são muitos.

2. Mais uma nota introdutória: processo penal e democracia

Não poderíamos deixar de tecer um breve comentário sobre o papel do processo penal em uma democracia. Já se disse que o processo penal é o termômetro do modelo de Estado adotado em determinado lugar. A estados autoritários corresponderia um processo penal de cunho inquisitivo e verticalizante e, *pari passu*, a um estado democrático de direito, um modelo de processo penal democrático e acusatório (HASSEMER, 2003, p. 72-73). No Brasil, cujo Código de Processo Penal data de 1941³, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1942, em pleno Estado Novo, há de se notar a presença de inúmeros institutos de ranço inquisitivo que por muito tempo perduraram em seu texto e o assombram até hoje.

A título de exemplo, vale lembrar a previsão, na primeira versão do CPP, de prisão preventiva obrigatória para delitos graves, cuja pena máxima excedia dez anos de reclusão. Ainda, em termos de provas, o Código originalmente previa uma participação ativa do juiz na produção dos elementos de sua convicção, desequilibrando fundamentalmente o papel imparcial que deveria cumprir em um processo acusatório⁴.

Ao longo dos setenta anos de sua vigência, diversas pequenas modificações foram realizadas, sobretudo após a Constituição de 1988⁵, que consagrou

³A elaboração do Código sofreu influência direta do fascista Código de Rocco, o diploma processual penal italiano elaborado à época de Mussolini com a viva participação de Francesco Manzini.

⁴O que, ainda hoje, reflete-se, apesar das importantes mudanças empreendidas pela Lei 11.690 de 2008, em previsões como a do inciso I do artigo 156 do CPP.

⁵Data de 1967 a primeira mudança significativa no CPP sobre a matéria, através da edição da Lei 5.349, que exclui a prisão preventiva obrigatória de nosso ordenamento. Já a Lei 5.971, de 1973, extinguiu a obrigatoriedade da decretação da prisão em razão da pronúncia do acusado. Esta última lei ficou conhecida como *Lei Fleury* e, assim como a primeira, apesar de consideradas liberalizantes, surgiram de

definitivamente garantias liberais ao acusado. As Leis 11.689, 11.690, 11.719 (todas de 2008) e a 12.403 de 2011 trouxeram mudanças importantes em termos de fortalecimento de um processo acusatório: redução do excesso de formalismo, consagração do contraditório na produção probatória, deslocamento do interrogatório para o final da audiência de instrução, encarando-o como meio de defesa, disciplinamento da proibição da utilização de provas ilícitas e consagração de alternativas cautelares à prisão preventiva, colocando-a definitivamente no lugar de exceção. Foi aprovada ainda a Lei 9.099, em 1995, introduzindo no sistema processual o procedimento sumaríssimo, valorizando a informalidade, a oralidade e a celeridade processual.

Porém, ao lado das reformas legais tendentes a abandonar a tradição inquisitorial, a prática da justiça penal brasileira ainda é marcada pela verticalização, deficiência de defesa, desequilíbrio de forças entre instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, flexibilização das regras de vedação ao uso de provas ilícitas, iniciativa probatória por parte do juiz e o uso intenso do encarceramento provisório. Este último dado nos interessa primordialmente, pois é um dos mais representativos do espírito inquisitorial, por negar frontalmente o princípio da presunção de inocência.

O processo inquisitorial é marcado pelo recolhimento do suspeito ou acusado para responder ao processo, pois sua culpa era presumida. Como destaca Jacinto Coutinho (2009, p. 105), “o réu vira um pecador, logo, detentor de uma ‘verdade’ a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação”. Como objeto, sua detenção provisória era regular. Inverter essa regra para uma presunção de inocência e manter a preventiva como uma regra é inócuo.

Zaffaroni afirma que a história da justiça penal é uma constante disputa entre discursos e práticas autoritárias e inquisitoriais e críticas a essas tendências (ZAFFARONI, 2004, p. 28-29). Parecemos repetir século após século a demonologia

um empenho específico de salvaguardar alguns membros do *Esquadrão da Morte*, grupo de extermínio responsável pelo assassinato e tortura de criminosos comuns e políticos, em cuja composição tinham também policiais, dentre eles Sérgio Paranhos Fleury, líder do grupo e Delegado do DOPS – Departamento da Ordem Pública e Social (GOMES FILHO, 2011; CRUZ, 2011).

presente no *Malleus Maleficarum – O martelo das feiticeiras* e a resistência a essa demonologia, presente na obra *Cautio Criminalis*, de Christian Thomasius.

Essa tensão dá origem a dois modelos de processo, segundo Ferrajoli, o modelo garantista e o inquisitivo ou antigarantista (FERRAJOLI, 2002, p. 35). Ou, como exposto no clássico texto de Hebert L. Packer, aos modelos do controle social (*crime control model*) e do devido processo (*due process model*)⁶. No primeiro, o escopo preponderante é o controle do crime, de modo que o processo penal aparece como instrumento a serviço da eficiência no combate à criminalidade. Velocidade e altos níveis de condenação ou, ao menos, processamento dos casos, são as metas visadas. No modelo do devido processo, o objetivo central não está no resultado, mas na observância de um processo de garantias, em que o contraditório seja assegurado e no qual o acusado tenha amplas condições de apresentar uma defesa tecnicamente qualificada diante da imputação que lhe é feita. Porquanto a condenação por crime priva o sujeito de uma série de direitos, além de etiquetá-lo como criminoso, o processo deve justamente servir como freio e controle da atividade do Estado. “De acordo com essa ideologia, a máxima eficiência significa máxima tirania” (PACKER, 1968, p. 406), razão pela qual o escopo do processo não está em gerar números, mas em garantir direitos.

Marcelo Riquert anota que:

O direito penal e o processual penal se encontram em pleno processo de reforma e os princípios reitores da ordem constitucional que impõem a vigência de um direito substantivo liberal do ato e um modelo de trâmite adjetivo de corte acusatório no marco do ‘devido processo’, são enfraquecidos por demandas de eficácia que chegam a se justificar a partir do plano teórico com a distinção entre um ‘direito penal do

⁶ Essa esquematização aparece em outros trabalhos com outras denominações, mas com sentido muito próximo ao aqui adotado. O modelo do controle do crime é um modelo de defesa social, quando entendemos esta doutrina como aquela que entende a intervenção penal como uma utilidade social de proteção da maioria não delinquente da minoria delinquente (BARATTA, 2002, p. 42; FERRAJOLI, 2005, p. 262). Por esta razão, nos valeremos do termo defesa social para referir ao uso do processo como controle do crime.

cidadão' e um 'direito penal do inimigo' (RIQUERT, 2007, p. 95-96)

O uso indiscriminado da prisão preventiva com a finalidade de controle da criminalidade, a figura do agente infiltrado, a adoção de teorias que limitam a proibição do uso da prova ilícita, dentre outras, são medidas que flexibilizam o rigor garantista (ELBERT; BALCARCE, 2009, p. 79). Como sintetiza Ripollés (2007, p. 91):

No marco das sociedades democráticas, com amplo elenco de liberdades individuais legalmente reconhecidas e efetivamente exercidas, está-se generalizando a ideia de que é preciso renunciar às cautelas existentes encarregadas de prevenir os abusos dos poderes públicos contra os direitos individuais, em troca de uma maior efetividade na persecução do delito

3. Prisões preventivas no direito brasileiro

3.1. Caminhos pela inquisição

Em sua primeira versão, como dito, o CPP trazia quatro modalidades de prisão processual: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão por decisão da pronúncia e a prisão decorrente da condenação.

No que tange à prisão preventiva, a primeira redação dada ao artigo 312 do Código de Processo Penal instituiu a modalidade de prisão preventiva obrigatória para os crimes graves⁷. A gravidade da infração era medida objetivamente pela pena imposta ao crime, considerando-se graves aqueles em que a pena máxima era igual ou superior a dez anos de reclusão. Na época, chegou-se a aplicar a prisão até mesmo em casos em que não se analisava a existência de indícios de autoria e materialidade, embora a

⁷Antes do CPP de 1941 não existia hipótese de prisão preventiva obrigatória. O Código de Processo Criminal de 1832 exigia, para a aplicação da prisão preventiva, apenas que o crime fosse inafiançável, devendo o seu cabimento ficar ao arbítrio do juiz. A lei 2.033 de 1871 veio disciplinar melhor o instituto, passando a trazer como requisitos para a preventiva, além da inafiançabilidade do crime, a existência prova de materialidade e indícios de autoria. Não existia hipótese de prisão preventiva obrigatória, que só aparece em nosso direito com o CPP atual, elaborado à sombra de ideais autoritários que rondavam o país ao longo do Estado Novo (CRUZ, 2011, p. 36).

doutrina majoritária defendesse a necessidade da existência desses dois pressupostos genéricos (ESPÍNOLA FILHO, 1954, p. 372)⁸.

Para os demais crimes, a prisão provisória se justificava se presentes os dois pressupostos da cautelar - a prova da materialidade delitiva e indícios de autoria – e algum dos três seguintes requisitos: necessidade de manutenção da ordem pública, risco para o curso da instrução criminal ou risco de não aplicação da lei penal. Como se percebe, ainda não havia o requisito da garantia da ordem econômica.

Curiosamente, é apenas ao longo do regime militar no país que leis processuais penais modificam a disciplina da matéria. Data de 1967 a primeira mudança significativa no CPP, através da edição da Lei 5.349⁹, que exclui a prisão preventiva obrigatória de nosso ordenamento. Já a Lei 5.971, de 1973, extinguiu a obrigatoriedade da decretação da prisão em razão da pronúncia do acusado. Esta última lei ficou conhecida como *Lei Fleury* e, assim como a primeira, apesar de consideradas liberalizantes, surgiram de um empenho específico de salvaguardar alguns membros do *Esquadrão da Morte*, grupo de extermínio responsável pelo assassinato e tortura de criminosos comuns e políticos, em cuja composição havia também policiais, dentre eles Sérgio Paranhos Fleury, líder do grupo e Delegado do DOPS – Departamento da Ordem Pública e Social (GOMES FILHO, 2011, p.34).

A prisão preventiva foi, em diversos momentos da história das legislações penais e processuais brasileiras, empregada como arma de combate ao crime, objetivo que está implícito à vedação à concessão de liberdade provisória prevista, por exemplo,

⁸Ainda segundo Espínola Filho, a previsão da prisão preventiva obrigatória galvanizava a opinião de juristas que, à época, debatiam sobre a necessidade de o juiz fundamentar ou não a decisão que decretava a medida. A tendência, já na década de 50, era a de se exigir a fundamentação, devendo o julgador demonstrar as provas da materialidade do delito e dos indícios de autoria (ESPÍNOLA FILHO, 1954, p. 387-389).

⁹No diário do Congresso Nacional (Seção 1) nº 5864 de 16 de setembro de 1966 é publicada a apresentação do projeto de lei 3.908 de 1966 que pretendia abolir a prisão preventiva e que culminou na edição da Lei 5.349, no ano seguinte. No projeto, apresentado à Câmara dos Deputados pelo deputado Aniz Badra, defende-se a abolição daquela modalidade de prisão sob a justificativa de que ela não era condizente com uma sociedade liberal e que era preciso, nas palavras do deputado, “varrer de nossa legislação medidas que transladamos do processo penal italiano da Era Mussolini” (DCN, nº 5864, p. 22).

na Lei de Crimes Hediondos (antigo artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.072¹⁰), em sua primeira edição e na Lei de Drogas (artigo 44 da Lei nº 11.343¹¹).

Em julho de 2011, entrou em vigor a Lei 12.403, trazendo importantes modificações para o sistema de medidas cautelares. Primeiramente, ela superou a dicotomia *prisão x não prisão* que o Código mantinha até então, trazendo ao nosso ordenamento outras medidas cautelares pessoais. Aliás, essas medidas devem ser privilegiadas em relação à preventiva, reforçando a excepcionalidade desta última.

Segundo, a lei ampliou as hipóteses de cabimento de arbitramento de fiança em sede policial, o que, na prática, garante que pessoas presas em flagrante por determinados delitos sejam imediatamente liberadas pela própria autoridade policial, evitando a sua condução ao sistema prisional e afastando a possibilidade de conversão do flagrante em preventiva.

No que toca aos requisitos autorizadores da prisão preventiva, mantem-se a antiga regra. As hipóteses de cabimento, por seu turno, modificaram-se substancialmente, prevendo hoje a redação do artigo 313 a aplicabilidade da cautelar a) em crimes dolosos cuja pena máxima cominada excede quatro anos, b) nos crimes cometidos contra mulheres, idosos, crianças e deficientes, c) em qualquer caso, quando reincidente o acusado e d) quando houver dúvida sobre a identidade civil do suspeito (devendo ser a identificação realizada com agilidade e imediatamente liberado o suspeito quando devidamente esclarecida sua identidade).

Como se observa, o problemático requisito da ordem pública se mantém, tornando atuais as críticas a respeito da sua constitucionalidade (CHOUKR, 1993; KARAM, 2009, p. 17), já que ele em nada se compatibiliza com a natureza cautelar da prisão preventiva. Além disso, “ordem pública” é um termo com indefinição semântica fundante, afinal, não diz nada, fugindo a qualquer controle de legalidade que,

¹⁰O referido artigo foi inicialmente julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111840) e, sem seguida, alterado pela Lei 11.464 de 2007, não mais subsistindo a referida vedação.

¹¹O artigo 44 da Lei 11.343 foi declarado inconstitucional pelo STF (HC 104339), apesar de já haver na doutrina entendimento segundo o qual a modificação trazida pela 11.464 de 2007 na Lei de Crimes Hediondos também se aplicava aos seus equiparados, a exemplo do tráfico de entorpecentes (LOPES, 2012; NUCCI, 2010).

pretensamente (CUNHA, 1979, p. 72), guiariam os institutos penais e processuais penais.

Não é incomum ver decisões que se baseiam em argumentações das mais genéricas como: crime de grande repercussão, forte clamor popular ou outras que as valham. Em estudo realizado sobre a fundamentação de decisões criminais, Nereu Giacomolli (2004, p. 79) constatou que a ordem pública pode significar “a comoção social, a enorme repercussão do delito no seio da sociedade, o clamor público oriundo do delito, a periculosidade do agente e o *modus operandi*”, além de se justificar também na inquietação social, na necessidade de manter credibilidade da justiça etc.

Aliás, em trabalho pioneiro ainda no início da década de 90, Hassan Choukr atentava para os inúmeros sentidos que vinham sendo dados ao conceito de “ordem pública”, desde a necessidade de se manter a credibilidade da justiça até o de assegurar a segurança do réu!

A indeterminação normativa para as hipóteses de cabimento da cautelar é acompanhada pela mesma indeterminação no que toca ao prazo máximo de sua duração. A lei 12.403 de 2011 nada inovou a esse respeito.

3.2. Ausência de prazo para a prisão preventiva

3.2.1. A doutrina do não-prazo

Desde a edição de nosso Código de Processo, jamais houve duração certa para a cautelar. Decerto, algumas regras jurisprudenciais procuravam restringir a matéria, sustentando a criação de prazos baseados na duração dos procedimentos para processamento e julgamento para cada um dos crimes. A regra era conhecida: somavam-se os prazos processuais para recebimento da denúncia, citação do acusado, defesa preliminar (ou resposta à acusação), instrução, apresentação das alegações finais e prolação da sentença. O prazo razoável para a duração do processo. Assim, os conhecidos 81 dias perduraram nas decisões para o procedimento ordinário, havendo outras previsões em caso de ritos especiais.

Com a aprovação das reformas de 2008, esse prazo deixa de corresponder à somatória dos atos do procedimento ordinário e vai, pouco a pouco, caindo por terra.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 elevou à categoria de direito fundamental a regra da razoável duração do processo, obedecendo aos preceitos internacionais antes já fixados. O processo precisa durar um tempo razoável não apenas porque a justiça requer credibilidade, mas porque, no caso específico do processo penal, a “pena de banquillo”¹² impõe que o estado não roube o tempo do próprio acusado, além de outras questões referentes, por exemplo, à função de uma pena aplicada tanto tempo depois do crime. Porém, é evidente que o imbróglio ganha dimensões muito mais extensas quando o réu está preso.

A ausência de prazo máximo para a duração da cautelar levou os tribunais brasileiros a adotar regra amplamente conhecida na jurisprudência da Corte Interamericana e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Nestas, a regra abrange a análise da razoável duração do próprio processo. Entretanto, a prisão processual está compreendida neste exame, afinal, a existência de um réu preso torna ainda mais crítica a demora na conclusão do feito. A teoria dos três critérios prevê o exame de três aspectos do processo para avaliar a duração do feito ou da preventiva: a) complexidade do caso; b) atividade processual do interessado e c) conduta das autoridades judiciárias (LOPES Jr; BADARÓ, p. 40).

Soma-se a ele o critério do princípio da razoabilidade, como uma espécie de ponderação geral sobre os bens em jogo em um processo, a partir do qual se pode concluir por uma duração razoável ou não do procedimento e da detenção provisória.

3.2.2. Diplomas latinoamericanos e a previsão de prazos

A América Latina possui um regramento especial que aponta tanto para a excepcionalidade quanto para a provisoriedade da prisão preventiva. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos traça essas diretrizes, as quais, pouco a pouco vêm sendo integradas aos textos nacionais. O artigo 7.3, 7.5 e 7.6 da Convenção expressa:

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

¹²Do estigma às incertezas sobre o resultado final da colenda, o acusado sofre o que se passou a chamar a *pena de banquillo* (LOPES JR; BADARÓ, 2010), isto é, a pena que advém do simples “sentar” no banco dos réus.

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

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

Embora o artigo 8 da mesma Convenção consagre, logo em seguida, o princípio da presunção de inocência, também não existe vedação expressa ao uso da prisão preventiva nem no texto da Convenção e tampouco nos diplomas legais nacionais.

Os códigos processuais penais de países da América Latina também se espelham no Código de Processo Penal Modelo para a Íbero-América¹³, o qual consagra um sistema acusatório e suas garantias como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência. Tal código inspirou diversas reformas legislativas nos países de origem hispânica, os quais ainda mantinham, no século XX, diplomas legais de cunho inquisitivo. A partir da década de 1990, tais transformações passam a se concretizar (GRINOVER, 1993).

¹³O Código Modelo é um esforço de processualistas latino-americanos e lusos e hispânicos para a criação de um diploma que sirva de inspiração a mudanças legislativas de tendência acusatória haja vista a realidade comum de países na América Latina e de Portugal e Espanha, de forte influência da Inquisição. (GRINOVER, 1993, p. 545).

O cenário legal, portanto, na América Latina é o da possibilidade de uso do encarceramento preventivo aliado a uma necessidade de se limitar tal encarceramento.

Quando adentramos a realidade do encarceramento provisório no continente, nossa abordagem se torna muito mais desanimadora. Longe de constituir exceção e medida excepcional, as detenções ao longo do processo são corriqueiramente utilizadas e, hoje, contamos com uma vasta quantidade de pessoas que estão recolhidas aos Sistemas Penitenciários ainda que sem uma sentença definitiva que tenha decidido sobre suas responsabilidades. Os dados oficiais sobre a estatística carcerária da Argentina, Uruguai, Brasil, Colômbia, Peru, Chile, Paraguai e Bolívia são estarrecedores quando apresentamos os percentuais de presos provisórios. Porém, a maioria desses países adotou prazo fixo para a duração da preventiva¹⁴. O quadro abaixo resume o argumento e procura tornar menos cansativa a exposição:

Tabela 1: Percentual de presos provisórios e tempo máximo de duração da prisão preventiva em países latino-americanos

País	Presos provisórios (%)	Duração máxima da prisão
Argentina	55,5 (2012)	Pena máxima cominada ao tipo Pena fixada na sentença condenatória não definitiva Cumprimento de pena preventiva que, se subtraída à possível condenação, daria o benefício do livramento condicional. ¹⁵
Bolívia	84 (2011)	Pena mínima cominada ao tipo ou 18 meses ou 36 meses ¹⁶
Chile	50 (2011)	Metade da pena prevista ou imposta. Prazo que pode ser estendido. ¹⁷
Peru	60 (1991)	Nove meses Dezoito meses Trinta e seis meses ¹⁸

¹⁴Não apenas em nosso continente. Lopes Jr e Badaró observam que em alguns países europeus também houve a consagração de regras limitadoras do tempo da prisão preventiva, a exemplo da Itália, Alemanha e Portugal (LOPES Jr.; BADARÓ. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97 e 98).

¹⁵Código Processal Penal de la Nación.

¹⁶Código de Procedimiento Penal (Lei 1.970).

¹⁷Código Processal Penal de 2000

¹⁸Nuevo Código Processal Penal (1991)

Paraguai		Pena mínima cominada ao tipo Prazos estabelecidos no Código de Processo Penal ¹⁹
----------	--	--

A Lei 12.403 de 2011 em nada inovou em matéria de prazo para a duração da preventiva. O anteprojeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (nº 156/09) prevê uma duração máxima de 180 dias para a cautelar, podendo este ser estendido em algumas hipóteses. Evidentemente, é preciso ressaltar que a previsão desses prazos é fundamental, mas não será a redenção do problema. Ao contrário, os índices de encarceramento provisório nos países latino-americanos que dispuseram sobre o prazo não é baixo. Afinal, como já ressaltado, a preventiva cumpre muitas funções em nosso sistema de justiça, da tentativa de controle da criminalidade até a de legitimação do judiciário.

4. Afinal, o que é excesso de prazo? Análise de decisões em *habeas corpus* do TJPE

4.1. Notas metodológicas

Nosso universo de pesquisa é composto pelas decisões proferidas pelas quatro câmaras criminais do TJPE nos meses de agosto, setembro, outubro e novembro de 2013, que tinham como objeto o tema das prisões preventivas e julgavam alegação de excesso de prazo. Ao todo, foram 67 decisões.

Realizamos uma análise puramente quantitativa dessas decisões a fim de detectar: a) o tempo de prisão do paciente ou recorrente na data do julgamento do *habeas corpus* ou do recurso; b) o(s) crime(s) pelo(s) qual(is) respondia ou era suspeito e c) o histórico criminal do paciente ou recorrente²⁰. Além do que, realizamos uma análise qualitativa do conteúdo de algumas decisões, a fim de compreender os principais argumentos utilizados pelos julgadores para manter ou revogar a prisão, procurando

¹⁹Código Processal Penal (Lei 1286/1998)

²⁰Aqui utilizamos três categorias: primário com bons antecedentes, primário com maus antecedentes (na hipótese de os julgadores destacarem ações penais ou inquéritos em curso) e reincidentes.

entender o que, para eles, é um prazo razoável de duração da prisão preventiva e quais os critérios importantes nesse exame.

4.2. Dados

De nosso universo de pacientes, ou seja, 67, conhecíamos as informações relativas ao histórico criminal de 37 deles. Destes, 60% eram primários e portadores de bons antecedentes, 34,5% primários e portadores de maus antecedentes e apenas 5,7% eram reincidentes. Do total de acórdãos, em 85,3% houve manutenção da prisão e a revogação ocorreu no restante dos casos. Das hipóteses de manutenção, em 58% dos casos os réus eram primários e portadores de bons antecedentes e em apenas 1 dos casos, ele era reincidente (correspondendo a 3,44%). Por fim, a maioria dos casos tratava de pacientes acusados pela prática de crimes contra a vida (43,3%), percentual seguido pelo delito de tráfico de drogas (22,4%) e, posteriormente, pelo de roubo (16,4%).

No que toca ao tempo da prisão, encontramos uma variação enorme de número de dias considerados razoáveis. As justificativas utilizadas, por seu turno, também foram as mais diversas, dentre elas: a ausência de desídia do judiciário; existência de pluralidade de réus; a ocorrência de aditamento da denúncia; o encerramento da instrução, superando-se a alegação de excesso de prazo; a pluralidade de condutas delitivas; atuação procrastinatória do próprio imputado.

Como dissemos esse tempo de prisão julgado razoável varia muito e se relaciona a diferentes aspectos, tendo sobressaltado três: tipo de crime imputado ao paciente, número de acusados no processo e histórico criminal do acusado. Cada um deles será examinado a seguir, mas antes, apresentemos alguns dados gerais.

Tabela 2: Tempo de prisão julgado razoável de acordo com o crime

Tempo de prisão	Homicídio		Roubo		Tráfico de drogas		Furto		Lesões corporais		Total	
	%	n.	%	n.	%	n.	%	n.	%	n.	%	n.
0-100 dias	3,57	1	0	0	14,29	2	0	0	100	1	8,93	5
101-300 dias	32,14	9	77,77	7	57,14	8	100	1	0	0	46,43	26

301-500 dias	21,43	6	22,22	2	7,14	1	0	0	0	0	19,64	11
501-700 dias	3,57	1	0	0	7,14	1	0	0	0	0	3,57	2
701-1000 dias	3,57	1	0	0	14,29	2	0	0	0	0	5,36	3
Mais de 1000 dias	25,00	7	0	0	0,00	0	0	0	0	0	16,07	9
Total	100,00	28	100	9	100,00	14	100	1	100	1	100,00	56

Fonte: banco de dados próprio. Elaboração própria

Como se observa na tabela, boa parte das prisões analisadas e julgadas razoáveis tinham duração de 101 a 300 dias, mas as prisões de 301 a 500 dias aparecem logo em seguida como as mais frequentemente julgadas razoáveis. Não raro, prisões de um ano ou um pouco mais do que isso são julgadas como razoáveis.

O tempo de prisão mais longo – superior a mil dias - aparece apenas nos casos de homicídios. Desses casos, que são 7 (sete), apenas um contava com um único réu, sendo os demais processos com pluralidade de acusados, o que foi utilizado como argumento pelos julgadores para manter a prisão preventiva e julgar o tempo.

Fazemos abaixo breves análises de critérios que parecem orientar a decisão sobre o excesso de prazo. Evidentemente, tais critérios não são estanques, mas se comunicam. As várias possibilidades de combinações entre o tipo de crime, a primariedade ou não do acusado, bem como a existência de um ou mais réus compõem o cenário que pretendemos entender, mas que beira mesmo ao incognoscível.

4.2.1. O tempo da prisão e o crime imputado ao paciente

Primeiramente, ressalte-se que dos 67 processos analisados, em apenas um não constava o crime pelo qual respondia o imputado. Trata-se do HC 300913-8.

Nos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa e nos de tráfico, a tolerância dos julgadores é muito maior, ao passo que nos delitos menos graves, essa tolerância cai e a prisão preventiva tende a ser revogada, como se mostra no quadro abaixo.

Na tabela abaixo mostramos o tempo mínimo que foi julgado não razoável em cada um dos crimes e o tempo máximo de prisão que apareceu como razoável. Tais limites representam os limites da tolerância, mas, por óbvio, não são fixos. As razões que levam o julgador a avaliar tais tempos como o limite do razoável são muitas e variam tanto a ponto de não encontrarmos dados regulares e harmônicos.

Tabela 2: Tempo razoável e não razoável de prisão preventiva de acordo com o crime imputado ao paciente

	Homicídio	Roubo	Furto	Tráfico	Lesões corporais	Total
Tempo mínimo considerado irrazoável	214	357	174	790	158	158
Tempo máximo considerado razoável	2005	493	251	833	98	2005

Fonte: banco de dados próprio. Elaboração própria

Os dados acima reforçam as pesquisas que vem apontando para o uso do encarceramento provisório como forma de antecipar a pena, de controle da criminalidade, e de neutralização das pessoas acusadas de crimes considerados mais graves e, portanto, perigosas²¹. Embora o excesso de prazo possa ser considerado um argumento de ordem objetiva, em que o número de dias seria o fator mais decisivo, o crime imputado ao paciente moldará a compreensão que se tem de excesso, pois terá relação com a possibilidade de se soltar uma pessoa perigosa.

Desse modo, as durações mais longas de prisão consideradas razoáveis estão exatamente nos crimes de rua: homicídio, roubo e tráfico de drogas. Nestes casos, havendo uma espécie de resolução *a priori* (é preciso manter essas pessoas presas), as justificativas para a manutenção da prisão, a despeito de longos decursos de tempo, são as mais diversas, quando não muito vagas.

No HC 312.239-8, o argumento apresentado pelos desembargadores é inalcançável. No caso, o paciente, primário, havia sido preso em flagrante em 23 de março de 2013 pela suposta prática do delito insculpido no art. 33 da Lei 11.343 e a

²¹A periculosidade aparece com frequência nas decisões de manutenção da prisão preventiva, sobremaneira para demonstrar a necessidade de garantia da ordem pública.

primeira audiência de instrução e julgamento fora designada somente para janeiro de 2014. Ao justificar o excesso, aduziu o relator:

No caso em tela, não se constata nenhuma situação teratológica que caracterize o prolongamento prazal injustificado aduzido na inicial. Na verdade, o feito encontra-se em regular tramitação, além de que o fato de a audiência de instrução e julgamento ter sido designada somente para janeiro de 2014 não configura, categoricamente, excesso de prazo capaz de eivar de ilegalidade a prisão preventiva.

Só. Já no HC 310264-3, em que o paciente é também primário, contando o feito com um único réu, denunciado pela prática do crime de homicídio qualificado, o relator considerou razoável uma prisão preventiva de 11 meses e 17 dias, argumentando:

registre -se que o mandado de prisão preventiva foi cumprido em 17/09/12. Portanto, o paciente está segregado há 11 meses e 17 dias, lapso temporal que entendo não ultrapassar os parâmetros da razoabilidade em face das circunstâncias do caso concreto

Chama especialmente atenção o acórdão que julgou razoável um tempo de prisão de 2005 dias. No caso referido, constante do HC 307227-5, a defesa utilizou-se da tese de excesso, dentre outras, por existir segregação superior a 5 (cinco) anos, sem que a audiência de julgamento pelo Júri tivesse sido marcada. Para denegar a ordem, os desembargadores utilizaram o argumento da razoabilidade, afirmando que

O entendimento do STJ também é no sentido de que não configura constrangimento ilegal o excesso de prazo considerado razoável diante das circunstâncias especiais do caso concreto.

No mais, segundo a referida decisão, a defesa teria interposto Recurso em Sentido Estrito e oposto Embargos de Declaração, recursos suspensivos que demandariam tempo para serem julgados pelo Tribunal. O exercício do direito de defesa, portanto, justificaria o referido prazo. Sobre a audiência, havia nos autos notícia

de que a mesma estaria prevista para o primeiro semestre de 2014. Destaque-se, por fim, neste caso, que o fato de o processo contar com mais de 4 réus justificava a demora.

Observe-se que, no caso do homicídio, considerou-se irrazoável um tempo de prisão de 214 dias, mas, depois disso, somente foi considerada irrazoável uma prisão de 611 dias. Interessante, entretanto, é avaliar com mais vagar o caso de irrazoabilidade dentro dos 214 dias acima citado (HC 309491-3).

Em primeiro lugar, ao avaliar o caso concreto o desembargador relator afirmou não vislumbrar um caso de grande complexidade (questão envolvia apenas um réu, inexistindo indicação de qualificadoras *a priori*), assim, ainda que todas as circunstâncias do caso apontassem para um trâmite célere, o Ministério Público apenas ofereceu denúncia aproximadamente 06 (seis) meses depois do flagrante. No entanto, não apenas se tratava de uma questão de pouca complexidade, como também inexistia nos autos qualquer informação que justificasse tamanha demora. O retardo da atuação ministerial, quando essa poderia ter ocorrido sem maiores dificuldades, foi considerado, por parte da câmara, como uma afronta à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF) e um fator decisivo à configuração do excesso.

O reconhecimento do excesso referido adveio do encontro de duas circunstâncias peculiares: ausência de qualquer movimentação processual durante 06 (seis) meses²², bem como inexistência de qualquer razão prestada por parte do órgão ministerial que justificasse tamanha demora em denunciar um caso de baixa complexidade.

Essa necessidade de uma concorrência de circunstâncias para a caracterização do excesso é um argumento recorrente nos julgados trabalhados. Para afastar a ocorrência do excesso de prazo por mero cálculo aritmético, o Tribunal tende a avaliar o desempenho do judiciário dentro das peculiaridades e dificuldades do caso concreto (o réu concorreu para o decurso do tempo, há pluralidade de réus, são várias as infrações cometidas, grande volume de processos na Vara), avalia-se, por conseguinte, se houve

²²Período durante o qual não se poderia falar sequer em relação processual aperfeiçoada, vez que inexistia denúncia e, por consequência, citação do investigado.

razoabilidade na utilização do tempo por parte do judiciário, se foi garantida a regularidade no caminhar processual do feito, na medida do possível²³.

Assim sendo, considerando a inexistência de excesso por mero cálculo aritmético, percebe-se, como resultado, certa disparidade entre os prazos considerados aceitáveis e os tidos por inaceitáveis pelo Tribunal, conforme dados constantes da tabela.

No roubo, o tempo mínimo considerado irrazoável foi de 357 dias e, portanto, mais de um ano. No furto, 174 dias, para o tráfico de drogas, 790 e, por fim, para as lesões corporais, 158.

Interessante notar que, tratava-se de 15 processos envolvendo a Lei 11.343/06 e houve revogação da prisão por excesso em apenas um, no qual constava uma prisão de 790 dias²⁴. O que há nesse caso para a prisão ter sido revogada, enquanto que prisões com tempo semelhante ou até superior foram mantidas?

O caso era o de um paciente que cumpria pena em regime semiaberto e que, após uma saída regular, trazia consigo 59 gramas de maconha para dentro do Complexo Prisional. No caso, a denúncia foi oferecida um ano após a prisão em flagrante, mas, até a data do julgamento do HC, quando o paciente estava preso há mais de dois anos, ainda não havia sido recebida e a prisão em flagrante não fora convertida em preventiva. O paciente foi preso um dia após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011 e teve seu flagrante homologado (!) e prolongado por cerca de 2 (dois) anos até que o Tribunal considerasse o tempo como excessivo.

Observe-se, por outro lado, que apesar de o Brasil não adotar um prazo máximo para a prisão preventiva, as margens consideradas irrazoáveis são muito menores do que os prazos máximos dispostos nos Códigos latino-americanos acima citados. Na maioria deles, a preventiva pode durar o equivalente à pena mínima cominada ao tipo. Nos casos acima, os prazos não tolerados estão todos bem abaixo do mínimo cominado ao tipo para os crimes de homicídio, roubo, e tráfico de drogas. No furto e nas lesões corporais foram toleradas prisões que se aproximavam do mínimo cominado aos respectivos tipos.

²³HC 309427-3, HC 308781-8, HC 314200-5, HC 306764-9, HC 309210-8 e HC 309574-7.

²⁴HC 300668-8.

O caso da prisão de 2005 dias – mais longo considerado razoável - poderia chegar - no mesmo crime, homicídio qualificado – a, pelo menos, 144 meses na maioria dos países (Argentina, Bolívia e Chile)²⁵, o que demonstra que a adoção de prazos fixos nesses países pode não levar à redução da população carcerária preventiva e ao tempo que essas pessoas permanecem presas antes de definitivamente condenadas.

4.2.2. Tempo da prisão, histórico criminal e pluralidade de réus

Dos 67 acórdãos trabalhados, a informação sobre o histórico criminal dos acusados apareceu em 35 deles, o que representa pouco mais da metade.

Em alguma medida, quando se julga uma prisão processual, julga-se uma pessoa merecedora ou não dessa cautelar. Jamais deixamos de jogar com noções típicas de um direito penal do autor, em que periculosidade aparece como uma centralidade. Desse modo, réus reincidentes ou portadores de maus antecedentes devem suportar prisões preventivas por mais tempo.

O acórdão 312.485-0 deixa evidente essa relação. O paciente é acusado de prática de lesões corporais de natureza leve contra a sua companheira e estava preso há mais de 98 dias. Em vários momentos da decisão, ressaltou-se que o paciente já teria, em outra ocasião, agredido a companheira, sendo, portanto, portador de maus antecedentes. Seguindo o parecer ministerial, concluiu o relator:

E como bem salientou o parquet “é preciso que, no contexto apresentado, qualquer decisão esteja revestida das cautelas necessárias a evitar maiores danos a ordem pública e notadamente à integridade física e psicológica da vítima, que logo será ouvida e poderá manifestar-se a respeito”

A pluralidade de réus aparece também como um fator relevante no cálculo do tempo da prisão. A própria regra adotada pela CIDH e pelo TEDH e amplamente manuseada nos tribunais brasileiros admite essa hipótese quando destaca a necessidade de se examinar a complexidade para avaliar o tempo do processo e da prisão.

²⁵ Correspondente a 12 anos, pena mínima cominada ao homicídio qualificado no Brasil.

Qual a pluralidade relevante? Acabamos por perceber que, existindo mais de um réu, já se justifica a manutenção da prisão e a razoabilidade do tempo em razão da complexidade do caso.

Os dois casos de prisões com tempo entre 701 e 1000 dias que aparecem no caso de tráfico de drogas, por exemplo, são bastante emblemáticos dessa elasticidade de possibilidades. Trata-se dos *habeas corpus* 309982-9 e 312049-4. Para o tribunal, não há excesso em nenhum dos dois casos. Ocorre, no entanto, que o primeiro processo contava com 23 (vinte e três)²⁶ réus, enquanto o segundo contava com 2 (dois). No primeiro, a prisão do paciente durava 833 dias e, no segundo, 704.

No primeiro acórdão, o relator afirma que

não configura, pois, retardo processual estando o prazo dentro da razoabilidade e sem comprovada desídia do magistrado a quo, que dentro de suas limitações, vem tentando fazer o feito transcorrer da forma mais célere possível

Já no julgamento do HC 312049-4, apesar dos relatos de adiamento de três audiências por ausência da corré. A prisão processual totalizava 704 dias, mas foi mantida sob a justificativa de encerramento da instrução criminal e de aplicação da Súmula 52 do STJ.

No acórdão de nº 307028-2, o paciente, primário e portador de bons antecedentes, estava preso preventivamente há mais de 357 dias pelo delito de roubo duplamente majorado. O processo contava com dois acusados. Ao julgar o tempo de prisão como excessivo, considerou o relator:

“Releva notar que o referido ato instrutório deixou de se realizar na data aprazada devido, exclusivamente, ao fato de a juíza titular haver sido promovida para outra comarca, ficando a instrução a cargo do juiz subscriptor das precitadas informações, o qual designou nova data para a realização da audiência de instrução e julgamento, que não se conclui

²⁶ 16 (dezesseis) deles incluídos por aditamento da denúncia;

naquela oportunidade (...) Convém esclarecer que, em que pese a pluralidade de réus, no caso 02, essa peculiaridade em nada influenciou no retardo da marcha processual”

A inércia do poder judiciário se mostrou como definitivo neste caso, embora no caso anterior, HC 312049-4, não tenha havido essa consideração apesar da não apresentação, por três vezes, da correção que se encontrava presa.

Já no HC 308120-5, também de roubo majorado, o paciente estava preso há mais de 11 meses e o prazo foi considerado dentro dos parâmetros da razoabilidade. Ressalte-se que se tratava de processo com um único réu. De maneira muito vaga, justificou o relator:

Uma audiência já foi realizada, tendo sido ouvida uma das vítimas. Data próxima já foi designada para que a instrução e julgamento seja concluída, qual seja, 06/09/13, o que, por si só, já recomenda a manutenção da segregação do paciente. Além disso, registre-se que o mandado de prisão foi cumprido em 17/09/12. Portanto, o paciente está segregado há 11 meses e 17 dias, lapso temporal que entendo não ultrapassar os parâmetros da razoabilidade em face das circunstâncias do caso concreto.

Tentamos, neste trabalho, entender o que pensam os julgadores do TJPE a respeito do excesso de prazo. Não obstante termos enfrentado alguns posicionamentos, não existe padrão muito claro de decisão, de modo que o resultado de uma demanda com esta fundamentação é uma surpresa, ou quase isso. Acabamos por concluir o que outras pesquisas concluem: nos crimes mais graves, de rua, praticados pelos “perigosos”, a tendência é manter preso, nem que para tanto seja necessário julgar como razoável uma prisão de 2005 dias sem que, após isso, a instrução tenha se concluído.

Falamos do incognoscível quando nos referimos aos padrões de decisão do Tribunal porque, de fato, não é fácil prever os critérios exatos usados pelos julgadores quando tomam suas decisões. Seja porque não expressam nada de modo concreto, seja porque apresentam justificativas formais a decisões anteriores, tomadas por razões outras. Trata-se do mecanismo que Pierre Bourdieu chama de **violência simbólica**, isto é, artifício mediante o qual o jurista afirma estar fundamentando a sua decisão em um

texto previamente estabelecido e não em suas concepções pessoais, corroborando com a ideia de que as decisões são neutras e impessoais. Nas palavras do autor, os intérpretes estão orientados pela crença comum no efeito de *apriorização*, segundo o qual os juristas dão como “fundadas *a priori*, dedutivamente, uma coisa é fundada *a posteriori*, empiricamente” (BOURDIEU, 1991, p. 96).

Conclusão

Nota-se que os dispositivos legais acerca das preventivas é marcado por uma adoção de regras indeterminadas, desde os requisitos que a autorizam (garantia da ordem pública, por exemplo) até o tempo de sua duração. Rosa Maria Cardoso da Cunha, em 1979, escrevia em seu *O caráter retórico do Princípio da Legalidade*, que

Conceitos como os de tipicidade, causas de justificação, exculpantes, ou princípios como os da legalidade e da culpabilidade, neutralizam ou evitam a discussão sobre as determinações sociais do delito, sobre a qualificação política da transgressão ou sobre razões estruturais e de conjuntura que condicionam a pena (CUNHA, 1979, p. 23)

A noção de que há segurança a partir da legalidade, embora fundamental ao controle do Sistema Punitivo, carece de concretização diante das texturas amplamente abertas dos textos incriminadores e de procedimento. Se o processo penal é o percurso limitador da intervenção do Estado Punitivo, suas premissas, em tese, demandariam mais clareza.

A inexistência de prazo certo para a duração da prisão provisória vem levando os tribunais a decidirem com base no princípio da razoabilidade. Dada a amplitude das possibilidades dadas pelo próprio critério, o tempo de prisão provisória julgado razoável varia muito a depender de certas circunstâncias do processo. Para o Tribunal de Justiça de Pernambuco, o encarceramento provisório poderá durar mais ou menos a depender: a) da gravidade do delito imputado ao acusado, b) do histórico criminal do acusado e c) da quantidade de réus.

Dada a liberdade, os julgadores possuem ampla margem de atuarem em torno da preventiva consoante pré-concepções que tenham sobre os criminosos ou sobre o crime.

Assim, o julgamento sobre a razoabilidade do tempo da prisão é uma decisão sobre a possibilidade de se soltar ou se prender uma pessoa perigosa ou não perigosa.

Desse modo, nos casos de crimes mais graves e com réus portadores de maus antecedentes ou reincidentes, esse tempo considerado razoável é muito maior que aquele nos demais casos (crimes menos graves e réus portadores de bons antecedentes). O crime pelo qual responde o paciente é, aliás, um critério definitivo.

Também existe uma justificativa de ordem prática, qual seja, a pluralidade de réus. Em tese, a existência de múltiplos denunciados justifica uma dilatação do tempo do processo, em razão da possibilidade de haver diferentes patronos, mais testemunhas, prazos diversos para a realização de atos processuais etc. Esse argumento, entretanto, também não é claro, afinal, pluralidade é, no mínimo, mais de um acusado. A partir daí, qualquer atraso é permitido? Ao tratar dos casos de tráfico em que prisões com tempo semelhantes em processos de 2 e de 23 acusados, sugerimos que essa variável pode ser menos importante que as duas acima mencionadas.

Problematizamos que os exemplos latinoamericanos que determinaram prazo máximo para a duração da preventiva chegaram a admitir como legais durações de prisão muito superiores àquelas entendidas como excessivas pelo TJPE. Sem dúvidas, entretanto, a indeterminação do prazo abre margens a decisões díspares, não equânimes e difíceis de controlar.

Enfim, a utilidade da prisão preventiva vem desafiando os estudos que procuram compreender a aplicabilidade de sua disciplina. Levando-se em consideração as constantes lacunas normativas, as margens dadas ao julgador nos processos decisórios são amplas, tornando, assim, fundamental a compreensão da representação que têm esses magistrados do instituto.

Referências

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto*: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BOURDIEU, Pierre. Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. CHAZEL, F; COMMAILLE, J. **Normes juridiques et regulation social**. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence (coll. Droit et société), 1991.

CARVALHO, Amílton B. de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.1, n.4, 1993, p. 89-93.

_____. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COUTINHO, Jacinto N. de M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Brasília*, ano 46, n. 183, jul/set, 2009, p. 103-115.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

ELBERT, C. A.; BALCARCE, Fabián. *Exclusión y castigo en la sociedad global*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais*, Porto Alegre: ESMP, ano 6, n. 11, jan/jun, p. 69-97, 2005.

GOMES FILHO, Antônio M. Medidas cautelares e princípios constitucionais. FERNANDES, Og. (org). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini . O código modelo de processo penal para a Ibero-América 10 anos depois. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, p. 41-50, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas Ediciones, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009 (Escritos sobre a liberdade, vol. 6).

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora RT, 2008.

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL, Sumário Executivo de Pesquisas Sobre Prisões Provisórias, 2013. Disponível em <http://redejusticacriminal.org/>. Acesso em 12 jan 2014.

RIPOLLÉS, José Luiz Díes. *La politica criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007.

VALENÇA, Manuela A. A missão do judiciário no combate à criminalidade e as prisões preventivas na contramão do Estado Democrático de Direito. *In: Revista brasileira de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Forum, ano 7, n. 25, jan/abr 2013.

VASCONCELLOS, Fernanda Besteti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

_____. *Origen y evolucion del discurso critico en el derecho penal*. Buenos Aires: EDIAR, 2004.