

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
PÓS GRADUAÇÃO DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**JEAN CARLOS VASCONCELOS DO NASCIMENTO**

**A PRISÃO PREVENTIVA E O PRAZO RAZOÁVEL**

**Salvador – Ba**

**2016**

**JEAN CARLOS VASCONCELOS DO NASCIMENTO**

**A PRISÃO PREVENTIVA E O PRAZO RAZOÁVEL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização em Ciências Criminais, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial à conclusão do curso.

**Salvador – Ba**

**2016**

## RESUMO

A prisão processual sempre foi um tema sensível no âmbito criminal, em face das raízes históricas da legislação processual e da formação dos sujeitos processuais na ideologia da solução da criminalidade pelo recolhimento preventivo ao cárcere (o patamar em muitos Estados, ultrapassa os 50%). Ademais, a estagnação do desenvolvimento científico do processo penal, em relação ao processo civil permitiu a incorporação de seus institutos, conteúdo e requisitos ao processo penal.

A provisionalidade vincula-se à situação fática, enquanto a provisoriedade guarda congruência 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 deduzida do princípio do devido processo legal, situação também verificável, nessa perspectiva anterior à referida alteração, na Convenção Americana dos Direitos dos Humanos, em seu art. 81. A prisão preventiva e as demais medidas cautelares, previstas no art. 319, não possuem prazo legal limite pré-estabelecido. Em tese, poderão estender-se até a sentença de primeiro grau, até a pronúncia do réu, nos crimes dolosos contra a vida, ocasiões em que o magistrado deverá decidir acerca da manutenção das cautelares. Isso é um fator de incremento do número exorbitante de prisões preventivas e da demora à conclusão de processos com réus presos.

**Palavras-chave:** Processo Penal – Prisão Preventiva Prazo Razoável – Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The procedural prison has always been a sensitive issue in the criminal context, in light of the historical roots of procedural law and the formation of procedural subjects in the ideology of crime solution by preventive payment to jail (the level in many states, over 50%). Moreover, the stagnation of the scientific development of the criminal proceedings in relation to civil proceedings permitted the incorporation of its institutes, content and requirements to the criminal proceedings.

The provisionality linked to the factual situation while provisionally guarded congruence of reasonableness the duration of the interim jail time, though, plumb before the Constitutional Amendment 45/2004 that incorporated this item to the Federal Charter, the reasonable length of imprisonment could be deduced from the principle of due process also verifiable situation that Anterior perspective to that change, the American Convention on Human rights, in its art. 81. The custody and other protective measures, provided for in art. 319, have no legal deadline preset limit. In theory, may extend to the first degree sentence, to the pronouncement of the accused in crimes against life, times when the judge will decide on the maintenance precautionary, This is an exorbitant number increase factor of preventive and delay to consuetudinary processes with arrested defendants prisons.

**Key-words:** Viral Hepatitis – Soroprevalence – Blood donors – B Hepatitis – C Hepatitis

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>01</b>
<b>2 A IDEIA DE UMA PRIZÃO CAUTELAR COM UM PRAZO RAZOALVEL</b>	<b>02</b>
<b>2.1 UM PROCESSO E UMA PRISÃO COM UM PRAZO RAZOÁVEL</b>	<b>06</b>
<b>2.2 PRISÃO PENA E PRISÃO SEM PENA, UMA CRISE NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL</b>	<b>18</b>
<b>2.3 PRAZO RAZOÁVEL NAS PRISÕES PROCESSUAIS</b>	<b>31</b>
<b>2.4. (IN)ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PROCESSUAL</b>	<b>35</b>
<b>3. A APLICAÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL NO BRASIL</b>	<b>42</b>
<b>3.1 SOLUÇÕES PARA O DESCUMPRIMENTO DO PRAZO RAZOÁVEL</b>	<b>45</b>
<b>4. TEMPO DA PRISÃO PROCESSUAL</b>	<b>55</b>
<b>4.1 O TEMPO E SEU CONHECIMENTO</b>	<b>62</b>
<b>4.2 PARADIGMA NEWTONIANO SOBRE O TEMPO</b>	<b>69</b>
<b>4.3 A O TEMPO NO PROCESSO E NA PRISÃO</b>	<b>79</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>97</b>



## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar elementos de um estudo acadêmico sobre a constitucionalidade do tempo razoável na aplicação das prisões processuais, com o foco na prisão preventiva.

O foco principal sobre a prisão preventiva justifica-se pelo fato de a sua adoção e os seus requisitos serem a regra nos casos de cerceamento de liberdade anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com a ressalva da prisão temporária, aplicada de forma não usual, que se presta a assegurar o comprimento da investigação criminal. Ou seja, paradoxalmente, no Brasil, as investigações são realizadas com o indivíduo preso, sem que se verifique se é necessária a segregação prévia.

A área de concentração “Sistemas Jurídicos-Penais” está presente em razão da ênfase na prisão processual e comparação tanto das regras processuais penais correspondentes estabelecidas na lei brasileira e nas dos países signatários do Tratado de Assunção. Verifica-se que a Constituição é afetada quando há imposição desse cerceamento da liberdade a título precário, sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Nesse momento processual, o acusado deveria estar protegido pelo estado de inocência e do devido processo legal.

Serão analisadas, a doutrina e a jurisprudência, para saber o entendimento predominante no Brasil, sobre o prazo razoável das prisões processuais com o devido enfoque constitucional, as hipóteses em que se entende configurado o excesso de prazo e verificados os argumentos adotados para tanto, uma vez que a matéria não está expressa em lei no ordenamento jurídico interno brasileiro. Ou seja, neste capítulo a relação entre prisão cautelar, prazo razoável e direitos fundamentais merecerá, também, um exame mais acurado.

Está em tramitação no Congresso Nacional, o projeto de Lei n. 156/2009, que caminha no sentido de determinar um prazo máximo razoável para a prisão preventiva, fazendo com que a matéria tenha, novamente importância no cenário jurídico nacional. Porém, esse assunto já era para estar extinto, pelo motivo de que, com a alteração do Código de Processo Penal vigente, com a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, o legislador teve a oportunidade de modificar esse tema, de se expressar de uma forma positiva nesse sentido e assim não procedeu, revelando, com a sua omissão, as incertezas que atormentam esse tema.

A falta de previsão legal para a duração do processo com réu preso criou posições doutrinárias e jurisprudências antagônicas, restando com isso prejudicado o princípio constitucional da razoável duração do processo, estabelecido pela emenda constitucional 45/2004, que tratava da reforma do judiciário, que entre outras mudanças, inseriu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII, que prevê expressamente o direito a todos, tanto jurídica como administrativamente, de ter assegurado o direito a razoável duração do processo bem como a todos os cidadãos, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Pelo fato de haver posições doutrinárias e jurisprudências diversas sobre esse assunto, foram criadas algumas teorias que buscam resolver o problema da razoável duração do processo, e com isso, a duração da prisão preventiva. Neste presente trabalho, serão estudadas as teorias predominantes no ordenamento jurídico.

## **2. A IDÉIA DE UMA PRIZÃO CAUTELAR COM UM PRAZO RAZOÁVEL**

A prisão cautelar tem o fim específico de ser uma medida acautelatória protetora, para defender as famigeradas ordem pública e econômica,<sup>1</sup> que toda doutrina tenta conhecer, tenta entender o que possam ser e explicar a definição de seus fins. Há quase setenta e um anos, os operadores jurídicos

---

<sup>1</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico... 2011, p. 70. Esse argumento da ordem pública serve a "qualquer senhor", por ser vago, impreciso e aberto. Já o da ordem econômica vem no sentido de tutela de risco trazida pela Lei Antitruste, Lei n.º 8.884/94.



vem buscando uma conceituação para tais institutos e não conseguem encontra-la, pois não há uma definição semântica muito precisa sobre a ordem pública e nem sobre a ordem econômica.

A prisão preventiva tem o objetivo de acautelar o processo, defender a integridade das testemunhas ou a captação da prova no processo penal, conforme verte do artigo 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a nova lei fez uma alteração no processo penal, porém nada acrescentou, além de reafirmar aquilo que já existia,<sup>2</sup> portanto, o que a doutrina diz que é, mexer em tudo para não mudar absolutamente nada.

Como ensina Lopes Jr., a prisão preventiva tem seu próprio fundamento no que chama de *periculum libertatis*, “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito [...]”.<sup>3</sup> Não é cabível para a ocorrência da prisão preventiva que seja ela aplicada sem a análise da conduta daquele a quem se pretende prender preventivamente: é preciso averiguar se ele causa, com a sua liberdade, algum tipo de perigo, não se permitindo que a avaliação seja embasada em presunções, mas sim, decorrente de um perigo concreto.<sup>4</sup>

Desde longa data, discute-se a construção da liberdade em um Estado de liberdade pleno, ou, pelo menos, que deveria ser pleno, onde impera ou deveria imperar a presunção de inocência. É visível que alguns doutrinadores caminham para a busca de um processo penal democrático,<sup>5</sup> mas ainda se sofre nas garras da grande maioria, que é reconhecida pela doutrina mais garantista como se fosse uma “turba sedenta pelo gozo”<sup>6</sup> no processo penal. Esse gozo é alcançado quando ocorre o encarceramento do acusado a

---

<sup>2</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico... 2011, p. 70

<sup>3</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico... 2011, pp. 8 e 70. Discorre sobre o perigo da manutenção da liberdade do sujeito como o próprio fundamento da prisão preventiva.

<sup>4</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico... 2011, p. 73.

<sup>5</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, p. 86. Não há processo penal sem a garantia de princípios constitucionais, ou seja, o processo penal democrático, sem a proteção dos princípios fundamentais, não é processo democrático: “Com efeito, esse processo democrático precisa garantir a isonomia, publicidade, ampla defesa e contraditório, princípios fundamentais sem os quais a sua deslegitimidade aflora e macula a decisão”.

<sup>6</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, p. 87.

qualquer preço, muitas vezes de forma preventiva, mesmo que tal prática, para não frustrar o prazer procurado, usurpe os direitos fundamentais.

Durante este capítulo, trata-se da prisão preventiva com enfoque nos direitos fundamentais, nos princípios que deveriam nortear o processo penal brasileiro, já que se vive num Estado Democrático de Direito. Ou seja, para que se tenha um processo penal democrático, como já abordado, deveriam ser respeitados, no Brasil, os direitos fundamentais, que norteiam ou deveriam nortear as relações entre Estado e cidadão.

Se o Estado vir coagir alguém, restringindo a sua liberdade, deve honrar os princípios mantidos na constituição e, além disso, respeitando os requisitos infraconstitucionais instituídos em lei, para a realização da construção da liberdade de alguém, desde que essa lei não afete a Constituição de forma alguma, sob pena de ele, o Estado, incorrer em grave afronta à própria ordem constitucional. Os direitos fundamentais são inerentes a toda pessoa e não podem ser afastados, ou não deveriam sê-lo, mesmo que, no caso discutido, a pessoa apontada fosse a maior suspeita de ter cometido o delito que lhe foi imputado.<sup>7</sup>

Estuda-se a medida cautelas com o enfoque nos direitos fundamentais que ela pode afrontar quando aplicada sem respeitar seus próprios critérios ou ignorando o direito fundamental ao prazo razoável. Com a demora, fica afetado, na origem, o direito do acusado a ter uma defesa mais ampla. Pois ele não conseguirá se defender estando preso, o que é confundido por parte dos operadores jurídicos, os adeptos da ideia de que, se preso estiver, o suspeito não atrapalhará a investigação criminal, não pressionará testemunhas, não sumirá com as provas.

O direito ao prazo razoável na prisão preventiva<sup>8</sup> verte do direito ao prazo razoável no processo penal,<sup>9</sup> expresso no artigo 5º., inciso LXXVIII da

---

<sup>7</sup> Direito Constitucional da pessoa humana, da ampla defesa e do contraditório, da presunção de inocência, do devido processo legal.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 445. "O direito a razoável duração do processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre

CRFB, sendo a interpretação estendida como garantia de uma prisão preventiva menos catastrófica como, na prática, vê-se ocorrendo no país. A prisão cautelar deve respeitar requisitos próprios e não pode ser aplicada de forma vaga e, tampouco, com requisitos de ordem do direito civil, como, por exemplo, o *periculum in mora* e o *fomus boni juris*.

É preciso apresentar, mesmo que de forma superficial, as definições e conceituações quanto ao entendimento do que sejam direitos fundamentais, bem como definir os princípios constitucionais afetados e que interferem diretamente na aplicação da prisão preventiva, quando há excesso de prazo, além de explicitar quais sejam. Os princípios são identificados pela prática forense como afetados quando uma prisão preventiva é aplicada ao longo do tempo e se prolonga, sendo reconhecida como inconstitucional pela permanência, pela demora, ou não. Na prática, é analisado o caso concreto para dizer se houve transgressão a algum princípio constitucional pelo excesso de tempo de duração da medida coercitiva, quando essa excede o que poderia ser considerado como razoável ou proporcional à ação praticada.

Cabe o respeito ao pressuposto próprio e a atenção ao fundamento da prisão preventiva<sup>10</sup> oriunda de um processo penal para que essa medida seja aplicada em conformidade com os direitos fundamentais e como última providência a ser tomada. Em caso de excesso de duração da prisão preventiva, impõe-se que seja levantada a bandeira da afetação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em outras palavras, salienta-se que o tempo de permanência da prisão preventiva deveria ser o tempo em que durassem os motivos pelos quais ela foi aplicada e, ainda, é crucial que seja observado se, para aquele caso particular,

---

situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo [...].”

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 444.

<sup>10</sup> LOPES JR. Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional. 2008, p. 90.

o tempo durante o qual o réu poderia sofrer a condenação o levaria a cumprir a pena em regime, inicialmente fechado.

O fundamento e o pressuposto da prisão preventiva devem ser respeitados e aplicados concomitantemente com os princípios constitucionais anteriormente aventados. Por exemplo, o *periculum in libertatis* e o *fumus comimissi delicti*<sup>11</sup> devem ser sempre aplicados de forma razoável e proporcional, ou seja, fundamento e pressuposto dizem respeito, diretamente, à possibilidade de restrição da liberdade de forma acautelatória, desde que não afetem os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O *fumus comimissi delicti*, ou fumaça do cometimento de um delito, é o pressuposto da prisão preventiva que deve ser concreto, e não oriundo de uma mediunidade judicial, de uma abstração visionária do juízo.<sup>12</sup> Já o *periculum in libertatis* deve ser o resultado de análise que o verifique se há perigo em deixar aquela pessoa em liberdade. Esse perigo, porém, deve ser plausível, e não, constituído apenas de especulações da acusação aceitas pelo juízo que concede a prisão cautelar com base nas mesmas suposições, sob pena de tal medida ser considerada irregular e inadequada para o momento processual, afetando assim os princípios constitucionais a que já se fez referência.

## **2.1 UM PROCESSO E UMA PRISÃO COM UM PRAZO RAZOÁVEL**

A discussão sobre a razoável duração do processo teve seu surgimento após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, quando houve a criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.<sup>13</sup> Naquele momento, a comunidade mundial necessitava de institutos de ordem internacional que, de alguma forma, freassem a atuação dos Estados Totalitários, Estados Ditatoriais e Estado Nazista.

---

<sup>11</sup> LOPES JR. Direito Processo Penal e sua Conformidade Constitucional. 2008, p. 90.

<sup>12</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico... 2011, p. 73.

<sup>13</sup> PIOVESAN, 2005, pp. 8-10. Disponível em: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acesso em: 29 de Fevereiro de 2016.

Era preocupação mundial, na época, impedir qualquer possibilidade de retorno aos horrores que, recentemente, a humanidade havia sofrido, com mais ênfase, na Europa. A comunidade internacional, desejosa de que não mais se repetisse tamanho horror como os perpetrados pelo Eixo nazifascista, que aterrorizou toda a humanidade no século XX, não queria mais sucumbir nas mãos de um Estado doentio.

Então em 1948, foi aprovada pela Assembleia das Nações Unidas – ONU – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que não trouxe em seu texto, expressamente, qualquer orientação quanto a razoável duração do processo penal ou da prisão preventiva, mas inaugurou outro entendimento no mundo quanto aos direitos do homem frente a àquele independentemente de sua autonomia coercitiva.

Analisando-se a evolução da história, é possível contemplar o surgimento, ao longo dos anos, de outros institutos internacionais que versam sobre Direitos Humanos no Mundo. Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos torna-se reconhecida como uma espécie de divisor de águas que serve como norte para todas as nações.

Aparece, no cenário mundial, pela primeira vez, a preocupação com um prazo de duração para o processo, de forma expressa pela Convenção de Roma, de 04 de novembro de 1950, que criou regra geral a ser aplicada, ou, pelo menos, que deveria ser aplicada nos Estados ou pelos Estados que integrassem as Nações Unidas. O direito a ter um processo analisado em um prazo razoável pelo Estado, independente de esfera da administração pública ou de espécie de de processo, verte do Tratado Internacional sobre Direitos Humanos. Esse, como já se disse, é decorrente da preocupação mundial de limitar o poder do Estado frente a seus cidadãos e aos direitos fundamentais inseridos na própria ordem constitucional, para protegê-los e aplicá-los, o que é dever do Estado.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> LOPES JR. E BADARÓ. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. 2006, p. 20.

Com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU –, as nações signatárias deveriam comprometer-se a observar os pactos internacionais que versassem sobre direito humanos para que pudessem ratificá-los e depositar a sua ratificação, o que nunca aconteceu.

Para efetivar os termos da Convenção Europeia de Direitos do Homem,<sup>15</sup> foram criados a Comissão Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esses organismos são garantidores do cumprimento dos Direitos Humanos na Europa, por terem eles força jurisdicional sobre os Estados – Membros da ONU,<sup>16</sup> recebendo as demandas pela violação de tais direitos. Esse Tribunal, com força jurisdicional, tem o fim de coibir afrontas aos Direitos Humanos perpetrados por Estados Autoritários, tentando garantir a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais ao homem, os Direitos Humanos.

Em dezembro de 1966,<sup>17</sup> na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi aprovado como instrumento de garantia dos Direitos Fundamentais, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Nessa Sessão da Assembleia foi reafirmada a preocupação de garantir ao homem o direito de receber resposta jurisdicional do Estado em um prazo razoável. Isso equivale a dizer que deva tratar-se de um prazo digno, que não sucumba a excessos de tempo, um prazo que garanta a integridade daquele que recebe a carga jurisdicional do Estado, quer seja essa integridade física ou psicológica.

*In verbis*, no artigo 14, nº. 3, c, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos assim está expresso: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] a ser julgada sem dilações indevidas”.<sup>18</sup>

Esse direito implica ter uma resposta jurisdicional do Estado com respeito ao âmbito de atuação das instituições que estão a serviço da

---

<sup>15</sup> LOPES JR. E BADARÓ. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. 2006, p. 20

<sup>16</sup> NICOLITT, André Luiz. A Duração Razoável do Processo. 2006, p. 2.

<sup>17</sup> LOPES JR. E BADARÓ. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. 2006, p. 22.

<sup>18</sup> LOPES JR. E BADARÓ. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. 2006, p. 22.

sociedade. Isso resulta de ser inerente ao Estado o dever de garantir uma resposta precisa e rápida<sup>19</sup> ao seu tutelado, sem que isso possa incorrer em usurpação e atropelos de direitos e garantias.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH – foi criado para julgar as violações perpetradas contra as ordens da Convenção, que reafirma constantemente os Direitos humanos no continente europeu. Esse Tribunal, então, é o órgão julgador daquilo que afronta a Convenção e a própria declaração dos Direitos do Homem. O TEDH tem condenado Estados – Membros por violações ao Direito Fundamental de ser julgado em um prazo razoável,<sup>20</sup> direito esse que está no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, em vigor desde 1953, o direito a um processo equitativo, assim expresso:

*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativamente e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]*<sup>21</sup>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, serviu de paradigma a outros pactos e tratados sobre Direitos Humanos, ao longo dos anos, com a preocupação em tutelar a duração do processo para que seja razoável, a fim de que a demora não custe para as pessoas tempo demasiado. Não se viu, entretanto, a mesma preocupação com os casos da aplicação da prisão preventiva, pois não há indicação de uma razoável duração da coerção, antes do transito em julgado, de sentença penal condenatória, cabendo, de forma extensiva, a aplicação de um tempo razoável, mesmo sem norma definidora de tal obrigação.

Tornaram-se recorrentes, então, ao longo dos anos e pelo mundo, a preocupação em tutelar a razoável duração do processo, bem como soluções compensatórias para aqueles que sofrem com a demora em sua tramitação. Essas soluções compensatórias, entretanto, as expensas do próprio Estado,

---

<sup>19</sup> LOPES JR. Introdução Crítica ao Processo Penal... 2006, p. 98.

<sup>20</sup> LOPES JR. Introdução Crítica ao Processo Penal... 2006, pp. 125-6.

<sup>21</sup> NICOLITT, 2006, pp. 11-2.

descumprem a norma limitadora de um tempo de duração para o processo, deixando falar uma delimitação da duração máxima para a prisão preventiva, bem como uma punição ao Estado pela duração dessa modalidade de prisão sem reais motivos e por tempo excessivo.<sup>22</sup>

Ainda, verifica-se que há um projeto de aplicação de um tempo para a duração da prisão preventiva, na tentativa de preencher a lacuna existente no atual Código de Processo Penal, lacuna essa também decorrente da Constituição que não limita em tempo a duração do processo.

Mesmo com recente alteração realizada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei para a criação de um Novo Código de Processo Penal, que deverá receber um cunho democrático forte, com a valorização dos direitos fundamentais, tais como a delimitação de um tempo para a razoável duração do processo.

No Brasil, coube a ratificação desses institutos, por força do § 3º da CRFB inserida pela EC n. 45, por um *quórum* específico no processo de internalização de pactos internacionais, para que, tratando-se de normas com vistas à proteção de direitos humanos, elas ingressassem como Emendas à Constituição. E, ao serem ratificadas pelo Congresso, essas normas introduzidas na Constituição devem ter ingerência em todo o ordenamento jurídico interno, cabendo às normas infraconstitucionais a sua aplicação, desde que não desrespeitem as ordens constitucionais. Ocorre que a inserção no ordenamento interno já acontecia por força do mesmo art. 5º, mas, como o parágrafo 2º da Constituição, que ordena a aplicação imediata, interna, dos tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos, não sendo, então, necessária a inclusão do que emana do §3º.

Faz-se uma análise do Projeto de Lei do Senado Federal nº 156 de 2009, o qual será votado a fim de que seja substituído o “Velho” Código de Processo Penal, de 1941. Este projeto foi proposto por um grupo de juristas

---

<sup>22</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, p. 22.



preocupados com a defasagem do atual Código de Processo Penal, que tem, em sua essência, um grande ranço inquisitório.

As controvérsias são muitas e, cada vez mais, a academia se posiciona de forma diferente. Ora uns se apresentam contrários ao prosseguimento e à aprovação deste “Novo” Código de Processo Penal, por se tratar de um Código totalmente fundado no Sistema Acusatório e, por isso, muito garantista; ora aparecem aqueles que não só querem a sua aprovação como, ao final, desejam ver garantido o direito dos seus clientes e fazer ser cumprida a ordem constitucional com a proteção dos direitos fundamentais. Mas, antes de tudo, persegue-se o direito de ter um Código pertencente a um Estado Democrático de Direito.

A comissão, preocupada com a criação de um Novo Código de Processo Penal calcado no Sistema Acusatório, corrigiu o projeto com a Emenda n. 8 do substitutivo do PLS 156/09. Tal emenda tramitou no Senado Federal com a respectiva indicação de que o juiz, ao prorrogar a prisão preventiva, quando assim o fizesse, deveria especificar o tempo de sua duração, ou seja, teria que justificar, fundamentar o tempo máximo de duração da prisão preventiva sob pena de ser considerada ilegal a sua aplicação. Com a referida emenda, *in verbis*, eis o artigo: “ Ao decretar, ou prorrogar a prisão preventiva, o juiz indicará o prazo de duração da medida, findo o qual o preso será imediatamente posto em liberdade [...]”.<sup>23</sup>

*Hoje o Projeto tramita na Câmara dos Deputados Federais com um novo número, 8.045/2010, recebendo interessante estipulação sobre o prazo já no Capítulo III, “DO INQUÉRITO POLICIAL”, Seção V, “Dos Prazos de Conclusão”, artigo 31. Aí é apresentada a proposta de duração do Inquérito Policial em 90 (noventa) dias, mas quando o indiciado estiver preso, esse prazo passa a ser de 15 (quinze) dias. O novo Projeto, em seu artigo 32, estipula 720 (setecentos e vinte) dias como prazo máximo de duração para o Inquérito*

---

<sup>23</sup> PLS 156/09. Disponível em: <[www.senadofederal.gov.br](http://www.senadofederal.gov.br)>. Acesso em: 29 de fevereiro. 2016

*Policial, já demonstrando um interesse ao prazo razoável, em que pese ainda ser excessivo.*<sup>24</sup>

A comissão se preocupou em deixar delimitados os prazos máximos da medida coercitiva, demonstrando, assim um amadurecimento ímpar para o Continente. Em que pese considera-se a maioria das indicações como excessivas, entende-se que, mesmo longe do ideal, os prazos propostos já servem como indicativos de que não se terá mais indeterminação de prazos, pois eles se mantiveram com a tramitação e conversão na Câmara dos Deputados Federais para o PL 8.045/10.

É de ressaltar que, por causa dessa estipulação de prazos de duração para a prisão preventiva, há, sim, um avanço em relação aos países integrantes do MERCOSUL. Esses, como será mencionado a seguir, não têm um tempo máximo para a duração da prisão preventiva, a não ser aquele vinculado ao próprio processo, ou seja, durará a prisão preventiva o tempo estipulado em lei para que o Estado julgue o acusado. Nesse caso, então, o tempo de duração do processo será o tempo máximo que poderá durar a prisão preventiva.

No artigo 556 do Projeto de Lei 156/09, convertido em PL 8.045/10, artigo 558, tem-se o período máximo de duração da prisão preventiva delimitado da seguinte forma: pelo inciso I, 180 (cento e oitenta) dias, se decretados no curso da investigação criminal anterior à sentença condenatória; no inciso II, 360 (trezentos e sessenta) dias, se decreta ou prorrogada por ocasião da sentença penal, sendo essa recorrível. No caso de prorrogação, não se computa o período da prisão preventiva anterior, cumprido por força do inciso I, realidade com a qual não se concorda. Tornando-se a prisão preventiva como medida de extrema necessidade e com caráter de precariedade, entende-se que o tempo de aplicação da medida anterior deveria ser computado, pois deve haver a proteção ao direito adquirido do réu, qual seja aquele tempo que passou na prisão, o que não importa se é

---

<sup>24</sup> PL 8.045/10. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 29 de fevereiro. 2016

preventivamente ou com sentença final. Não se admite no direito que haja o *non bis idem*<sup>25</sup>, porque, de fato, houve o cumprimento de um tempo de prisão antes da sentença, e essa não pode esquecê-lo, devendo considera-lo na fixação da pena.

*No mesmo artigo do PL 8.045/10, o § 2º acrescenta mais 180 (cento e oitenta) dias no caso de interposição pela defesa de Recurso Especial e/ou Extraordinário, parecendo, assim, uma espécie de impedimento de interposição de recursos, de forma velada. Ainda, o § 3º do mesmo artigo impõe mais de 60 (sessenta) dias de prisão preventiva para os tempos estipulados nos incisos I e II, bem como nos parágrafos 1º e 2º, se o limite máximo da pena pelo crime do qual esta sendo acusado o réu for igual ou superior a 12 (doze) anos, vinculando a pena em abstrato, solução com a qual não se concorda.*

Se incorrer em fuga o custodiado, os prazos da sua prisão preventiva serão interrompidos e, quando recapturado, o prazo será retomado, sendo-lhe acrescido em dobro, verdadeiro absurdo, o que afronta a razoabilidade da aplicação da medida, pois se tem a convicção de que caberia, simplesmente, a retomada do prazo, e não, a (re)punição pela fuga.

Entende-se, ainda, que a medida coercitiva, antes do transito em julgado de sentença penal condenatória, é uma afronta ao direito adquirido da presunção de inocência, uma afronta ao direito a razoável duração do processo.

Muitas vezes, tal medida perdura no tempo<sup>26</sup> para além do necessário, do razoável, bem como é factível a existência velada, na prática jurídica, do estabelecimento de pena e de sua execução sem ter o processo recebido o seu devido e regular andamento. Ocorre, pois, no Brasil, a execução

---

<sup>25</sup> MALTA E COSTA, 2005, p. 95. Non bis in idem tem o sentido de “Não duas vezes pela mesma coisa. Significa que ninguém pode responder, uma segunda vez, por fato já julgado, ou ser duplamente punido pelo mesmo delito”.

<sup>26</sup> MESSUTI, 2003, p. 36. A autora indica o tempo como principal medida da pena, devendo ser ela precisa. Daí decorre a importância dada à quantificação do tempo, o que faz com que a quantificação do tempo cumprido como pena ou como medida cautelar deva ser reaproveitado, e não, descartado.

antecipada da pena, como se fosse pecúnia, pagando-se parte dela previamente, para garantir o seu credor, o Estado punidor.

Nesses casos, é visível que o preso já cumpriu um tempo de pena sem ter sido condenado pelo crime que lhe foi imputado, ou, o que é mais grave, sem sequer ter recebido o direito a se defender de forma ampla e contraditória, cumprindo antes mesmo desse exercício uma parte da pena.

O preso provisório, que deveria gozar da presunção de inocência sofrera com a medida coercitiva que lhe é aplicada, tendo prejudicada a sua defesa por estar inerte. Isso decorre de ele ainda não receber as mesmas prerrogativas que aquele que foi definitivamente condenado tem, quais sejam: o direito à remição do tempo cumprido da pena porque ele ainda não tem uma pena em tempo definida para cumpri-la. Também não tem direito o preso provisório ao indulto de Natal: mesmo que aquele que já está condenado possa sair do sistema prisional, ele que goza da presunção de inocência não poderá fazê-lo. Também, não poderá ter saídas temporárias, embora aquele que é condenado receba esse direito. Logo, conclui-se que é melhor ser condenado de uma vez.

O Novo Código de Processo Penal aposta para a grave (re)punição pelo mesmo fato, isto é, a permanência no país do *non bis in idem*,<sup>27</sup> “Aforismo de direito romano, consagrador de que é vedada a repetição de atividade já apreciada [...]”, o que significa que é proibido punir novamente pelo mesmo fato. É vedada, no ordenamento pátrio, qualquer repetição de punição pelo mesmo fato, relativizada quando da aplicação da prisão preventiva no caso da ocorrência de fuga. Se fugir, o acusado não terá computado, no tempo de duração da medida cautelar, o tempo que já cumpriu preventivamente, como se esse não tivesse utilidade alguma, não valesse para nada. Entende-se que, em respeito ao direito adquirido, o preso preventivo que foge, ao ser recapturado, não poderia perder o eventual tempo já cumprido em previsão preventiva.

---

<sup>27</sup> SIDOU, 2004, p. 587.

Ainda, verifica-se que há punição do acusado por ele receber uma defesa técnica e preocupada em bem representar os seus interesses. No § 2.º, são acrescentados 180 (cento e oitenta) dias de prisão preventiva, chegando-se, então, à marca de 540 (quinhentos e quarenta) dias de prisão para os casos de interposição de recursos por parte da defesa, recurso Especial e Extraordinário. Nesse caso, é explícita a vedação ao amplo direito à defesa, pois, se recorrer, o réu receberá mais tempo de prisão processual; mas, se deixar de fazê-lo, estará livre de sofrer a aplicação da prisão sem pena. Isso é uma forma velada de minar a ampla defesa e o contraditório e de impedir, com filtro, o acesso às Cortes Superiores.

É óbvio que a parte constrangida pensa que o tempo de prisão preventiva acabará mais cedo se não houver a interposição de recurso. Assim, deixará de promovê-la e se submeterá ao cerceamento da ampla defesa e contraditório, colocando nela, na defesa, a culpa pela continuidade da prisão preventiva. Ainda, vislumbrando um prêmio para o caso da não interposição do recurso, pois, se assim o fizer, ganhará o direito de sair mais cedo da prisão preventiva.

O artigo 559, em seu § 1.º, no PL 8.045/2010, permite reconhecer como possível uma nova punição pelo mesmo fato, ou a (re)punição. Quando houver fuga do preso que sofre com a prisão preventiva, ele perderá o direito de ver computado aquele tempo em que já esteve preso preventivamente, antes da fuga. Isso quer dizer que, se o acusado fugir, terá o prazo da medida preventiva suspenso, sendo lógico e aceitável que o tempo de contagem pare. Mas é irracional concordar com a contagem em dobro do tempo quando da recaptura. Ou seja, o tempo que foi punido não será mais computado e serão aplicados, além daquele tempo cumprido, no mínimo, mais 180 dias de prisão preventiva a título de castigo por ter fugido.

Não se pode esquecer que o projeto de lei é apenas um projeto que pode ser votado ou não. Por esse motivo, não cabe conceder-se a ele plena e total dedicação sob pena de se estar elucubrando sobre matéria que pode não

ser sancionada, o que levaria a uma discussão sem aplicação prática alguma. Cabe, sim, a crítica ao PL 8.045/2010, mas não tão aprofundada.

Não se quer dizer com isso que não seja importante e que não seja pertinente a discussão sobre o PL 8.045/2010. Como se pôde ver algumas arestas precisam ser aparadas, como é o exemplo abordado do tempo de duração para a prisão preventiva em casa de interposição de recurso Especial e/ou Extraordinário, que é de 540 (quinhentos e quarenta) dias. Nesse caso, a máxima duração da prisão preventiva é vinculada à interposição do recurso, como se fosse uma punição por esse procedimento.

Pode-se, ainda, entender esta estipulação de prazos de duração com a desconsideração de eventuais prazos já cumpridos como sendo uma forma velada de cerceamento da ampla defesa e do contraditório do direito ao duplo grau de jurisdição. O que não é admissível é a vedação ao recurso como é a proposta, pois, se recorrer, terá o seu tempo de prisão preventiva aumentado, só pelo fato da interposição do recurso. Não se pode aceitar que custe tanto a interposição de um recurso, ocasionando a vedação velada do acesso ao duplo grau de jurisdição e do acesso aos Tribunais Superiores. Por tais motivos, faz-se necessária, cada vez mais, a discussão sobre as alterações que virão com o Novo Código de Processo Penal e a viabilidade de alguns de seus artigos, o que vem sendo realizado nos bancos acadêmicos e nas entidades representativas de classe junto ao CNJ, Senado Federal e Câmara de Deputados Federal.

Outra importante análise vem no sentido de verificar que, para o PL 8.045/2010, o tempo de duração da prisão preventiva pode ser quantificado. Em que pese discordar-se da quantidade de tempo, tem-se que reconhecer esse tempo proposto já demonstra um avanço tanto no âmbito interno do direito pátrio como também no âmbito externo, pois nenhum país componente do MERCOSUL tem previsto, em seu ordenamento jurídico, um tempo máximo para a duração da prisão preventiva.

No artigo 559 do PL 8.045/2010, há a proposta de que o prazo máximo para a duração da prisão preventiva seja de quatro anos, não podendo mais ser prorrogável. Então veja-se:

Art. 559. Os prazos máximos de duração da prisão preventiva serão contados do início da execução da medida.

§2º Não obstante o disposto no §1.º deste artigo, em nenhuma hipótese a prisão preventiva ultrapassara o limite de 4 (quatro) anos, ainda que a contagem seja de forma descontínua.

Entende-se como razoável esse prazo máximo de duração para o processo, levando-se em conta a complexidade do caso e a dimensão geográfica continental do Brasil. Mas é inadmissível aceitar o prazo máximo de 4 (quatro) anos para a prisão preventiva, como proposto. Esse prazo não deve ser tão longo, o que é justificado, ainda, pelo fato de se saber que, em países vizinhos, integrantes do MERCOSUL, como é o caso do Paraguai, o tempo máximo de duração do processo não pode ultrapassar 3 (três) anos.

No PL 8.045/2010, o legislador pensou num tempo máximo para a duração da prisão preventiva, estipulando-o em, no mínimo, 90 (noventa) dias. Embora se discorde do tempo de duração, tem-se que reconhecer um considerável avanço na fixação do tempo máximo que uma prisão preventiva pode durar no tempo, bem como na delimitação do tempo para o reexame da necessidade da prisão preventiva, sendo ele a partir dos noventa dias e designado pelo juízo. Desse modo, somente após terem transcorrido 90 (noventa) dias é que será reanalisada a necessidade da manutenção da medida.

*Art. 562. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação [...].*

*§2º Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal.*

Aqui há de se considerar como avanço<sup>28</sup> de fato a possibilidade de (re)análise da medida coercitiva, ou seja, o reexame é necessário, pois, com tal reanálise, poderá ser verificado se é necessária a imposição da prisão preventiva, ou, se não for mais preciso cercear a liberdade, poderá ser alterada a prisão por outra medida cautelar diferente dela.

Mas, na recente modificação do Código de Processo penal, com o advento da Lei n.º 12.403/2011, que se promoveu mudanças em parte do Código que trata sobre prisões antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, foi deixada uma lacuna. Não houve a estipulação de um prazo máximo para a duração do processo penal, nem para a duração da prisão preventiva, nem para a realização do reexame obrigatório, ou como se tem tratado neste trabalho, chamando-o de (re)análise da necessidade da medida, uma (re)análise por parte do juízo, feita quando persiste a necessidade de manter o acusado/réu preso.

Ao final deste trabalho, far-se-á uma proposta, considerando-se a omissão da nova lei e o fato de o PL 8.040/2010 não ter virado lei. Será proposto um tempo que se entende ser razoável para a duração da prisão preventiva sem a análise do juízo, para fins de verificar se ela é necessária ou não.

## **2.2 PRISÃO PENA E PRISÃO SEM PENA, UMA CRISE NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

O processo penal constitucional<sup>29</sup> vem sendo abordado por parte da doutrina que ensina, nos bancos acadêmicos, a importância de ter um sistema processual que garanta direitos fundamentais ao réu e respeite o equilíbrio entre as partes interessadas no processo, quais sejam, acusação e defesa.

---

<sup>28</sup> LOPES JR. Breves considerações sobre a polimorfologia... agosto/ 2010, p. 8. “É um avanço se considerarmos o elevado número de pessoas cautelarmente presas [...]. É interessante que, finalmente, se estabelece um prazo com sanção, pois o paragrafo segundo é categórico: ‘se o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal!’.”

<sup>29</sup> LOPES JR. Direito Processo Penal e... 2008, p. 107. O processo penal deve passar por uma filtragem constitucional, mantendo, então, um “[...] sistema de garantias mínimas [...]”. um processo penal democrático, ou seja, o processo penal instrumentalizado pela Constituição.



Especificamente, as prisões preventivas são afronta aos Direitos Fundamentais,<sup>30</sup> como, por exemplo, o direito a ter um processo justo, a ter o seu direito de liberdade preservado, à presunção de inocência e a ter um Estado que, quando venha aplicar a norma penal, respeite as regras do jogo.<sup>31</sup> Também, é importante não mudar as regras do jogo no meio da partida, levando em conta o Status social ou a cor da pele de quem está sendo acusado do cometimento de um crime, cabendo a todas as pessoas um processo penal que respeite as ordens que vertem da Constituição e um julgamento justo por um júízo imparcial.

A doutrina ensina que, para se ter um processo penal democrático, é necessário que o Estado-juiz preserve a igualdade entre as partes no processo, que os atos processuais sejam públicos e que seja garantida a ampla defesa e o contraditório, sendo esses os elementos do processo. Se tais princípios fundamentais do processo forem aplicados, ocorrerá o processo democrático; de forma diferente, se forem afastados, haverá um processo penal sem legitimidade e que mancha a decisão do julgador.<sup>32</sup>

A Constituição tem o condão de ser um norte garantidor de direitos fundamentais, não cabendo a aplicação de institutos que contrariem a ordem emanada por ela. É obrigação da lei infraconstitucional e de seu aplicador o respeito incondicional à Constituição, sob pena de usurpação aplicada desrespeitando a Constituição, está sendo afetado mais que um simples apanhado de papel, está sendo agredido o próprio Estado de Direito, o próprio Estado Democrático.

---

<sup>30</sup> SARLET, 2010, pp. 52-3. O autor explica que os direitos fundamentais são fontes de reivindicações, de inquietações oriundas de situações de agressões de bens considerados fundantes do ser humano: "(...) os direitos fundamentais são, acima de tudo, fonte de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressões a bens fundamentais e elementares ao ser humano".

<sup>31</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, p. 71. Aborda, entre outras questões, o fato de o processo penal constitucional assegurar que não sejam mudadas as regras do jogo.

<sup>32</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, pp. 86-7. O processo democrático será aquele em que o discurso mediará a decisão, ou seja, é por meio do contraditório entre as partes no processo que a decisão será produzida pelo júízo. "[...] O processo é quem mediará, pelo discurso a decisão, não mais solitária do juiz, mas coproduzida democraticamente".

Antes de se abordar a ideia de prisão pena e prisão sem pena é necessário o exame, mesmo que de forma superficial, do que seja considerado pela doutrina e pela jurisprudência o princípio constitucional da proporcionalidade<sup>33</sup> e o da razoabilidade, para, só após, ser possível dizer se a prisão preventiva, na forma como vem sendo aplicada, afeta-os e como os afeta. Depois de tal abordagem, será emitida a definição do que é entendido como prisão pena e prisão sem pena.

O princípio constitucional da proporcionalidade<sup>34</sup> tem sido apontado pela doutrina como um poder de controle dos atos da administração pública e do poder público em si.<sup>35</sup> Esse princípio, nas palavras de Mendes, é identificado como uma regra de ponderação entre direitos conflitantes.<sup>36</sup> Também é identificado por meio de um viés chamado de proibição de excesso,<sup>37</sup> sendo reconhecido, dessa forma, pelo STF como um viés característico do princípio da proporcionalidade<sup>38</sup> que restringe qualquer afronta aos direitos fundamentais exercidos pelo Estado.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> FELDENS, 2008, P. 81. O princípio da proporcionalidade tem sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O documento versa, no seu art. 8.º, sobre a aplicação da pena, que deve ser a estritamente necessária para o caso concreto, determinada pela lei. Na lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no seu artigo 2.º, parágrafo único, inciso VI, lê-se sobre o procedimento administrativo na esfera federal. A definição como critério do procedimento administrativo, que se pode entender como sendo a definição do princípio da proporcionalidade, é a seguinte: “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”; o que pode ser entendido como interesse público é a proteção dos direitos fundamentais de forma extensiva à interpretação. Também: BARBOSA, 2010, p. 13.

<sup>34</sup> ÁVILA, 2009, p. 161-3. Cabe, conforme o autor explica, a análise por três exames: o primeiro, tentando verificar se o meio promove o fim, ou seja, se é adequado; o segundo, se entre os meios disponíveis e iguais para promover o fim não existe outro meio que restrinja menos os direitos fundamentais; e o último, chamado de “proporcionalidade em sentido estrito”, diz respeito à análise das vantagens trazidas pela promoção daquele fim, investigando se “as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”.

<sup>35</sup> ÁVILA, 2009, p. 163. Ver também FELDENS, 2005, p. 191. Entre a sanção e a conduta, deve existir uma medida, pena proporcional. Ou seja, é por meio do princípio da proporcionalidade que se deve aplicar uma sanção a um determinado fato.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256. “Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”.

<sup>37</sup> FELDENS, 2005, p. 191. É por meio do princípio da proporcionalidade que se verificará a necessidade da aplicação de determinada medida sancionatória.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256 e ss. Adota o STF o

Para Bonavides, o princípio da proporcionalidade diz respeito ao arbítrio correto dos meios a serem aplicados para alcançar um fim. Quando não forem usados os meios mais adequados, haverá uma desproporção entre meio de aplicação e fins de uma intervenção.<sup>40</sup> Seu início deu-se de forma superficial, mas como papel importante na judicatura da Corte Suprema.<sup>41</sup> Hoje, o princípio da proporcionalidade cumpre um papel importante, ganhando papel que cresce em importância quanto a proteção dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, pode-se dizer que os direitos fundamentais são protegidos das ingerências do Estado, da afronta que o estado pode lhe infligir a partir do princípio da proporcionalidade, sendo ele um poder limitador do próprio poder do Estado. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é o próprio poder limitador do limitador dos direitos fundamentais.<sup>42</sup>

Para melhorar a compreensão, é importante, mesmo que de forma breve, tentar explicar, definir, o que é entendido pela doutrina pátria sobre o que são direitos fundamentais, como eles são aplicados.

Os direitos fundamentais são, como explica Moraes, expressões de proteção de bens fundamentais aos homens, como, por exemplo, a liberdade, direito principal em relação a outros direitos. Sendo assim, os direitos fundamentais são direitos que permitem às pessoas serem protegidas frente ao Estado e frente a particulares. Eles são inseridos, de forma direta e imediata, na esfera de proteção das pessoas.<sup>43</sup>

Ainda, ensina o autor, não é possível que se admita o levantamento da bandeira de proteção dos direitos fundamentais com o objetivo de ser ele um permissivo ao cometimento do crime, o que infringiria o Estado Democrático de

---

princípio da proporcionalidade como o mais adequado para o Brasil, princípio que tem origem no direito alemão.

<sup>39</sup> ÁVILA, 2009, p. 147. Ver também: SARLET, 2010, p. 47. Os direitos fundamentais são reconhecidos como direitos de resistência frente ao Estado.

<sup>40</sup> BONAVIDES, 2006. P. 393.

<sup>41</sup> BONAVIDES, 2006. P. 395.

<sup>42</sup> BONAVIDES, 2006. P. 395.

<sup>43</sup> MORAES, 2007, p.29.

Direito.<sup>44</sup> Esse posicionamento merece reconsideração, pois pensa dessa forma atribui uma posição de secundariedade aos direitos fundamentais. Observa-se que tal posição destoaria de sua verdadeira importância, cujo sentido é retirar dos direitos fundamentais a força que possui no contexto social: proteção integral aos direitos do homem independente de ele ter cometido crime ou não. Mesmo ele sendo o autor de um fato criminoso, o Estado não poderá usurpar-lhe direitos fundamentais com o argumento de que não pode avariar a afetação a um direito fundamental por ter descumprido a norma e, por isso, ser-lhe vedado requerer qualquer direito.

É necessário que sejam tomadas medidas protetivas aos direitos fundamentais quando eles forem diretamente abalados, como, por exemplo, o caso do direito à liberdade, que tem em seu desmembramento o direito à presunção de inocência. Essa sofre a maior ocorrência de inquietação no sistema processual penal brasileiro, pois, dia após dia, o Estado restringe a presunção de inocência quando aplica a prisão preventiva como um meio de restrição desta liberdade, antes da sentença como regra.<sup>45</sup> Cabe, então, o uso do princípio constitucional da proporcionalidade como um instrumento limitador a essa afronta ao direito de liberdade, expresso por meio do estado de inocência e restringindo com a aplicação da prisão preventiva em *prima facie*.

Ao citar Hesse, Bonavides coloca os direitos fundamentais como “[...] pressupostos elementares de uma vida em liberdade e na dignidade humana [...]”,<sup>46</sup> sendo esses os objetivos que os direitos fundamentais pretendem alcançar no ordenamento jurídico.

---

<sup>44</sup> MORAES, 2007, p.25. Cita o autor J.J. Canotilho, em Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, ano de 1993, p. 541. Esse diz que os direitos fundamentais são, no plano objetivo, normas de competência negativa para o Estado, ou seja, não pode ele agir contra a esfera individual da pessoa. Já, no plano subjetivo, diz respeito ao poder que o indivíduo tem de exercer contra o Estado, requerendo dele a sua omissão quando o agir de forma que afronte os próprios direitos fundamentais.

<sup>45</sup> SARLET, 2010, p. 2010, p. 55. Explica o autor que os direitos fundamentais são constantemente “espezinhados”, mesmo que se tenha, no ordenamento jurídico, “instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais”.

<sup>46</sup> BONAVIDES, 2006, p. 560.

O mesmo autor traz a explicação de Carl Schmitt quando divide os direitos fundamentais em dois critérios formais: o primeiro, no sentido de que os direitos fundamentais são nomeados pela Constituição; e o segundo, no sentido de que os direitos fundamentais são aqueles direitos que recebem da Constituição maior proteção e garantia.<sup>47</sup> O que se pode extrair dessa concepção vem ao encontro do que ensina Sarlet, quando afirma o entendimento de que os direitos fundamentais dependem da Constituição assim como a Constituição depende dos direitos fundamentais.<sup>48</sup>

Depende-se, então, da relação dos direitos fundamentais com o princípio da proporcionalidade que este serve como instrumento de proteção daqueles. Dessa forma, esse princípio também coloca limites à própria liberdade individual, pois ela será mantida a partir da sua aplicação. Ele determinará se é proporcional, ou não, a aplicação da prisão preventiva para o caso concreto, como, por exemplo, no caso de prisão por algum delito que tenha previsão de pena a ser cumprida em regime semiaberto, não sendo proporcional à aplicação de prisão preventiva cumprida no regime fechado.

Como ensina Feldens, o princípio da proporcionalidade tem um vínculo com a evolução dos direitos fundamentais. Ele é adotado pela doutrina que verte do pensamento alemão, de forma que é subdividido em “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.<sup>49</sup> De forma sucinta, isso equivale a enquadrar “adequação e necessidade” na proporcionalidade de forma *latu sensu*, ou seja, é adequado quando aplicado o princípio com o devido êxito; é necessário, quando não há outro meio a aplicar que alcance a eficácia prevista para o princípio.

---

<sup>47</sup> BONAVIDES, 2006, p. 561.

<sup>48</sup> SARLET, 2010, p. 60.

<sup>49</sup> FELDENS, 2008, pp. 82-5. A adequação da medida é alcançada quando o meio pelo qual ela é aplicada é o ideal e é alcançado o seu objetivo. A necessidade diz respeito ao meio, sendo a medida o instrumento que cause menor desgaste para alcançar o seu objetivo. E a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à medida da sanção equivalente ao fato produzido, ou seja, a verificar se não há um desequilíbrio entre a pena aplicada e o fato produzido. Ver também: LENZA, 2010, p. 138. Trata de quando a necessidade é igual à exigibilidade, se a medida aplicada é legítima e se indispensável para o caso em concreto, Já no caso da adequação, importa avaliar se é pertinente ou idônea para o caso em concreto, ou seja, se o meio escolhido alcança o objetivo proposto.

Já em sentido *strictu sensu*, diz respeito à análise para avaliar se a pena aplicada está no nível do delito praticado, ou, dito de outra maneira, se a sanção imposta é adequada à gravidade do crime cometido.<sup>50</sup> Assim, após a verificação da necessidade e conveniência da medida aplicada, far-se-á a aferição da quantidade de medida usada para aquele fato praticado. Se superar “outros valores constitucionalizados”,<sup>51</sup> deverá ser afastada, pois não pode afetá-los.

Então, nessa ideia de processo penal constitucional, democrático, cabe a interpretação, sempre conforme a norma maior, de nunca ser aceita afronta de nossa norma maior pela norma menor. Existe, nesse contexto, a impossibilidade de que a lei infraconstitucional elimine o núcleo essencial dos direitos e garantias constitucionais, impedindo, assim, a jurisdição de “exceção”.<sup>52</sup>

Cabe, ainda reforçar que a interpretação e os preceitos legais da aplicação da lei processual penal devem originar-se, sempre, de uma análise “a partir da Constituição”,<sup>53</sup> e não, de modo contrário. Os direitos fundamentais do débil, no processo penal, devem ser protegidos, sim, com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que serão abordados a seguir.

Sendo assim, para haver a correta aplicação da prisão preventiva, ou, para que ela tenha um tempo de duração que não afete o direito fundamental ao prazo razoável e para que ela não afete o direito constitucional à presunção de inocência e, ainda, ao devido processo legal e à liberdade, é preciso que ela seja proporcional<sup>54</sup> e razoável.

O princípio da razoabilidade tem a função de estruturar a imposição de regras, princípios e normas, como uma instrumentalização de aplicação de

---

<sup>50</sup> FELDENS, 2008, p. 85.

<sup>51</sup> LENZA, 2010, p. 138.

<sup>52</sup> DIAS, 2004, pp. 74-5.

<sup>53</sup> DIAS, 2004, p. 75.

<sup>54</sup> BARBOSA, dez. 2010, p. 14. O princípio da proporcionalidade está sempre presente na análise da razoável duração do processo e da prisão preventiva.

determinada lei ou artigo de lei a ser empregado de forma razoável para aquele caso, embora não se tenha uma uniformidade em sua conceituação nos Tribunais em todo o Brasil.<sup>55</sup>

A razoabilidade, nas palavras de Ávila, é usada dentro de três circunstâncias. A primeira é a utilização como direção para as normas gerais, com a peculiaridades do caso concreto. Já na segunda circunstância de aplicação, vincula-se o emprego das normas jurídicas com “[...] o mundo ao qual elas fazem referência, [...] buscando uma base empírica adequada para a aplicação da norma”. A última característica tem o sentido de ser uma exigência a uma “[...] relação de equivalência entre as duas grandezas”.<sup>56</sup>

A razoabilidade é entendida como “equidade”, sendo aplicada, no primeiro grupo de características, com o fato que realmente aconteceu no caso concreto. Deve ser presumido, no emprego da norma, o que, de fato, acontece, ou o que poderia ter acontecido no sentido de ter sua utilização dentro da normalidade, de um procedimento padrão de acontecimentos normais.<sup>57</sup>

A razoabilidade no sentido de congruência diz respeito à devida harmonia da norma com a condição do exterior para a sua aplicação, ou sejam a existência de uma relação empírica que embasara o seu uso.<sup>58</sup> No caso das prisões preventivas e do excesso de prazo, é necessária análise para ver se o emprego da norma no caso concreto tem base empírica para tanto, se a prisão preventiva se faz necessária. Sendo confirmada a existência de base empírica para ser aplicada, ocorrerá a proteção do bem jurídico de fato.

---

<sup>55</sup> ÁVILA, 2009, p. 153.

<sup>56</sup> ÁVILA, 2009, pp. 154-61. “A razoabilidade como dever de harmonização (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra feral depende do enquadramento do caso concreto. [...] Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas. A razoabilidade como dever de harmonização do direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção da medida, quer exigindo uma relação congruente entre critério de diferenciação escolhidos e a medida adotada.”

<sup>57</sup> ÁVILA, 2009, p. 155. O que é razoável é que as pessoas ajam com atitudes de boa-fé, e não, ao contrário, sendo, então, para a aplicação da razoabilidade, verificando o que ocorre dentro da normalidade. Assim, a razoabilidade age na interpretação dos fatos, aplicando as regras.

<sup>58</sup> ÁVILA, 2009, p. 157.

Ainda, se o tempo de duração da prisão preventiva corresponde àquilo a que foi proposta a sua aplicação, mas, se não estiverem presentes, no caso empírico, o pressuposto e o fundamento da prisão preventiva, ela deixa de ter base razoável em sua duração.

Outra análise a fazer sobre o princípio da razoabilidade diz respeito a coloca-la como equivalente, ou seja, tanto como sendo a medida adotada para o caso concreto como para o critério que a dimensiona. No caso da razoabilidade como equivalência, faz-se a análise para verificar se determinada pessoa, ao ser acusada de ter cometido algum fato criminoso, sendo condenada, seria presa e iniciaria o cumprimento de sua pena num regime menos grave do que a prisão preventiva que ocorre em regime fechado. Dá-se como exemplo o fato de alguém ser condenado. Iniciar o cumprimento de sua pena no regime semiaberto, embora a sua prisão preventiva tenha ocorrido no regime fechado.<sup>59</sup> É inadmissível tal situação, devendo ser aplicado o princípio da razoabilidade com enfoque na equivalência, Isso significa que tal pessoa não poderia ser presa preventivamente se não estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*,<sup>60</sup> devendo, portanto, responder ao processo em liberdade.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de conceder a ordem em habeas corpus, aplicando tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da razoabilidade, quando verifica que a prisão preventiva teve excesso de prazo, constringendo, ilicitamente, aquele que ficou preso por tempo excessivo, verificando o julgador se a defesa, de alguma forma, não deu causa à demora.

No Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região, a 1.<sup>a</sup> Turma do Tribunal, no HC 2010.02.01.017862-5, sendo o relator Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, com julgamento em 02.03.2011, publicado dia 11.03.2011, traz a

---

<sup>59</sup> TJPR – 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal – HC 0739065-0 Relator Lilian Romero – j. 10.02.2011. Boletim IBCCRIM, ano 18, n.º 221, abril 2011, p. 1455.

<sup>60</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, p.8.



seguinte ementa: “DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISAO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA”. O acórdão versa sobre o excesso de prazo no processo penal em que o réu se encontrava preso sem que a sua defesa prévia tivesse sido analisada, ficando ela parada por mais de cinco meses.<sup>61</sup>

O réu estava preso há mais de 10 (dez) meses, e a sua defesa sequer fora analisada, ficando parado o processo por conta disso, sem previsão de movimentação e análise da defesa previa apresentada. O processo aguardava a apresentação de defesa de outro réu, não podendo o paciente arcar com essa demora. A ordem foi concedida.

[...] a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se pautado no sentido de que eventual excesso de prazo deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que obriguem ao retardamento da sua conclusão da formação da culpa, não se restringindo, assim, a simples soma aritmética dos prazos processuais [...].<sup>62</sup>

No Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, a 3.<sup>a</sup> Turma julga o HC 004204-39.2011.4.01.0000, da relatora Assusete Magalhães, no dia 22.02.2011, com publicação em 04.03.2011. Diz a ementa o seguinte:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INEFICIÊNCIA DO ESTADO. MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JUDICIAL. GARANTIA DO PRAZO RAZOÁVEL NA DURAÇÃO DO PROCESSO.

O referido *habeas corpus* versa sobre excesso de prazo sem que a defesa tenha dado causa, e ainda relata o julgador que, embora a sentença esteja prestes a acontecer com a provável prolação em data próxima, a

---

<sup>61</sup> STJ 5.<sup>a</sup> T. – RHC 26.706 – Relator Jorge Mussi – j. 19.11.2009 – publicação 04.05.2011 – Cadastro IBCCRIM 1777. Boletim, ano 19, n.º 223, junho 2011, p. 1467. Também, no mesmo sentido da demora na instrução processual, o réu permanece preso por mais de 1 (um) ano sem que a instrução criminal tivesse começado.

<sup>62</sup> TRF 2.<sup>a</sup> R. – 1.<sup>a</sup> t. – HC 2010.02.01.017862-5 – Relator Aluísio Gonçalves de Castro Mendes – j. 02.03.2011 – public. 11.03.2011. Boletim IBCCRIM, ano 18, n.º 222, maio/2011, p. 1460. TJRS 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal – AP 70036609659 – Relator Manuel José Martinez Lucas – j. 22.09.2010 – publicação 25.10.2010 – Cadastro IBCCRIM 902, Boletim IBCCRIM, ano 18, n.º 217, dezembro 2010, p. 1424.

decisão do writ é visível em abordar o constrangimento ilegal por que passou o réu, ficando quase um ano e meio preso preventivamente.

Ainda refere que o feito não é complexo, não justificando, portanto, a demora até a prolação da sentença, mesmo que a jurisprudência tenha aceitado a estrapolação do prazo no decorrer da instrução. A jurisprudência do STJ tem mitigado o entendimento consagrado na Súmula 52, quando o feito extrapola os limites da razoabilidade desde que não haja motivos para a demora na prolação da sentença.<sup>63</sup>

No Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região, a 1.<sup>a</sup> Turma julga o HC 2010.03.00.038690-2 (0038690-30.2010.4.03.0000), do relator Johansom de Salvo, no dia 28.02.2011, com publicação em 01.03.2011. Diz a ementa: “DIREITO PROCESSUAL PENAL. GARANTIA DO PRAZO RAZOÁVEL NA DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE”.

O julgador entendeu que o direito constitucional à razoável duração do processo, contido no artigo 5.<sup>o</sup>, inciso LXXVIII, deve ser harmonizado com outros princípios constitucionais. O excesso de prazo na instrução criminal deve ser analisado dentro dos limites da razoabilidade considerando-se as possíveis causas excepcionais que possam levar à demora na instrução criminal, não se restringindo a apenas a soma aritmética dos prazos processuais.

O julgador também entendeu que não é razoável que pessoas fiquem presas por mais de ano sem que se tenha o início da instrução criminal, sempre vinculando a possível demora à interferência, ou não, da defesa. Se ela não deu causa, deve ser considerado o excesso de prazo.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> TRF 1.<sup>a</sup> R. – 3.<sup>a</sup> T. – HC 004204-39.2011.4.01.0000 – Relatora Assusete Magalhães – j. 22.02.2011 – publicação 04.03.2011. Boletim IBCCRIM, ano 18, n.º 221, abril 2011, p. 1452.

<sup>64</sup> TRF 3.<sup>a</sup> R. – 1.<sup>a</sup> T. – HC 2010.03.00.038690-2 (0038690-30.2010.4.03.0000) – Relator Johansom de Salvo – j. 28.02.2011 – publicação 01.03.2011, Boletim IBCCRIM, ano 18, n.º 221, abril 2011, p. 1453.

Ainda quanto à análise jurisprudencial, agora em referencia ao principio da proporcionalidade da pena em abstrato do crime imputador e à medida restritiva de liberdade, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal, no HC 0739065-0, onde foi relatora a Desembargadora Lilian Romero, com julgamento no dia 10.02.2011, traz a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. DIREÇÃO DE VEÍCULO SOB INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. PROPORCIONALIDADE ENTRE PENA E MEDIDA RESTRITIVA.

O caso é sobre um paciente preso em flagrante delito pelo crime de dirigir sob efeitos de álcool e por te ocasionado à vitima lesão corporal qualificada consoante o artigo 303, parágrafo único, c.c. artigo 302, parágrafo único, I e II, e artigo 306, todos do Código de Trânsito Brasileiro – CTB. Esses crimes são punidos com a pena de detenção, conforme o artigo 33 do Código Penal, os crimes de detenção são cumpridos em regime semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência para o regime fechado.

Sendo assim, há uma visível desproporção entre a pena dos crimes imputados com a prisão preventiva aplicada, que é cumprida em regime fechado, e apena em regime semiaberto ou aberto ao acusado condenado. Esse não cumpriria nem um dia em regime fechado, mas preventivamente antes do trânsito em julgado, tem sido mantido em cárcere fechado.<sup>65</sup>

Também no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal, ao julgar o HC 70040660599, em 24.02.11, o Relator Nereu José Giacomolli assim decidiu, conforme ementa, que se reproduz para melhor explicar: “DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. GARANTIA DO PRAZO RAZOÁVEL NA DURAÇÃO DO PROCESSO”.

Entendeu o julgador que não há delimitação de um tempo de duração razoável, ou melhor, do que seja considerado razoável em um processo penal,

---

<sup>65</sup> TJPR – 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal – HC 0739065-0 – Relatora Lilian Romero – j. 10.02.2011. Boletim IBCCRIM, ano 18. n. ° 221, abril 2011, p. 1455.

sendo o caso concreto que informara se houve o u não excesso no prazo razoável. No caso em tela, o excesso de prazo ocorre por falta de um laudo psiquiátrico que o imputado espera há mais de três meses, o que é um excesso visível.<sup>66</sup>

Fez-se esta abordagem da jurisprudência a fim de demonstrar a forma como vem sendo aplicado o entendimento dos julgadores nos Tribunais brasileiros. Sem a pretensão de esgotar a matéria, teve-se o intuito de demonstra as tendências dos julgamentos de casos que tratam sobre o tema excesso de prazo na prisão preventiva. A questão vincula-se, muitas vezes, se não todas as vezes, ao que diz respeito à demora por causa de atitudes da defesa. Existem, também, os casos de excesso de prazo pela demora do início da instrução criminal, pela instrução criminal demorada, pela demora na produção da culpa, ou ainda, pela não concessão da ordem nos *habeas corpus*, quando houver o fim da instrução criminal, como se esse fim tivesse o poder de apagar aquele tempo em excesso que ela levou para terminar.

Em outra perspectiva, parte da doutrina e da jurisprudência insistem na falaciosa justificativa de que a prisão preventiva não é prisão, ou seja, reconhecem a prisão preventiva como uma medida cautelar e, por tal enquadramento, afastam-na da prisão definitiva, o que é pura falsidade argumentativa. Seus adeptos entendem que o acusado está cumprindo uma medida cautela e, por isso, não merece os direitos que aquele que cumpre prisão definitiva tem. Isso demonstra tratar-se de uma maquiavélica retórica da prisão não pena, ou melhor, de uma prisão sem pena. Num Estado Constitucional de Direito, falar em prisão sem pena é falar em desrespeito às garantias constitucionais que a aplicação desta prisão sem pena fere. Um exemplo é a garantia constitucional à presunção de inocência, ferindo também o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal e do *in dúbio pro reo*.

---

<sup>66</sup> TJRS – 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal – HC 70040660599 – Relator Nereu José Giacomolli – j. 24.02.2011. – publicação 09.03.2011. Boletim IBCCRIM, ano 18. n. ° 221, abril 2011, p. 1456.

Parte da doutrina defende a tese de que as prisões processuais não são e não devem ser consideradas como uma pena imposta ao acusado, essa corrente entende que não devemos falar em prejuízos para o acusado nesse momento processual. Mas não podemos desconsiderar que qualquer minuto encarcerado seja prejuízo, pois são cerceados direitos fundamentais já comentados, num momento processual de aplicação da medida de coerção sem elementos suficientes, ou com o mínimo de elementos possíveis, para levar o juízo a uma (re)cognição daquilo que chegou até ele. Como o indiciado, na grande maioria das vezes, na delegacia, no momento da lavratura do flagrante delito, reserva-se ao direito de permanecer em silêncio, as informações levadas ao conhecimento do juízo nesse momento pela polícia e acusação, quase sempre são incompletas. Assim, nesse instante, não chega ao conhecimento do juízo qualquer tentativa de defesa, fazendo com que ele homologue o flagrante e proceda à ordem de prisão preventiva, só com as alegações da acusação, sem manifestação defensiva.

O responsável pela aplicação da prisão preventiva analisa o que vem a seu conhecimento naquele momento, logo após a prisão em flagrante, quando o acusado ainda não teve acesso à ampla defesa e ao contraditório. Isso acontece, mesmo havendo a alteração no artigo 28, § 3.º, da Lei n.º 12.403/2011, determinando que o contraditório<sup>67</sup> deva ser possibilitado desde que não se esvazie a condição da aplicação da prisão preventiva pelo risco ou perigo, ou seja, desde que a eficácia da prisão não caia por terra em decorrência do contraditório, em decorrência do risco. Basta, então, uma retórica maniqueísta argumentativa sobre o risco para que seja impossibilitado o contraditório, aplicando-se a prisão sem a sua ocorrência, caso em que deveriam acusação e defesa fundamentar seus argumentos pela prisão – a acusação –, ou pela soltura – a defesa.

---

<sup>67</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, p. 15. O autor aborda o instituto reafirmando seu entendimento de que o contraditório seria aplicado se, no ato da prisão em flagrante, o juízo ouvisse o acusado, evitando, assim muitas prisões preventivas injustas. Esse entendimento é oriundo do que emana do Pacto de San Jose da Costa Rica: todo preso tem direito de ser ouvido por um juiz competente.

Tudo isso acontece dentro do sistema prisional caótico mantido no Brasil, um sistema penitencial falido, onde as pessoas sofrem vicissitudes inimagináveis, conforme avalia Bitencourt.<sup>68</sup>

### 2.3 PRAZO RAZOÁVEL NAS PRISOES PROCESSUAIS

Os direitos fundamentais são classificados em quatro dimensões. A primeira delas é importante para este trabalho, uma vez que se ocupa dos direitos humanos de liberdade e, vinculados a esses, vários direitos subsequentes, como os direitos políticos e as liberdades públicas, conforme ensina Lenza.<sup>69</sup>

A doutrina mais moderna usa a nomenclatura dimensões em vez de gerações, apostando como existente três dimensões apenas. O uso da expressão gerações de direitos do homem da a ideia de que uma geração pode ser suplantada pela outra, ou seja, uma geração é subsequente á outra. Já a palavra dimensão traz o sentido de agregação, e um novo direito fundamental não só pode como deve agregar-se ao direito fundamental que o procede, sem suplantá-lo.<sup>70</sup>

Os direitos fundamentais são fruto de reivindicações decorrentes de inúmeras afrontas a bens fundamentais, as quais geraram injustiças Conforme Sarlet, os direitos fundamentais são limitadores do poder estatal. Eles integram

---

<sup>68</sup> BITENCOURT, 2004, p. 254. Hoje depara-se com outra realidade, a de que, ao se colocar alguém para cumprir pena num sistema falido com o deste país, corre-se o risco de enviar a pessoa para um lugar onde ela não terá oportunidade de se modificar. Sairá como entrou, isto é, se sair de lá não sairá recuperada.

<sup>69</sup> LENZA, 2010, pp. 740-1. Ensina o autor serem quatro as dimensões. Ver também: SARLET, 2010, pp. 27-36-47. Que aponta as dimensões em número de três, mas exemplifica as quatro: a 1.<sup>a</sup> dimensão é composta pelos direitos civis e políticos, direitos de cunho negativo, pois são direcionados ao ente público para que ele se abstenha de tomar alguma medida ( direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, etc.); a 2.<sup>a</sup> geração abrange os direitos sociais, culturais e econômicos, como, por exemplo, o direito à greve, ao sindicalismo, o direito ao trabalho; a 3.<sup>a</sup> geração é aquela que diz respeito ao direito de solidariedade, fraternidade, como, por exemplo, o direito à qualidade de vida, ao meio ambiente, à paz. O autor ainda comenta que parte da doutrina entende haver uma 4.<sup>a</sup> “geração”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155. Para mendes, são três as gerações existentes de direitos fundamentais, e ele fica a 1.<sup>a</sup> geração como verdadeiras “[...] obrigações de não fazer [...]”, de não interferência do Estado nas liberdades individuais.

<sup>70</sup> SARLET, 2010, p. 45.

a ideia de Estado, sistema de governar e suas formas, organização do Estado, forma de organização dos poderes, que são conjugados com, pelo menos, alguns dos direitos fundamentais, a “essência do estado Constitucional”.<sup>71</sup>

Os direitos fundamentais são conhecidos como direitos de resistência contra o Estado por se oporem a ele. São exemplos disso, entre outros, o direito à vida e à liberdade, direitos que, inclusive, precedem a existência do Estado.<sup>72</sup> Os direitos fundamentais de primeira dimensão, como são os relacionados, tem um cunho individualista, ou seja, são os direitos do indivíduo perante o Estado.<sup>73</sup> E, para a efetivação desses direitos fundamentais, é preciso que sejam criados instrumentos jurídicos processuais – no caso, as garantias – que assegurem a sua aplicação perante o Estado.<sup>74</sup>

A fim de complementar as garantias e reafirmar os direitos fundamentais perante o Estado, foram criados vários institutos internacionais que ratificam a importância dos direitos fundamentais ao homem, começando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e chegando à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH –, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, é bem clara ao elencar, no seu artigo 8.º, as garantias judiciais, entre as quais se encontra a de que toda pessoa acusada deve ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por um juiz competente. Isso quer dizer que, num “Estado Constitucional e Internacional de Direito”,<sup>75</sup> o direito tem o significado de ser o único caminho a garantir e a impedir a ingerências do Estado contra os direitos fundamentais. Querendo-se ter um Estado desenvolvido, é imprescindível fazê-lo respeitar a Constituição e os Direitos Internacionais em matéria de proteção aos direitos humanos, com todos os seus princípios e regras, a fim de que lhe seja possibilitada a

---

<sup>71</sup> SARLET, 2010, p. 58. São, portanto, alguns direitos fundamentais elementos que fundam o Estado.

<sup>72</sup> SARLET, 2010, p. 47.

<sup>73</sup> SARLET, 2010, p. 46.

<sup>74</sup> SARLET, 2010, p. 55.

<sup>75</sup> GOMES, 2010, p. 84.

“indissociável realização da justiça [...]”.<sup>76</sup> É o que parte da doutrina chama de “respeito às regras do jogo”.<sup>77</sup>

É necessário o respeito às garantias<sup>78</sup> jurídicas a que Gomes chama de “garantias jurídico-formais [...]”,<sup>79</sup> conforme emana do Pacto San Jose da Costa Rica. Tais garantias têm o objetivo de coibir atitudes arbitrárias por parte do Estado, mediante seus entes públicos. Assim, fica assegurada a aplicação de garantias processuais que são garantias jurídico-formais. A razoável duração do processo, então, e uma garantia dessa ordem, e entende-se que deveria ser estendida à prisão preventiva.

A garantia ao prazo razoável esta diretamente vinculada ao devido processo legal que tem por objetivo proteger os direitos humanos fundamentais,<sup>80</sup> servindo como meio para a obtenção de varias benesses decorrentes do próprio direito que visa a proteger esse processo legal.<sup>81</sup>

Sendo assim, cabe ao Estado garantir o devido processo legal de forma a respeitar um prazo a ser considerado razoável, sob pena de estar engessando o próprio principio do devido processo legal. Isso não pode ser negligenciado porque, quando o processo se arrasta no tempo, ocorre maior dificuldade na apresentação da defesa por parte daquele que está sob custódia do Estado, preso preventivamente.

Nesse quadro de aprisionamento e imobilidade, tudo e todos contrariam aquele que sofre prisão preventiva. Essa pessoa, ao ser cerceada de sua liberdade, vê diminuída a sua possibilidade de defender-se, pois é

---

<sup>76</sup> GOMES, 2010, p. 84.

<sup>77</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, p. 81. As regras do jogo democrático, segundo o autor, são necessárias porque não é possível permitir que se transgridam direitos fundamentais.

<sup>78</sup> MORAES, Alexandre. 2007, p. 29. Esse autor define as garantias de um papel instrutório como um instrumento para assegurar a fruição de determinados bens fundamentais, sendo elas também acessórias aos direitos fundamentais, ou seja, sem os direitos fundamentais, elas não teriam razão de ser.

<sup>79</sup> GOMES, 2010, p. 84.

<sup>80</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, p. 86. O autor dá ênfase aos Direitos Fundamentais, pois, quando eles são chamados ao discurso, no processo, há demonstração de que esse deixa de ser autoritário para se tornar democrático: “No decorrer do processo, os Direitos Fundamentais serão invocados e debatidos argumentativamente (discurso proporcional e não autoritário)”.

<sup>81</sup> GOMES, 2010, pp. 88-89.



visível que, estando presa, não consegue ter a mesma mobilidade que teria se estivesse livre. Isso, por si só, já dificulta a própria defesa, além de já sofrer o estigma de ser considerada pelo meio social em que vive como se fosse culpada, pois o entendimento popular vai sempre no sentido de que “onde há fumaça, há fogo”.

As garantias judiciais têm muita força, tanto que, mesmo em caso de guerra, o estado não poderá deixar de aplicá-las. É o que diz o Pacto de San Jose da Costa Rica no item 2 do artigo 27 de seu Capítulo IV, que versa sobre “Suspensão de Garantias, interpretação e Aplicação”. O documento traz explícito que, em situação de guerra, a disposição da suspensão de garantias não autoriza a não aplicação de direitos como as “garantias judiciais”.<sup>82</sup> Mas os operadores do direito, no caso do Estado Constitucional de Direito do Brasil, não têm respeitado as garantias judiciais na aplicação da prisão preventiva. Percebe-se, também, falta de respeito ao processo, à própria Constituição e ao que emana do Pacto de San Jose da Costa Rica, pois as garantias não devem ser afastadas, mesmo em período de Estado de Guerra.

## **2.4 (IN)ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PROCESSUAL**

Transparece, ao longo deste trabalho, a existência de desrespeito a princípios constitucionais quando é necessária a aplicação de medida coercitiva de forma preventiva, pois o Estado coage a pessoa que está sendo acusada de ter cometido algum delito, fazendo uso de pressupostos vagos. Esse mesmo Estado que encarcera preventivamente sem fazer a mínima análise das necessidades das medidas, quando o faz, muitas vezes, embarca no afã de dar uma resposta rápida à sociedade, que costuma aparecer, por meio da mídia, reclamando por mais justiça, clamando por leis mais severas, por mais repressão.

---

<sup>82</sup> GOMES, 2010, p. 197. Em nota de rodapé, o autor explica que, na versão brasileira da Convenção, não consta a expressão “judiciais”; mas, no texto original da Convenção, que é em espanhol, há a expressão “garantias judiciais”, que a Corte situa entre as garantias mais importantes para o homem. É relevante deixar frisado que a razoável duração do processo é uma garantia processual, uma garantia judicial, conforme expressamente definido no art. 8º da Convenção.

A prisão preventiva é usada como um elemento de limpeza social. Trata-se de um instrumento para eliminar aquele que deve ser extirpado do meio social, ou seja, quem cometeu um crime ou está sendo acusado de ter praticado um delito. Ocorre que, nesse momento, sem que o devido processo legal tenha alcançado o seu ápice e, ainda, sem ter-se esgotado a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, o indivíduo não poderia ser encarcerado, pois está sob a proteção da presunção de inocência.

A prisão cautelar, portanto, é definida por parte da doutrina como “imoral”, “injusta”. Mas há outra corrente que apresenta a possibilidade de aplicação da medida cautelar da prisão preventiva, se forem respeitados alguns pressupostos. Uma teoria de Ferrajoli, por exemplo, defende prisão antes da sentença penal condenatória, desde que aplicada com critérios específicos. Reconhece, entretanto, que tais medidas foram banalizadas ao longo do tempo, o que conduz, primeiro, ao estabelecimento da punição para, num segundo momento, ter-se a preocupação com o processo.<sup>83</sup>

Conforme ensina Choukr,<sup>84</sup> a existência de alguns pressupostos, devidamente seguidos e respeitados, poderia justificar a medida cautelar. Trazem-se dois exemplos: a fundamentação adequada para a medida cautelar, não servindo ela, de forma legítima, para que seja aplicada a antecipação da pena;<sup>85</sup> e a proibição da imposição cautelar de forma automática, para determinados casos, pela lei processual penal, como era o caso da prisão em decorrência da sentença de pronúncia do Tribunal do júri, o que infringia, então, a devida fundamentação e a finalidade da prisão cautelar, como se vê presente ainda nos argumentos da prisão preventiva como ordem pública.

---

<sup>83</sup> LOPES JR. E BADARÓ, 2009, p. 53. Demonstra a ideia de Ferrajoli de que a prisão cautelar é uma pena processual em que o Estado busca, de forma antecipada, primeiro o castigo e, só num segundo momento, o processo.

<sup>84</sup> CHIUQR, 2009, pp. 477-9

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 616. A prisão cautelar não pode ser um instrumento para a ocorrência da antecipação da pena. Recurso de *Habeas Corpus* 81.395/TO, 2.ª T., por unanimidade, Rel. Min. Celso de Mello, Dj. De 15 de agosto de 2003.

A abordagem então, verificou que a prisão preventiva deve ter, e tem, seus pressupostos próprios,<sup>86</sup> no sentido da existência de um direito penal e de um processo penal com vidas próprias, sem precisarem fazer uso dos pressupostos do direito civil nem dos do processo civil. Tal reflexão propicia o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva dentro de um fundamento e de um pressuposto próprios e inerentes a ela, ou seja, o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*.<sup>87</sup>

Assim, impõe-se a delimitação de um tempo máximo para a duração da prisão preventiva, sem dilações, sem protelações, com base em critérios presumíveis, cabendo à medida ser proporcional ao processo e ser aplicada, se for necessária, baseada em critérios objetivos, concretos. A medida prisão preventiva deve ser sempre jurisdicional, isto é, a sua decretação deve partir sempre de um juízo, cabendo ao juiz penal, natural, a sua decretação, e não, a um juiz qualquer, sem a devida competência.

Isso quer dizer que deveria haver um sistema de filtragem da possibilidade de aplicação da prisão preventiva apenas por um juiz criminal, o que não se vê nos Foros, pois, no momento do plantão, tem-se, em todas as Comarcas, a presença de juiz do civil, aplicando medidas de coerção criminal com o entendimento das características da matéria a que está acostumado no seu dia-a-dia. Normalmente, utiliza os pressupostos do processo civil para lidar com a fumaça do bom direito e o perigo na demora, como abordado anteriormente, mas isso, visivelmente, não se enquadra com a matéria criminal.

---

<sup>86</sup> GLOECKNER, 2010, p. 34 e ss. “De resto poderia ainda se falar na impossibilidade de uma teoria geral das cautelares a ser aplicada ao processo penal, à própria rediscussão da ação no processo penal, à aplicabilidade do conceito de pressupostos processuais.

<sup>87</sup> Habeas Corpus n.º 70043990852. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 05 de fevereiro de 2016. Está presente, no Brasil, em julgados do Tribunal de Justiça, essa visão de um processo penal com pressupostos próprios. Parte da ementa “[...] 1. A decretação da prisão preventiva deve estar atrelada ao *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria (requisitos), bem como ao *periculum libertatis*, entendido como o fundamento da cautelar, [...] ORDEM CONCEDIDA”. Ver também: LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.8.

O Estado, quando detém alguém o colocando preso por tempo não razoável, está tomando posse de um tempo que não lhe pertence,<sup>88</sup> o tempo daquele que está sendo acusado de cometer um crime. Com essa prática, a primeira grande garantia que se perde, causada pela possibilidade da prisão preventiva, é a jurisdicionalidade,<sup>89</sup> retratada pela sentença *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Isso significa que são nulas a pena e a culpa, inexistindo jurisdicionalidade exercida. Não havendo o direito à ampla defesa e ao contraditório, não se pode falar em prender alguém preventivamente, principalmente, após a prisão em flagrante delito, pois ainda não se tem o processo propriamente dito, nem a possibilidade de um juízo de (re)cognição sumária, nem a ampla defesa e o contraditório.

A prisão preventiva é aplicada, na maioria dos casos, no início da jurisdição, sem que se tenha maior esclarecimento sobre o fato delituoso, proporcionando-se um vazio que traz a estigmatização<sup>90</sup> do acusado, ocasionada pela antecipação da pena antes da sentença. Parte da doutrina, porém, não reconhece que a prisão preventiva se torna uma antecipação da pena quando a sua duração se prolonga no tempo, afetando a aplicação da razoável duração do processo que é estendida para o emprego da prisão preventiva.

Inexistente um tempo específico que delimite o máximo de duração da prisão preventiva, não havendo portanto, um tempo razoável para a manutenção de sua aplicação.<sup>91</sup> Levando à prisão antes da sentença, o acusado sucumbe à demora, sucumbe à permanência da medida cautelar, passa a receber a pena antes mesmo de ter sido condenado. Assim, com a continuidade da prisão preventiva, ocorre um excesso no tempo de submissão

---

<sup>88</sup> LOPES JR. Direito Processo Penal e... 2008, p. 132.

<sup>89</sup> LOPES JR. Direito Processo Penal e... 2008, p. 133.

<sup>90</sup> LOPES JR. Direito Processo Penal e... 2008, p. 133. Ensina o autor que a palavra estigma vem do latim *stigma* que corresponde à marca feita a ferro incandescente, sinalizando, assim, a pessoa com o vestígio da infâmia. Isso foi sendo substituído, ao longo da história, por outras formas de marcação que ganharam a mesma conotação, sendo uma delas a prisão.

<sup>91</sup> CHOUKR, 2009, p. 51. Ver também: LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, p. 22. Não constou na lei o § 7.º do artigo 282, que estava no Projeto de Lei n.º 4.208/2001 e incluía o tempo de reexame da prisão preventiva no prazo de 60 (sessenta) dias, ou em menor tempo, se a situação a qual ensejou a prisão cautelar fosse alterada, com o fito de verificar a sua necessidade.

à pena ainda sem pena, o que, muitas vezes, se vincula ao tempo do processo. A demora do processo e a demora na prisão preventiva só serão analisados quando houver julgamento de *habeas corpus* no Tribunal, ou seja, muito tempo depois, quando o acusado já tiver passado tempo considerável na prisão.

Quando ocorre a prisão preventiva, tem-se, mesmo que com resistência de parte da jurisprudência e da doutrina, a antecipação de um tempo de pena que ainda não está definido; nem a própria culpa foi definida e, mesmo assim, o acusado deverá pagar uma pena pela demora da prisão cautelar. Caberá, então, ao longo do processo, a análise da prova apresentada nos autos pela acusação e pela defesa, para que se tenha a sentença penal condenatória ou absolutória.

Caso o Estado tenha êxito com a acusação, na sua apresentação probatória, o acusado receberá uma sentença penal condenatória com a pena para o caso concreto, só então devendo ocorrer o encerramento do não mais acusado, mas, agora, condenado. Na prática, a prisão tem ocorrido antes dessa dilação probatória, muitas vezes, no início do processo levando o acusado à prisão e à extrapolação da razoabilidade da medida em decorrência do tempo. Esse tempo transcorrido, entretanto, não é conhecido como pena por parte da doutrina e da jurisprudência.

A ausência, então, de um tempo de duração para a medida cautelar<sup>92</sup> leva a uma discordância muito grande sobre ser esse tempo uma espécie de antecipação da pena, pois esse tempo de duração, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, será computado como tempo de pena. O problema é que, nesse período de prisão cautelar, que passa a ser o tempo do processo, o réu poderá ser absolvido, tendo cumprido uma pena sem ser realmente culpado.

Mesmo com discordância, não se tem dúvida de que esse tempo em que o acusado fica preso preventivamente é antecipação da pena. Tanto o é

---

<sup>92</sup> LOPES JR. A inserção do contraditório... junho/2011, p. 5. Ver também: LOPES JR. *O novo regime jurídico da...* 2011, pp. 19-22.

que esse período de prisão cautelar, esse tempo passado na prisão antes da sentença penal condenatória, será computado,<sup>93</sup> sendo então, detraído, por antecipação, da pena a ser cumprida.

No caso Neumeister,<sup>94</sup> a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que, “numa sociedade democrática”, manter um homem preso de forma preventiva, por sete anos, foge da razoabilidade da medida, uma vez que esse tempo, eivado de incertezas, inseguranças e angústias, gera sofrimento por um futuro incerto, tanto na dimensão da vida íntima do acusado quanto na da sua vida profissional e social.

Após esse tempo todo de prisão preventiva, o acusado angaria o estigma da prisão, pois a interpretação excludente social atribui àquele que ficou preso durante tanto tempo ter feito algo de muito sério. Mesmo que ao final ele tenha uma sentença penal absolutória, estará estigmatizado pela prisão cautelar.

Explica-se, ainda, que a prisão cautelar está diretamente relacionada com o princípio da proporcionalidade.<sup>95</sup> E essa proporcionalidade relaciona-se, também, com a duração do tempo em que o réu fica sob custódia do Estado. Existe inúmeros casos de extrapolação da proporcionalidade na aplicação da prisão preventiva pelo excesso de prazo. O que chama a atenção é que a análise não costuma aparecer vinculada ao tempo de duração da prisão preventiva, mas sempre se manifesta associada ao tempo de duração do processo.

Dessa forma, com o intuito de impedir que sobrevenham extrapolações, no sentido de aumentar em demasiado a proteção na primeira dimensão<sup>96</sup> dos direitos fundamentais – estando nessa dimensão o direito à

---

<sup>93</sup> GUIMARÃES, 2004, p. 252. “No Direito Penal, é o mandamento legal que determina que seja computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro (...)” Artigo 42 do Código Penal.

<sup>94</sup> CHOUKR, 2009, p. 51.

<sup>95</sup> CHOUKR, 2009, p. 51.

<sup>96</sup> SARLET, 2010, p. 45. Explica o autor que opta pela nomenclatura “dimensões” de direitos fundamentais em vez de “gerações” de direitos fundamentais, tendo em vista as inúmeras

liberdade –, bem como a fim de impossibilitar a desproporcionalidade da medida que impede a liberdade, faz-se necessária a estipulação de um marco temporal de duração, evitando-se, assim, os dois extremos: a não aplicação e a aplicação em excesso.

Lopes Jr. Ensina que a prisão cautelar foi criada para tutelar um momento apenas, uma circunstância, e, segundo esse autor, ela deve ser afastada quando a situação que leva à tutela for cessada.<sup>97</sup> No PL 4.208/2001, havia a previsão de um tempo máximo de duração da prisão preventiva, na forma do artigo 315-A. Nesse documento, a previsão era de que a prisão preventiva não devesse ultrapassar 180 dias de duração. Mas tem-se a convicção de que a prisão preventiva com quase seis meses ainda é excesso, pois a situação fática que levou a sua aplicação deve ter findado.<sup>98</sup>

Pela antecipação da pena sem o termino do devido processo legal e sob o âmbito do estado de inocência, está o Estado retirando da pessoa algo que é entendido, no âmbito de um Estado Constitucional, como direito fundamental, o direito à liberdade. Com essa prática, o Estado usurpa o direito fundamental à liberdade, ao estado de inocência e ao devido processo legal, todos direitos que deveriam ser respeitados.

Bem afirma Sarlet<sup>99</sup> que os direitos de primeira dimensão têm cunho individualista, servindo como direitos do indivíduo frente ao Estado, o que corresponde à esfera de autonomia desse indivíduo em face do poder estatal, devendo o Estado ser impedido de abusos porque a sua razão de ser é o indivíduo, e não, ele mesmo. Mas, no caso da aplicação da prisão preventiva sem qualquer limite temporal, o Estado exerce coerção limitada, afetando, assim, direitos de primeira dimensão.

---

críticas levantadas à nomenclatura que afasta uma geração de outra. Isso porque traz a ideia de que a geração pode ser suplantada por outra geração, o que prejudicaria o entendimento, pois direitos fundamentais são aplicados com caráter cumulativo e não isolado, não sendo, portanto, suprimidos por outra “geração”. Já a palavra “dimensão” deixa clara a ideia de multiplicidade de extensões e que essas podem ser aplicadas cumulativamente.

<sup>97</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, p. 19.

<sup>98</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, p. 19.

<sup>99</sup> SARLET, 2010, p. 46.

Esse direito de primeira dimensão é reconhecido pela melhor doutrina como um direito de “resistência” ou “oposição”<sup>100</sup> perante o Estado, que é suprimido por ele com a coação física por meio da pena antecipada pela prisão cautelar <sup>101</sup>que, muitas vezes, extrapola não apenas o bom senso, mas todas as garantias fundamentais da pessoa humana. Por não existir a limitação temporal em lei para a aplicação da prisão preventiva, fica o operador do direito preso à ideia de razoável, a algo não palpável, apresentado pelo artigo 5.º, inciso LXXVIII da CRFB, sem critérios e sem limitação do que seja, assim, considerado razoável.

Os direitos fundamentais, como é o caso do direito à liberdade, são direitos de cunho reivindicatório,<sup>102</sup> de ordem concreta, que tiveram sua origem motivada por agressões e injustiças realizadas no passado. Tais agressões feriam bens fundamentais do ser humano, que não poderiam hoje continuar a serem agredidos ou a serem afastados em hipótese alguma. Na verdade, é afastado quando o Estado aplica a coerção por meio da prisão preventiva, sem que haja, realmente, critérios concretos que legitimem a medida cautelar e sem que o Estado tenha um limitador quanto ao tempo de duração dessa mesma medida, deixando para um momento posterior, quando o direito já foi lesionado, a análise quanto à proporcionalidade da prisão e a sua razoabilidade.

Em alguns países do MERCOSUL, já se tem uma delimitação quanto há razoável duração do processo penal, faltando a determinação de um tempo razoável para o encarceramento preventivo. Aqueles onde há estipulação de um tempo máximo para a prisão preventiva estão vinculados à duração máxima do processo penal, sob pena de dar à situação um caráter de permanência no tempo, enquanto processo, ou seja, deixa de ser uma situação e passa a ser rotina.

---

<sup>100</sup> SARLET, 2010, p. 47. São os direitos de primeira dimensão de cunho jusnaturalista, como o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à propriedade e o direito à igualdade.

<sup>101</sup> LOPES JR. Direito Processual Penal e... 2008, p. 107. Um processo instrumentalizado por meio da Constituição é aquele em que todos os seus institutos devem ser instrumentalizados pela Carta Magna, sendo as prisões cautelares o gênero e as prisões em flagrante, temporária e preventiva, suas espécies, cabendo a elas serem aplicadas a partir de uma leitura constitucional.

<sup>102</sup> SARLET, 2010, pp. 52-3.



Poderia o Brasil, com sua estrutura continental privilegiada perante os demais países no MERCOSUL, estipular um tempo máximo para a duração da prisão preventiva, bem como fixar um tempo para a (re)análise dos critérios que levam o juízo a aplicar essa espécie de prisão. É necessária a determinação de um tempo, tal como o que será sugerido, fazendo-se, assim, com a definição do tempo máximo e do tempo de (re)análise da medida, uma demonstração de respeito aos direitos fundamentais e às garantias inerentes ao ser humano, sinalizando, em relação aos outros, vanguarda no que diz respeito ao que emana do Pacto de San Jose da Costa Rica.

### **3. APLICAÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL NO BRASIL**

Não seria possível aborda-se a aplicação das prisões preventivas no Brasil sem relatar qual é o quadro de presos provisórios na atualidade,<sup>103</sup> pelo menos, até dezembro de 2014. É esse quadro alarmante e preocupante que leva a crer que o Brasil necessita de planejamento para que os dados sejam alterados, pois é inadmissível que se continue com um índice de encarceramento provisório tão elevado, ultrapassando os vinte por cento.

Outra constatação que se faz é que inúmeros são aqueles que dizem que, com a alteração da Lei n.º 12.403/2011, a prisão no Brasil será dificultada e que a impunidade tomará indícios antes nunca vistos neste país. Essa conclusão parece ser tanto temerária quanto desinformada, justamente, a questão é vista de forma contrária. A existência de índices tão grandes de presos provisórios leva a crer que o legislador pensou, precisamente, em dar à prisão preventiva o caráter que ela deveria ter, ou seja, ser uma medida a ser tomada de forma excepcional e não, como regra.

Observa-se que parte da doutrina, da jurisprudência e da imprensa incoerente e descompromissada com a verdade diz que hoje impera, no Brasil,

---

<sup>103</sup> Essa pesquisa apresentada é fruto de publicação existente neste site do CONJUR: <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2016. Total Populacional no Sistema Penitenciário Brasileiro 2005/2014.

a impunidade. Conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, em dezembro de 2010, aquele ano fechou com 496.251 (quatro centos e noventa e seis mil, duzentos e cinquenta e um) presos no sistema penitenciário brasileiro. No ano de 2011, foi constatado 514.582 (quinhentos e quatorze mil, quinhentos e oitenta e dois) presos no sistema penitenciário brasileiro.

Desse número poderia ser extraída, exatamente, a parcela de 33% correspondente ao número de presos de forma provisória. Há 164.683 (cento e sessenta e quatro mil, seiscentos e oitenta e três) presos provisórios, sendo 154.780 (cento e cinquenta e quatro mil, setecentos e oitenta) do sexo masculino, o que equivale a 94% deles, e 9.903 (nove mil, novecentos e três) do sexo feminino, ou 6% dos presos provisórios. Aqui cabe salientar que a grande maioria dessa massa carcerária está presa de forma preventiva, sendo essa a medida mais aplicada na prática jurídica deste país.

Analisando-se o impressionante crescimento dos últimos cinco anos, chega-se a um número absurdo. Em 2005, tinha-se 361.402 (trezentos e sessenta e um mil, quatrocentos e dois) presos no sistema penitenciário, dos quais 102.116 (cento e dois mil, cento e dezesseis) presos provisoriamente, o que corresponde a 28% da totalidade. Desses presos provisórios, 98.222 (noventa e oito mil, duzentos e vinte e dois), ou 96,1% são pertencentes ao sexo masculino e 3.894 (três mil, oitocentos e noventa e quatro), ou 3,8%, ao sexo feminino.

Em 2006, os números continuaram crescendo, chegando-se ao patamar de 401.236 (quatrocentos e um mil, duzentos e trinta e seis) presos no sistema prisional brasileiro. Desses presos, 27% eram presos provisórios, ou seja, 112.138 (cento e doze mil, cento e trinta e oito). Ainda se extrai da pesquisa que 96,2%, ou 107.968 (cento e sete mil, novecentos e sessenta e oito) desses presos provisórios eram do sexo masculino, e 3,7%, ou 4.170 (quatro mil, cento e setenta) presos pertenciam ao sexo feminino. Isso demonstra duas crescentes: uma no número total de presos que chega à marca de quatrocentos mil, e o aumento vertiginoso de mulheres inseridas no sistema prisional.

Em 2007, o índice continuou subindo, e o Brasil fechou o ano com 422.590 (quatrocentos e vinte e dois mil, quinhentos e noventa) presos. O percentual de presos provisórios, nesse ano, atinge 30,1%, o que corresponde a 127.562 (cento e vinte e sete mil, quinhentos e sessenta e dois) presos. Desses presos, 95,9%, ou 122.334 (cento e vinte e dois mil, trezentos e trinta e quatro) são do sexo masculino, e 5.228 (cinco mil, duzentos e vinte oito) é o número de presas que corresponde aos 4,1% restantes do contingente carcerário provisório.

Em 2008, não há melhora nos índices, chegando-se a fechar o ano com 451.429 (quatrocentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e vinte e nove) presos, dos quais 30,7% são provisórios, ou seja, 138.939 (cento e trinta e oito mil, novecentos e trinta e nove) presos do sistema. Desses, 95,3%, ou 132.404 (cento e trinta e dois mil, quatrocentos e quatro) presos são do sexo masculino, e 4,7%, ou 6.535 (seis mil, quinhentos e trinta e cinco) são mulheres.

Em 2009, os índices não melhoraram, e o ano fecha com 473.626 (quatrocentos e setenta e três mil, seiscentos e vinte e seis) presos. Desse total, o número de presos provisórios chega a 152.612 (cento e cinquenta e dois mil, seiscentos e doze), ou 32,2%. Os presos masculinos são em número de 143.941 (cento e quarenta e três mil, novecentos e quarenta e um), atingindo o percentual de 94,3%, enquanto são em número de 8.671 (oito mil, seiscentos e setenta e um), ou 5,7%, as mulheres presas.

Em 2014, os índices pioraram desastrosamente, chegando-se a fechar o ano com 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e dois) presos. Desse total, o número de presos provisórios chega a 249.668 (duzentos e quarenta e nove mil, seiscentos e sessenta e oito), ou 40%.

O que se extrai dessa complicação de dados é que, de 2005 para 2014, o número de presos, no Brasil, subiu de 361.402 (trezentos e sessenta e um mil, quatrocentos e dois) para 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil,

duzentos e dois), o que corresponde a um aumento de 58,2%, ou 260.800 (duzentos e sessenta mil, e oitocentos) presos a mais no sistema prisional.

### 3.1 SOLUÇÕES PARA O DESCUMPRIMENTO DO PRAZO RAZOÁVEL

Procura-se questionar, ao longo deste trabalho, a razoável duração da prisão preventiva, reconhecendo-se ao Estado como o maior descumpridor de normas que afetam a liberdade das pessoas antes mesmo do devido processo penal, enquanto elas deveriam ser consideradas inocentes.

Pastor, quando trata sobre a razoável duração do processo, que se adaptou para a necessidade de ser estipulado um prazo razoável, ou melhor, um prazo máximo, para a prisão preventiva, lembra: “a demora impede que o processo penal possa alcançar seus fins de forma eficaz. Além de não alcançar seus fins, coloca em check os princípios basilares do Estado democrático de direito”.<sup>104</sup>

Nesse sentido, ao demorar a prisão preventiva, além de ela perder a própria razão de ser, fere também, com a demora, direitos constitucionais já abordados, como a presunção de inocência, o devido processo legal e o direito fundamental à razoável duração do processo.

Sem uma lei que defina um prazo razoável para a prisão preventiva, fica mais difícil verificar a demora e determinar se há responsabilidade de algum agente público penal. Mesmo assim, alguém deve ser responsabilizado pela delonga. É possível e viável responsabilizar o Estado pela lentidão do processo e pela sua omissão, como o que ocorreu, por exemplo, no caso Damiano Ximenes Lopes.<sup>105</sup> Trata-se de o Estado brasileiro ter sido

---

<sup>104</sup> PASTOR. Jan./fev. 2005. Pp. 203-6.

<sup>105</sup> O original está disponível em:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em: 28 mar. 2016. A corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado Brasileiro a indenizar a família da vítima chamada Damiano Ximenes Lopes, que foi internada na Casa de Repouso, na Cidade de Guararapes, no Ceará, para fazer tratamento psiquiátrico. Damiano Ximenes Lopes foi internado em 1.º de outubro de 1999, vindo a falecer por maus tratos em 04 de outubro do mesmo ano, ou seja, apenas três dias após a sua internação. Ocorre que até 2006 não havia o Estado Brasileiro apurado os motivos e as responsabilidades pela morte deste senhor, vindo a

responsabilizado pela morosidade na apuração da causa da morte de Damião. Conseqüentemente, em decorrência dessa decisão e reconhecendo-se a necessidade da estipulação de um tempo máximo para o processo, começou-se a pensar na determinação desse prazo razoável, devendo-se expandir o entendimento para que seja fixado, também, um prazo razoável de duração da prisão preventiva.

Uma possível solução para o descumprimento da razoável duração da prisão preventiva poderia ser a responsabilização do Estado pela demora, assim como foi feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando determinou punições severas para o governo brasileiro, pela lentidão na apuração da causa da morte de Damião Ximenes Lopes. Ainda, poderia ser responsabilizado aquele que deu causa à delonga pela sua inércia, por deixar de diligenciar quando devia, é de se pensar, também, em responsabilizar quem aplica a prisão cautelar e não observa a (re)análise dos seus requisitos, levando à extrapolação no tempo da coerção.

O legislador deveria estabelecer um limite máximo para manter alguém no cárcere, antes do trânsito e julgado de sentença penal condenatória, cabendo, pela demora na (re)análise e pela demora na duração da prisão preventiva, uma punição ao Estado, a qual poderia ser a da extinção da punibilidade por excesso de prazo, assim como vem sendo feito no Estado vizinho, o Paraguai. Lá está estabelecida a duração máxima do processo, e não, a da prisão preventiva. Sendo assim, nessa definição máxima do tempo para o processo, tem-se como punição ao Estado a extinção da punibilidade, isto é, do direito que o Estado tem de punir.

O PL 4.208, de 2001, sugeria que o prazo, em cada grau de jurisdição, fosse de 180 dias, mas essa ideia não foi aprovada quando da conversão do projeto de lei para a lei. Continuou o Estado brasileiro com a omissão

---

Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, determinando-lhe que, além de indenizar a família da vítima, também adequasse a legislação interna para que não ocorresse mais tamanha demora em processo de apuração de responsabilidades.

legislativa, deixando de estipular a razoável duração da prisão preventiva em momento importante, pois, na Lei n.º 12.403, o legislador retirou a sugestão.<sup>106</sup>

Quem deverá ser responsabilizado pela aplicação da coerção cautelar sem um critério máximo de tempo? Será o juiz que concede a prisão preventiva antes mesmo da real apuração para saber se o crime fora cometido por aquele que esta sendo acusado, esquecendo-se de ordenar a verificação da presença daqueles motivos que o levaram a conceder essa prisão? Ou será o advogado que usufrui de todos os meios legais para a ampla defesa, como também do esgotamento de todos os meios para alcançar os fins, sendo, ainda, taxado como aquele que deu causa à demora processual?

Ainda hoje, no ordenamento pátrio, inexistente prazo para que a prisão processual dure no tempo, bem como não há qualquer estipulação de medida compensatória por excesso de prazo na duração do processo, nem na da prisão preventiva. Em decorrência dessa inércia do legislador em determinar um prazo máximo para a prisão preventiva, deve o judiciário verificar, em cada caso concreto, se houve afetação da razoabilidade para a duração da medida.

Convém não esquecer a importância de se olhar para os parceiros do MERCOSUL quanto ao estabelecimento da razoável duração do processo e da prisão preventiva. A analogia seria possível por se tratar de normas de direitos humanos que poderiam, perfeitamente, servir de exemplos para aplicação nos casos brasileiros.

A fixação de um limite para prisão preventiva é além de tudo, uma limitação do poder do Estado por meio da limitação do tempo das prisões cautelares, recebendo, então, um cunho de proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, no caso explícito da prisão, a defesa da liberdade. Na ocorrência da coação à liberdade, há, portanto, a afetação antes de transcorrer o processo e a apuração da culpa. O acusado sofre com a demora do processo

---

<sup>106</sup> LOPES JR. O novo regime jurídico da prisão processual... 2011, pp. 19 e 22. Lamenta o autor e não inserção do prazo de duração para a prisão preventiva e para a (re)análise de sua necessidade.

penal, recebendo a carga de uma estigmatização por ter sido preso mesmo sob a proteção da presunção de inocência, ficando afetado, assim, o princípio da prisão no que diz respeito a ser ela a *ultima ratio*.

O Estado, num primeiro momento, prende por prender e, num segundo momento, processa aquele que prendeu sem motivos concretos sob o argumento da garantia da aplicação da lei penal, pressuposto vago, como anteriormente debatido, e que não sofrera mudança alguma se não houver uma mudança cultural nesse sentido. Isso quer dizer que, sem a mudança e a quebra de paradigmas, não haverá qualquer alteração na aplicação da prisão processual, no que tange à relação com o tempo máximo de sua duração.

Não são raras as vezes em que é realizada a prisão preventiva para que haja a garantia da aplicação da lei penal por parte do Estado. Entende-se, entretanto, que esse argumento para a aplicação da coerção é muito vago. Quando se faz necessária a presença do réu em um ato processual, esse, muitas vezes, não pode comparecer porque o Estado não dispõe de recursos logísticos para retirar o acusado do cárcere e leva-lo até a audiência. Que garantia é essa da aplicação da lei penal se o preso não pode comparecer perante a autoridade judiciária, nem mesmo quando há a audiência em que deveria ser ouvido, por falta de recursos de toda ordem?<sup>107</sup>

Para a garantia da existência de um Estado Constitucional de Direito, é necessária a proteção dos direitos fundamentais, sabendo-se que eles dependem de garantias do próprio Estado para que sejam respeitados.<sup>108</sup> Há uma interligação, uma interdependência entre direitos fundamentais e garantias, cabendo ao Estado afiançá-los a qualquer preço, não podendo deixar de fazê-lo pelo argumento de falta de recursos e/ou por ter enfrentado problemas.

---

<sup>107</sup> Um exemplo é o processo n.º 008/2.08.0009363-7, da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Canoas/RS, cuja sentença foi prolatada pelo juiz Paulo Augusto Irion, em 30 de março de 2010. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 29 de mar. 2016.

<sup>108</sup> SARLET, 2010, p. 60.

A partir da delimitação de quantos dias, meses ou anos poderiam ser aceitos para a duração razoável da prisão cautelar, tenta-se examinar se as soluções aplicadas pela legislação estrangeira para a extrapolação à razoável duração do processo podem ou devem servir de exemplo para os legisladores e doutrinadores brasileiros.

Associar o descumprimento de um tempo razoável na prisão cautelar a uma antecipação da pena, mesmo estando-se num Estado Constitucional de Direito calcado no princípio fundamental da presunção de inocência e do devido processo legal, beira ao absurdo. Entretanto, existe, inclusive, matéria do Supremo Tribunal Federal – a súmula 716 – que admite a progressão de regime ou a aplicação imediata de regime menos gravoso, mesmo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, na fase cautelar.

Não se pode negar que já é uma realidade, hoje, a antecipação da pena no processo criminal, aténs da sentença penal condenatória, mediante a aplicação da prisão preventiva, que não se vincula a um tempo máximo, cabendo esperar a decisão em sede de *habeas corpus* para que o Estado se manifeste quanto à proporcionalidade do tempo no processo.

A aplicação da prisão preventiva num processo que já é demorado também se torna morosa, deixando transparecer que existem falhas na utilização dessa medida. Fica claro que ela serve então, como instrumento usado pelo Estado para punir antecipadamente as pessoas, sem ter dado a elas a plenitude de seus direitos, como a ampla defesa e o contraditório, desconsiderando, inclusive, a presunção de inocência.

A delonga, em alguns casos, é tamanha que uma pessoa fica presa, preventivamente, durante todo o tempo contabilizado para uma progressão de regime sem a sentença ter ocorrido. Outras pessoas, ainda, cumprem integralmente a sua pena sem que lhes tenham ofertado o beneplácito do



instituto da progressão de regime<sup>109</sup>, em plena aplicação da prisão preventiva, isso é, sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Bitencourt apregoa que a pena de prisão está falida, esclarecendo que ela deve ser analisada no sentido de se mergulhar na realidade, e não simplesmente, na dogmática jurídica. Para esse autor, não basta apenas a interpretação da norma como se a pessoa estivesse num mundo fora do real, o que parte dos operadores jurídicos toma como postura, desconectando-se da realidade,<sup>110</sup> que é a aplicação da prisão preventiva já como uma espécie de pena. É necessário, pois, estabelecer-se a vinculação com a realidade que deve estar presente quando se analisam as teorias, as normas jurídicas, como, por exemplo, a teoria da aplicação da pena de prisão sem o devido processo penal, que é a aplicação da pena de prisão preventiva.

Deve-se analisar e aplicar a prisão preventiva dentro de um contexto real, e não, abstrato, uma vez que está havendo a colocação de pessoas numa prisão onde os recursos são escassos, a miséria é enorme, e elas ficam suscetíveis a qualquer sorte e violências de toda ordem,<sup>111</sup> mesmo não sendo condenadas, pois, apesar de estarem presas preventivamente, ainda permanecem no seu estado de inocência.

A crise do direito penal e da pena de prisão é visível. Dificuldades de toda ordem trazem fragilidade ao sistema, tomando precária a aplicação da prisão preventiva, gerando muito sofrimento nesse caos e acarretando mais miséria para o processo penal.

A prisão preventiva já deve ser entendida como uma pena de prisão antecipada, pois é isso o que ela, de fato, é. Trata-se de uma pena que ocorre antes do tempo normal, com consequências próprias. A prisão preventiva, no

---

<sup>109</sup> Informação disponível neste sítio: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br) Acesso em: 29 de mar. 2016

<sup>110</sup> BITENCOURT, 2004, p. 154.

<sup>111</sup> BITENCOURT, 2004, p. 156. É para um contexto de miséria e de violência que, ao ser decretada a prisão cautelar, as pessoas são mandadas à prisão, ficando suscetíveis a toda forma de mazelas, como, por exemplo, maus-tratos verbais, crueldades, abusos sexuais, etc.

que diz respeito ao tempo de tutela, extrapola o razoável, retendo, também, além do corpo da pessoa, o tempo em que ela permanece na prisão.

O Estado usurpa, além do corpo do apenado, o seu tempo também, fazendo-o sucumbir a todas as mazelas do sistema pena já expostas anteriormente, levando-o a um risco imensurável à própria saúde, produzindo reflexos nefastos para ele e para a sociedade, que receberá essa pessoa, após o cumprimento da pena de prisão preventiva, totalmente diferente da forma como ingressou no sistema penal.

Refere-se a pena de prisão preventiva por se reconhecer nela um caráter de antecipação da pena. Parte da doutrina manifesta-se pela negação de ser uma antecipação da pena, não admitindo tal possibilidade, mas, na realidade, é o que acontece. Muitos presos de modo preventivo têm passado tanto tempo na prisão que se confundem com relação à pena que ainda não lhes foi aplicada, ou seja, passam tanto tempo na prisão que têm a impressão de estarem cumprindo pena, quando, na verdade, ainda não a receberam, pois ainda não possuem sentença.

Na atualidade, ficar um dia preso corresponde a um atraso de vida que se refletira no contexto social onde cada pessoa vive e nos seus afazeres, nas suas responsabilidades familiares, profissionais, atraso este ocasionado pelos avanços tecnológicos da modernidade, do imediatismo do momento, da telepresença, como aborda Virilio.<sup>112</sup> Um exemplo desse avanço pode ser representado pelo tipo de tecnologia telefônica que se tinha na década de noventa, quando do aparecimento da telefonia móvel. Hoje, em torno de duas décadas do aparecimento do celular, essa tecnologia está tão avançada que permite verificar valores de contas bancárias no exterior, em qualquer parte do mundo, acessando-as por meio desses aparelhos que, por força da própria tecnologia, cabem na palma da mão.

---

<sup>112</sup> VIRILIO, 1993, p. 13.

Portanto, a demora no andamento dos processos penais e na prisão preventiva causa antecipação da pena, fazendo com que a defesa ingresse com *habeas corpus* a fim de solucionar o problema. Ao ser julgado o *habeas corpus*, percebe-se que a instrução criminal chegou ao fim. Com isso vem a alegação de que, havendo o termino da instrução criminal, não há excesso de prazo, não se configurando, com o fim da instrução, o excesso de prazo no processo criminal e nem o excesso de prazo na prisão preventiva. O argumento usado é que a instrução seria uma espécie de limitador de possibilidades de verificação da demora.

O processo demorou verdadeiramente, prolongou-se demais no tempo e a prisão preventiva é irregular, com excesso visível. Mas, com uma simples alegação do fim da instrução, não prospera a defesa de que houve excesso de prazo, de descumprimento do direito constitucional a um processo em um prazo razoável, como se o tempo da instrução demorada não tivesse ocorrido e nem ocasionado qualquer malefício ao réu como se houvesse um divisor de águas ao termino da instrução que legitima o tempo transcorrido de demora.

O processo demorou verdadeiramente, prolongou-se demais no tempo e a prisão preventiva é irregular, com excesso visível. Mas, com uma simples alegação do fim da instrução, não prospera a defesa de que houve excesso de prazo, de descumprimento do direito constitucional a um processo em um prazo razoável, como se o tempo da instrução demorada não tivesse ocorrido e nem ocasionado qualquer malefício ao réu, como se houvesse um divisor de águas ao término da instrução que legitima o tempo transcorrido de demora.

Outro argumento vem no sentido de dizer que a defesa deu causa à lentidão do processo, pois pediu diligência, pediu a oitiva de uma testemunha, usou todos os recursos cabíveis no ordenamento jurídico. Mas o fato de usar todos os meios de tutela, proporcionando ao réu uma ampla defesa técnica, eficaz e digna, pode ser considerado motivo para não conceder a ordem no *habeas corpus*? A defesa deu causa à demora ou a defesa buscou a ampla defesa e o contraditório, proporcionando ao seu cliente a plenitude de uma defesa tecnicamente bem preparada?

Nesse contexto de descumprimento de preceitos fundamentais importantes, tem-se o expansionismo das prisões atrelado a medidas cautelares, numa sociedade extremamente veloz no sentido de aparato tecnológico e extraordinariamente cruel. Verifica-se que grande parte das pessoas, após saber que alguém ficou preso por determinado tempo mesmo sem conhecer os motivos dessa eventualidade, já passa a exercer sobre tal indivíduo uma espécie de aversão, fazendo com que ele sofra as mazelas do estigma de ter sido preso.

Cabe, a partir dessa situação de estigmatização, ocasionada pela coerção do *status libertatis*, a aplicação das soluções compensatórias utilizadas pela legislação estrangeira para os casos de demora no processo. Tais medidas, é bom não esquecer, precisam ser adaptadas ao contexto pátrio e ao emprego da prisão preventiva de forma excessiva no seu tempo de duração.

É de conhecimento público que permanecem presas, em todos os presídios deste país, pessoas que já não precisavam mais estar nessa condução, por já terem cumprido as suas penas na totalidade, ou por terem sido encarceradas na espécie preventiva, e a situação que ocasionou à prisão já deixou de existir. Mais sério é saber que existem, em todos os presídios do país, pessoas presas, preventivamente, por longos períodos esperando uma resposta do Estado que não vem, demora em demasia, num instituto que deveria ser aplicado em *ultima ratio*. Essa demasia, ocasionada pela inércia do Estado que deveria ser responsabilizado, desrespeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A demora na persecução vai além do razoável, do proporcional, que pudesse ser considerado aceitável em comparação com institutos estrangeiros de mesma espécie. Em realidade próximas, como na República do Paraguai, em cujo Código de Processo Penal está delimitada a duração do processo, o Estado tem limite de tempo em anos para terminar a persecução penal, sob pena da ocorrência da extinção da potestade punitiva (extinção da punibilidade).

Como se pode estimar o que uma pessoa sente por estar presa por tempo excessivo? Como se pode medir o sentimento de quem está esperando um julgamento sem que sequer ele esteja apazado? A solução que poderia ser aplicada para a demora na prisão preventiva, com certeza deveria passar por uma séria modificação na forma como ela vem sendo aplicada – sem critérios, com intuito de primeiro encarcerar para depois apurar.

Ainda, após a constatação da demora excessiva na prisão processual, pode ser aplicada a extinção do poder punitivo do Estado como punição, mesmo que não tenha isso o condão de recolocar o que ficou no passado, de repor a dignidade da pessoa humana atingida pelo tempo em exposição na prisão. O Estado não consegue recuperar o tempo de demora na prisão preventiva, pois ele ficou num passado que nunca será esquecido. As lembranças da prisão o Estado não consegue modificar.

Que soluções podem-se dar para este tipo de caso no direito pátrio, uma prisão indevida, em que há excesso de tempo de coerção na prisão preventiva? Que medidas podem-se aplicar a fim de recuperar aquilo que ficou no tempo e não volta mais, ou seja, o próprio tempo? Como se pode fazer com que aquele que ficou preso recupere o tempo? Quanto vale o tempo de alguém preso? Quanto vale o tempo de casa pessoa se fosse presa preventivamente? Essas e muitas outras são perguntas que permanecerão sem respostas enquanto não forem instituídas as necessárias modificações no sistema penal brasileiro aqui apontadas.

#### **4. TEMPO NA PRISÃO PROCESSUAL**

A análise da temática proposta, especialmente quando se trata de prazo e razoabilidade, esta a exigir uma breve incursão sobre a concepção de tempo, com ênfase na sua percepção enquanto direito, processo e prisão, dentro de um contexto em que está pensando de forma cartesiana, ou seja, com o método de dividir o todo em partes.<sup>113</sup> Esse contexto se manifesta quando da aplicação de uma pena de prisão exposta em meses ou anos, subjetivismo e objetivismo andando juntos, aquele enraizado na própria concepção de tempo oriunda de um olhar próprio, com este, que é a própria concepção de direito.

No caso deste trabalho, aborda-se o entendimento alcançado sobre o significado de tempo na concepção de conhecimento moderno, concepção esta fundada a partir de do método cartesiano, o que leva a identifica-lo para, só após, determinar se há, ou não, uma crise desse pensamento. Mas que concepção é esta de tempo que se tem e que se pode entender? E será que esta concepção de tempo, baseada no pensamento moderno de uma época, foi suficiente para ser imutável, mesmo para os avanços sociais, como a industrialização e a tecnologia?<sup>114</sup> O tempo, como foi concebido pelo conhecimento moderno, não sofreu alterações em decorrência da complexidade social existente por força de uma tecnologia em grande evolução, uma evolução de ordem geométrica, que não afetaria, então, o tempo e nem o tempo no direito.

Nos ensinamentos de Thums, “o tempo afeta o direito (...)”,<sup>115</sup> como, por exemplo, prescrição de um crime, na extinção da imputabilidade, entre outras características e momentos, que são atingidos pelo tempo e que agem no direito. O tempo, ou a concepção de tempo que se tem no direito, como no

---

<sup>113</sup> DERCARTES, 2009, p. 55. Descartes fragmenta sua observação em quatro partes lógicas: a segunda parte seria “dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas possíveis e que fossem necessárias para melhor resolvê-las”. Um tecnicismo, uma divisão de todo em pequenas partes, para que melhor pudesse ser aplicado o pensamento racional.

<sup>114</sup> THUMS, 2006, p. 60. A tecnologia propiciou ao homem “um novo tempo”.

<sup>115</sup> THUMS, 2006, p. 60. Ver também: POZZEBON, 2008, p. 356. Na sociedade contemporânea, em decorrência da velocidade inerente à mesma sociedade, fruto da tecnologia, o direito não acompanha o desenvolvimento dessa sociedade em decorrência da velocidade, pois ele, o direito, apresenta uma forma estática; já a sociedade, uma aceleração impressionante.

processo penal, onde “os fatos que interessam ao Direito processual penal ocorrem no tempo e no espaço [...],<sup>116</sup> ou seja, todos os atos processuais se perfectibilizam no tempo, interferem na vida da sociedade.

Quando se fala de tempo, fala-se de algo pouco conhecido, pois o tempo do relógio, o tempo objetivo, não é nada em relação à complexidade do tempo que pode ser sentido sobre aquilo que é vivido num tempo,<sup>117</sup> tanto que nada se sabe sobre o passado, sobre o tempo, sobre a origem humana, inclusive.

Verifica-se a possibilidade de haver crise no pensamento moderno sobre a concepção de tempo e tenta-se descobrir se ela influencia a aplicação da prisão processual,<sup>118</sup> mais precisamente, da prisão preventiva. Essa vem sendo empregada de forma a manter encarcerado o acusado por determinado tempo que ninguém sabe quanto é e que, por isso, sua duração deve ser avaliada como razoável, ou não, caracterizando-se como constitucional, ou não, pelo excesso de tempo no transcurso da prisão preventiva.

As medidas são aplicadas e passam por um longo tempo de duração, um, dois, três anos, se não mais – e de manutenção. Isso pode levar ao entendimento de que esse tempo é um excesso e, em consequência, à

---

<sup>116</sup> THUMS, 2006, p. 60. Ver também: FREIRE, 2005, pp. 30-2. A visão tempo – espaço produzida pelo conhecimento moderno, sendo pensado de tal forma que tal visão demonstra ser “(...) limitada, controlada e perceptível”, ou seja, o império das certezas. As certezas caem por terra com o advento da velocidade, sendo essa uma das características da complexidade da modernidade.

<sup>117</sup> ELIAS, 1998, p. 69. O tempo vivido tem ligação com outro tipo de estudo baseado na “metafísica”.

<sup>118</sup> THUMS, 2006, p. xix. Explica o autor na introdução da sua obra que o Direito como Ciência Social está em crise de paradigmas.

compreensão de que a prisão preventiva seja inconstitucional pela demora,<sup>119</sup> pelo não respeito à norma constitucional.<sup>120</sup>

A análise, então, partirá para a concepção de tempo cartesiano, tempo objetivo, tempo do relógio, aplicado esse quando da determinação da coerção por meio de uma prisão preventiva, que expõe a pessoa ao cárcere por um tempo a ser considerado pelo judiciário como excessivo, ou não. Tal análise leva a verificar se esse tempo concebido está em crise e se há, mesmo, uma crise nas concepções trazidas pelo método, aplicadas no caso. Em outras palavras, investiga-se o tempo do relógio, aplicado como forma de punição por meio de uma prisão no transcurso do processo, em situação onde deveria imperar a presunção de inocência do acusado, para avaliar se ele pode ser considerado como inconstitucional.

Um dos questionamentos a que se tentará responder é este: o tempo do relógio exerce influência, ou não, sobre a aplicação das prisões na prática jurídica? Isso pode levar à ideia de que a falta de uma estipulação por escrito, por meio de lei, do que pode ser considerado razoável para a duração máxima de uma prisão preventiva no Brasil pode inviabilizar a sua aplicação, pois será ela uma concepção também cartesiana de tempo, calcada no tempo do relógio.

Esse tempo do relógio nada mais é que a delimitação do tempo pelos instrumentos de medidas, chamados de escala de mediação, entre os quais,

---

<sup>119</sup> Frisa-se que a norma constitucional não versa sobre a razoável duração da prisão preventiva, mas, com uma leitura ampla, verifica-se a afetação de direitos fundamentais e, por isso, a afronta à norma maior. Há entendimento, também, das Cortes Superiores, como um exemplo disponível neste sítio: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 1 abril. 2016. Ordem concedida em Habeas Corpus 171.356 – SP (2010/0081207-2) Min.<sup>a</sup> Rel.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura. “1. Afasta-se a incidência do princípio da razoabilidade, havendo injustificada demora se, como na espécie, se encontra o réu, ora paciente, preso preventivamente há quase três anos, em Unidade da Federação, que não a do distrito da culpa, sem recambiamento, não havendo, sequer, pronúncia”.

<sup>120</sup> Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 1 abril. 2016. Colaciona-se parte de uma ementa de um processo na justiça gaúcha que durou quase 7 anos, tendo transcorrido 6 anos entre a denúncia e a sentença, apontando o TJRS esse tempo como um tempo que sepulta qualquer razão à sentença: “O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final [...]”, aplicação do Art. 5.º, inciso LXXVIII da CRFB. Apelação Crime n. 70019476498, Des. Rel. Nereu José Giancomolli, 6.ª Câmara Criminal TJRS, j. 14 jun. 2007. Ver também: Cadastro IBCCRIM n. 1319. HC n. 101.648, 1.ª T. Min.ª Rel.ª Carmen Lúcia, j. 11.05.2010, Dj. 09.02.2011.



na sociedade moderna, o relógio é o mais importante,<sup>121</sup> caracterizando-se como instrumento controlador do tempo, estipulador do tempo objetivo.

São medidos com o relógio processos sociais e físicos de evolução da própria sociedade. Esse tempo, chamado de tempo objetivo, tempo mensurável pelos momentos vividos, é diferente do tempo subjetivo a respeito do qual cada indivíduo tem uma percepção diferente, pois cada um sente de forma diferente as alterações do tempo objetivo, trazendo a sua própria carga emocional e pessoal decorrente de cada hora vivida, eivada de experiências determinadas por necessidades de ordem prática e com forte caráter social.<sup>122</sup> Conforme Elias, “O que fazemos com a ajuda das escalas de medição do tempo é, exatamente, isto: utilizando-se certa sequência de acontecimentos, instauram-se limites dentro de outra sequência e, com isso, determinam-se começos e fins relativos”.<sup>123</sup>

Chega-se a ter aplicações de prisão preventiva por longo tempo,<sup>124</sup> pelo tempo, inclusive, da pena cominada em abstrato, Dessa forma em caso de condenação, o apenado poderia cumprir um tempo determinado pela norma pela como máximo, o cumprimento à sentença definitiva, que lhe concederia, entre outros direitos, a progressão de regime que o levaria ao semiaberto e a saídas temporárias. Mas ocorre que, preso preventivamente, é possível que o acusado cumpra integralmente, em regime fechado, um tempo de pena sem

---

<sup>121</sup> ELIAS, 1998, p. 7. Ver também: MORETTO, 2005, p. 37. Tempo como elemento essencial na concepção de natureza sendo efetivo como Newton.

<sup>122</sup> ELIAS, 1998, p.7.

<sup>123</sup> ELIAS, 1998, p7.

<sup>124</sup> Há inúmeros julgados no Brasil, com diversos entendimentos sobre a razoável duração do processo, bem como sobre a razoável duração da prisão preventiva. No primeiro, tem-se, por exemplo, a indicação de ineficiência do Estado quando ele extrapola o tempo máximo de duração do processo penal, sendo indicado como afetado o princípio da razoabilidade a ineficiente aplicação pelo Estado da jurisdição (TJAP – S. Um. HC 0001344-12.2010.8.03.0000 – Rel. Constantino Brahuna – j. 27.01.2011 – N.º 220 – Março – 2011, p. 1447. O segundo caso é um dos julgados que se traz como exemplo, dos muitos existentes: “[...] EXCESSO DE PRAZO. PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA [...] entendo que deve ser concedido, de ofício, o presente writ, por ser flagrante o excesso de prazo para o oferecimento da denúncia (...) mais de 50 (cinquenta) dias desde a data de homologação do auto de prisão em flagrante [...] flagrante excesso de prazo para o oferecimento da denúncia [...]” (TJNR – j. 08.02.2011 – Cadastro IBCCRIM 1314), In: BOLETIM IBCCRIM – ANO 18 – N.º 220 – Março – 2011, p. 1448.

ser condenado definitivamente,<sup>125</sup> ou que, provavelmente, nunca o cumpriria dessa forma, em regime fechado, se fosse condenado à pena definitiva.

Sem a determinação legal sobre quanto de tempo de duração da prisão preventiva seria considerado razoável,<sup>126</sup> a prática demonstra que a aplicação da medida tem alguma razão de ser, mas é preciso considerar que a aplicação do tempo do relógio castiga o acusado antes mesmo que tenha ele condições de se defender, antes mesmo que ele seja considerado culpado por aquilo que o Estado lhe imputou como crime. Ou seja, primeiro ocorre a prisão para, após, haver o processamento do acusado.<sup>127</sup>

Essa aplicação da prisão preventiva na forma como vem sendo gerenciada, dentro da concepção cartesiana, num tecnicismo de um tempo estabelecido no relógio, não quantificado em um prazo final, demonstra que a última análise que é feita sobre a aplicação da prisão preventiva é sobre o quanto de tempo ela deve durar. Entende-se, então, que não importa qual seja a medida desse tempo, mas tem que ser o suficiente para já punir<sup>128</sup> o acusado de forma antecipada, mesmo que não se saiba ainda o que é necessário para o caso concreto.<sup>129</sup> Thums ensina o contrário, mostrando que o processo penal e o direito penal representam o grau de evolução de uma sociedade, ou seja, quanto mais respeitador de garantias for o processo penal, mais evoluída está

---

<sup>125</sup> MARTZENBACHER, 2008, p. 114. O autor aborda o fato de que não pode haver dilações temporais injustificadas no processo penal.

<sup>126</sup> MARTZENBACHER, 2008, p. 114. Usa-se a análise de cada caso para dizer se houve, ou não, a afronta ao prazo razoável.

<sup>127</sup> MARTZENBACHER, 2008, p. 113. O autor refere que o direito ao prazo razoável consiste num conceito jurídico indeterminado, o que não se vê como problema, pois o Estado usa, também, um argumento aberto e indeterminado para encarcerar preventivamente alguém, com a alegação de estar promovendo “a garantia da ordem pública”. Nem por isso deixa de ser aplicada.

<sup>128</sup> THUMS, 2006, P. 2. “O tempo também é usado para punir, porque o réu é condenado para “pagar” com o tempo sua privação de liberdade [...]”

<sup>129</sup> MESSUTI, 2003, p. 17. “Para o direito penal, o tempo é a medida de uma pena que se converteu praticamente na pena por excelência: a prisão.” Ainda diz a autora que a pena de prisão combina dois elementos importantes a serem considerados, o “tempo” e o “espaço”, ou seja, o tempo porque ele é o verdadeiro significante da pena, pois quando se estipula uma pena, a primeira pergunta a ser feita é “por quanto tempo?”. Já no que diz respeito ao espaço, há o entendimento de que tudo acontece no transcurso do tempo, sendo o espaço considerado estático, parado.

a sociedade na qual ele vige.<sup>130</sup> Logo, é possível avaliar-se quão evoluída é a sociedade brasileira.

Para Pozzebon,<sup>131</sup> o direito, ou seja, o pensamento jurídico, faz parte da civilização ocidental moderna, sempre presente na vida dessa sociedade, tanto que é estruturante de sua organização. E a racionalidade que acompanha o conhecimento científico que traz junto a si a concepção de tempo é fruto dessa sociedade.

A prisão preventiva é aplicada sem respeitar os seus próprios critérios, e o quanto ela vai durar não importa para o aplicador. Não importa também a ele se, atualmente, há uma concepção de tempo diferente daquela de tempo de relógio. O aplicador não considera os avanços tecnológicos nem as novas concepções de tempo,<sup>132</sup> impondo a medida sem refletir, sequer, sobre um tempo máximo para a sua utilização. De modo contrário, se ele levasse em conta todas, ou pelo menos, a maior parte das circunstâncias que envolvem a sua decisão, demonstraria não só respeito à pessoa do acusado, mas ainda ao princípio constitucional da presunção de inocência.

O aplicador do direito usa a prisão preventiva, o tempo de exposição do acusado, como um “[...] tempo como castigo”.<sup>133</sup> Pouco interessa a ele o quanto vai durar o tempo a prisão que esta aplicando ao imputado, importando apenas que determinou a prisão preventiva por necessidade da garantia da ordem pública, ou por qualquer outro fundamento falho do instituto. Sendo assim, ocorre uma espécie de antecipação da pena de prisão, mesmo antes da sentença definitiva.

O propósito, então, da abordagem que se faz neste capítulo é refletir sobre a forma de concepção do conhecimento moderno para verificar a sua evolução a partir de um método chamado de cartesiano, para dar conta disso,

---

<sup>130</sup> THUMS, 2006, p. xx. O autor diz que a sociedade que se importa com “mito” e “rito” mais que o “conhecimento científico” está com sério problema, pois o direito nela não evoluirá.

<sup>131</sup> POZZEBON, 2005, p. 13.

<sup>132</sup> MORETTO, 2005, p. 29. A sociedade em que vivemos tem a característica própria de ter sua base fundante na aceleração.

<sup>133</sup> MESSUTI, 2003, p. 34. Ver também: THUMS, 2006, p. 2.

aproxima-se a concepção de tempo e a da aplicação da prisão preventiva em um tempo. Isso conduz à crítica a esse método cartesiano de conhecimento de tempo, de medida prisional, de razão distanciada da emoção, bem como da razão aplicada de forma lógica e matemática, sem considerar essas concepções qualquer avanço ocorrido mediante a revolução industrial e tecnológica.

Ao final, tentar-se-á sopesar se essa concepção de conhecimento moderno calcado na razão ainda pode ser aplicada na forma como vem ocorrendo, ao longo do tempo, nas decisões judiciais quanto ao emprego da prisão preventiva. Também se avaliara a possibilidade de considerar o tempo dentro dos critérios de uma sociedade globalizada e tecnológica, onde esta inserida a prisão como reprimenda a quem afetou a norma e, ainda, a prisão preventiva como uma espécie de antecipação de pena de prisão para aquele que está sendo acusado de ter afetado algum bem jurídico tutelado pela norma.

Além do que já se mencionou, neste capítulo, procura-se verificar se as vertentes existentes sobre a forma de conhecer o tempo, hoje, na era da tecnologia,<sup>134</sup> e a forma como foi concebido o tempo enquanto enraizado nesse conhecimento moderno cartesiano, conhecimento de tempo calcado no objetivismo de um relógio, deve continuar sendo aplicado. Em outras palavras, busca-se saber se o tempo do relógio, objetivo, deve ser considerado, ou não, para a aplicação da prisão preventiva, ou quanto de tempo deve ser considerado razoável para a duração da prisão preventiva, se isso puder ser considerado.

Caberá, então, a análise da duração da medida e, se for possível conceber o tempo de forma diferente do tempo apenas do relógio, tomá-lo, também como tempo social,<sup>135</sup> tempo subjetivo, aplicando num instrumento

---

<sup>134</sup> MORETTO, 2005, p. 30. Trata da era da Internet, da alta tecnologia, da informação ao alcance do mouse.

<sup>135</sup> SANTOS, 2008, p. 22. O capitalismo pós-industrial e globalizado trouxe um desequilíbrio social sem solução, potencializado com o desequilíbrio ocasionado pela economia mundial.

chamado de prisão que foi construído para imobilizar ele mesmo, ou seja, o próprio tempo.<sup>136</sup>

Para Ost, a prisão é a institucionalização da vingança, ou seja, a passagem de uma selvageria concebida antes da modernidade, época “do estado de natureza”, para a época da “cultura”, ou do “Estado de direito”.<sup>137</sup> Há uma nítida comparação realizada pelo autor entre os objetivos da pena e a vingança, mas ainda deve-se relacionar, nessa concepção, o tempo de exposição a que uma pessoa fica submetida por meio da prisão preventiva, à mercê da vingança, essa ainda pior, pois ocorre antes, inclusive, do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

#### 4.1 O TEMPO E SEU CONHECIMENTO

O conhecimento moderno propõe-se à concepção de um tempo cíclico, a um direito e ordem organicista, de procedimentos concatenados, ordenados, hierarquizados, que recebe essas características oriundas desse mesmo tempo cíclico, esse que não corresponde mais à vontade do autor.

O pensamento moderno,<sup>138</sup> base da ciência,<sup>139</sup> conhecimento sob qual se vive, surgiu com as descobertas científicas da Renascença – primeiro com Copérnico<sup>140</sup> e, após, com Galileu –<sup>141</sup> que colocaram por terra o paradigma da

---

<sup>136</sup> MESSUTI, 2003, p. 33.

<sup>137</sup> OST, 2005, p. 126. O autor trabalha com a ideia de que o princípio lógico da vingança é o mesmo da retribuição da pena, pois, no seu entendimento, o direito penal tem o mesmo “passado da vingança”, ou seja, a aplicação do direito penal é feita como uma vingança social contra aquele que está sendo acusado.

<sup>138</sup> BAUMER, 1977, pp. 39-40. O universo está em constante mudança, e alguns exemplos são as revoluções Francesa, Industrial, Tecnológica, que “mudaram a estrutura social tradicional [...]”. O uso do moderno diz respeito à “novidade”, a uma nova visão do mundo, que os ocidentais ajudaram a construir. Ver também: GAUER, 2004, p. 1.

<sup>139</sup> ARAÚJO, jul/set. 2009, p. 79. O pensamento sobre o que seja ciência surge com a modernidade, diferente do entendimento vigente na Europa até o século XVI, quando pensavam em Deus como o centro do universo, sendo esse centro o responsável pela orientação humana.

<sup>140</sup> POZZEBON, 2005, p. 27. Copérnico propôs à Igreja um entendimento diferenciado de sua “cosmologia”, considerando o “universo heliocêntrico”. Ele não tinha prova experimental para basear sua teoria, mas ela era calcada em plasticidade e elegância. Buscava em Platão a base para a sua nova teoria, fruto do pensamento filosófico de Proclus no século V.

<sup>141</sup> POZZEBON, 2005, p. 28. Galileu firmou a teoria heliocêntrica afirmando que a terra girava em torno do sol, criando, assim, a base do pensamento moderno. In: GALILEI, 1973, p. 119.

época. Esse paradigma, existente antes da época das luzes, dizia que Deus era o centro do universo conhecido.<sup>142</sup> O conhecimento era produzido pela Igreja Católica que atacava todo e qualquer conhecimento produzido que fosse contra os seus dogmas, os quais eram pré-estabelecidos por ela mesma, e tudo o que contrariasse a norma não prestava, era coisa de herege, o que levou muitos críticos a serem condenados à morte da fogueira.

Esse conhecimento produzido e controlado pela Igreja Católica<sup>143</sup> influía nas relações jurídicas, influía na vida em sociedade. Mas, com o surgimento da modernidade,<sup>144</sup> o homem moderno<sup>145</sup> põe em cheque esse conhecimento oriundo da autoridade importa pela Igreja.<sup>146</sup>

Com as navegações, o homem trouxe uma desorganização para a ordem importa pela Igreja. E essa desorganização impulsionou um desejo de passar pela desordem em busca de uma nova ordem baseada na razão, que impõe regras para tudo, para todos os segmentos no mundo, desde a natureza até a sociedade.<sup>147</sup>

Nessa época em que a Igreja impunha a sua força, ocorre a quebra do paradigma vigente, qual seja, de que o centro do universo era a Terra. Com

---

<sup>142</sup> ARAÚJO, jul./set. 2009, p. 79. Explica o autor que a Igreja Católica comandava o mundo por meio de seus dogmas que ditavam “verdades absolutas, universais e atemporais”. Nessa sociedade, explica ainda, o homem era apenas mais um entre tantos, fazia parte apenas de um corpo social organizado metodicamente, não sendo considerado como indivíduo.

<sup>143</sup> ARAÚJO, Jul./set. 2009, p. 79. A igreja era a responsável por todo o monopólio do conhecimento, indo contra todo conhecimento que se opusesse àquele conhecimento ofertado por ela mesma. Nesse cenário, o homem tinha um papel secundário, sendo encarado como apenas “um integrante no corpo social”. Trata-se da sociedade “organicista”.

<sup>144</sup> POZZEBON, 2005, pp. 12-5. O conceito de “modernidade” compreende o período entre os séculos XVI e XVIII. Concebida pelo autor como um “modo de civilização”, a modernidade, afigura-se como a base estruturante das sociedades e do pensamento científico. Sendo assim, o indivíduo aparece como centro do pensamento moderno, com o caráter de ser impessoal e, a partir desse pensamento moderno, surge a declaração dos direitos humanos.

<sup>145</sup> CARVALHO, 2001, p. 151. Diz o autor que o homem moderno é tocado pela vontade de objetividade, investigando, questionando um saber oriundo da autoridade que é imposta.

<sup>146</sup> POZZEBON, 2005, p. 16. A técnica passa a ser aplicada a priori, sugerida por meio da “experimentação [...]”; o cientista começou a ser considerado neutro por causa da “objetividade”. A estrutura surgida na época baseia-se na experimentação, o discurso de neutralidade do cientista, assim assentado o caráter científico do mundo; a estrutura racionalizada passa a ser uma condição de abertura do mundo, ou seja, a partir desse contexto, surge o Estado Liberal e Social.

<sup>147</sup> POZZEBON, 2005, pp. 14-5. A busca de uma nova ordem vem no sentido de trazer controle para o novo mundo que está em movimento por causa dos seus avanços.

Copérnico, vem à tona a concepção de heliocentrismo,<sup>148</sup> suplantando, então, a noção de que o mundo era o centro de tudo, o centro de todo o universo.<sup>149</sup>

Essa nova concepção trazida por Copérnico estava inserida num movimento mais amplo, com várias bases, que atingia a arte, conhecido como período da “Renascença”. Concomitante ao renascentismo, surge outro movimento chamado de Reforma Religiosa, que fazia críticas ao braço dominante da Igreja Católica. Ainda, nesse mesmo interregno, ocorre o avanço das navegações com o mercantilismo, que traz a descoberta do “Novo Mundo”,<sup>150</sup> fruto dessa busca pelo novo por meio das navegações.

Também acontece, concomitantemente a esse período, o surgimento da imprensa e, com ela, a divulgação do conhecimento, quebrando o paradigma existente à época dessas revoluções,<sup>151</sup> de que o conhecimento ficava com uma parcela pequena da sociedade. Com a imprensa, a informação começa a se universalizar, há uma disseminação do conhecimento, popularizando-o.

Então, em decorrência desses movimentos como cerne do ideal burguês apoiando pelo iluminismo,<sup>152</sup> a era das luzes contra as trevas torna-se a base de todo o pensamento por meio da razão. O pensamento passa a ser, então, racional, como também todas as coisas que têm como fito ser a ser um pensamento não preconceituoso, que, por seus representantes da “vanguarda

---

<sup>148</sup> POZZEBON, 2005, p. 27.

<sup>149</sup> ARAÚJO, 2009, p. 79. A ordem entra em crise na época, século XVI. Existia a concepção de que o mundo era o centro do universo de Ptolomeu.

<sup>150</sup> ARAÚJO, 2009, p. 84. Relata o autor que a modernidade tem termos próprios que a identificam, como, por exemplo, estes: “razão, ciência, técnica, progresso, [...]”. Nota 4. Nessa modernidade, a razão tem papel primordial, ou seja, a razão, a luz, combate as trevas, a ignorância, sendo essa concepção de cunho burguês com ideal baseado no iluminismo.

<sup>151</sup> OLIVA, 1999, p. 14. “A epistemologia contemporânea também se envolveu com a problemática da permanência e da mudança a partir do momento em que começou a se dar conta de que o conhecimento alcança seus mais expressivos avanços por rupturas revolucionárias contra ‘ordens intelectuais’ consolidadas. “ Ver também: POZZEBON, 2005, p. 15. Essas revoluções instauraram o que o autor chama de “fluxo”, sendo esse o que desestruturou a ideia de cosmovisão, tornando-se a razão elemento dessa nova forma de pensar. A sociedade é tida como forma de pensar, de se organizar de modo racional.

<sup>152</sup> BAUMER, 1977, p. 18. Ressalta o autor que essa legação do progresso à razão diz respeito à vitória do “espírito humano sobre a superstição”. O iluminismo ocorre no Século XVIII e, nessa época, ocorre a vinculação da razão ao progresso.

da modernidade, objetivaram a emancipação do homem”,<sup>153</sup> pensando essa emancipação por meio do antropocentrismo<sup>154</sup> que começa a dominar a época.<sup>155</sup>

O sujeito era posto de lado antes do novo conhecimento trazido pela era das luzes, quando o homem começa a se sobressair sobre o objeto, sendo ele, a partir dessa nova concepção de mundo, um elemento fundante da sociedade, coisa que não era possível antes dessa compreensão de modernidade.<sup>156</sup>

Esse antropocentrismo coloca o homem no centro das atenções e permite a separação entre “sujeito e objeto”,<sup>157</sup> permitindo um controle do primeiro sobre o segundo. É nesse contexto que surge o método cartesiano que, em suma, busca a “verdade”<sup>158</sup> e torna-se o fundamento da nova sociedade, da sociedade calcada na era das luzes, a base para a “verdade”. Essa “nova verdade”,<sup>159</sup> então, era o que a ciência apontava como tal, ou seja, o pensamento científico é que dizia o que era verdade. Tudo decorreria desse pensamento racional, calcado na razão, demonstrando nitidamente que a crença passou de Deus para o conhecimento científico, ditado pela ciência, que usa como instrumento, em busca dessa “verdade”, o método.

Esse pensamento buscava organizar a desordem, nos ensinamentos de Pozzebon, apelando essa busca para a razão, que deu condições para impor regras e leis em tudo. Ou seja, a nova ordem criada por esse pensamento moderno deu origem ao progresso, fruto desse apelo à razão, ao

---

<sup>153</sup> ARAÚJO, 2009, p. 79.

<sup>154</sup> POZZEBON, 2005, p. 26. Por meio do antropocentrismo, foi eliminado o pensamento teocêntrico, ensina o autor. Isso levou o homem a colocar-se no centro e, por consequência, alterou o seu entender sobre o mundo.

<sup>155</sup> POZZEBON, 2005, p. 15. A razão foi o que tornou a sociedade organizada, controlando o homem e o seu lugar no mundo, assim como o reposicionamento de Deus. Tudo passa a ser racionalizado.

<sup>156</sup> ARAÚJO, jul./set. 2009, p. 79. “[...] o conhecimento científico permite a separação entre o sujeito e o objeto, de forma facilitar o controle deste em proveito daquele.”

<sup>157</sup> ARAÚJO, 2009, p. 79.

<sup>158</sup> ARAÚJO, 2009, p. 79.

<sup>159</sup> GAUER, 2004, pp. 1-2. A crença no método.



pensamento racional.<sup>160</sup> Foi com a razão que o homem conseguiu encontrar respostas sobre si próprio, sobre Deus e sobre a natureza. Essas explicações encontradas pelo homem, calcadas na “[...] racionalização do homem [...]”,<sup>161</sup> resultaram nessa racionalização da modernidade como civilização.<sup>162</sup>

Para buscar essa “verdade”, era preciso ter um método, embasado no pensamento<sup>163</sup> racional de que todas as coisas eram “verdadeiras”,<sup>164</sup> desde que concebidas pelo próprio método. Desse modo, elas sofreriam a interferência do entendimento, fruto do pensamento racional. Isso equivale a dizer que haveria a influencia do pensar, do compreender aquilo que esta sendo pensado para daí resultar numa intervenção do entendimento daquilo que se viu, ouviu e sentiu.

Com Descartes, surge a consagração do método discursivo, partindo-se para a busca de resultados por meio da constatação genérica daquilo que se está pesquisando, usando-se, portanto, como instrumento, o raciocínio dedutivo.<sup>165</sup> Em parca síntese, o método cartesiano é alcançado quando se estabelecem verdades e dessas se extraem premissas que emanam do raciocínio dedutivo, ou seja, a razão<sup>166</sup> é o fundamento do método.

A razão, para Descartes, é o elemento que nos diferencia dos animais, sendo inserida em cada homem por intermédio de um método chamado de

---

<sup>160</sup> POZZEBON, 2005, p. 15.

<sup>161</sup> POZZEBON, 2005, p. 24. Ensina o autor que “A história do saber moderno é a história da constante racionalização do homem consigo mesmo, com os outros e com o mundo. Racionalização como procedimento pelo qual o que pode ser subsumido sob princípios gerais pode ser entendido e explicado; o resto é não racional. ”

<sup>162</sup> POZZEBON, 2005, p. 15.

<sup>163</sup> DESCARTES, 2009, p. 70. O autor valoriza o pensar dizendo que compreendeu ser ele uma “substancia cuja essência ou a natureza consistem apenas em pensar [...]”.

<sup>164</sup> DESCARTES, 2009, p. 71.

<sup>165</sup> DESCARTES, 2009, p. 45. Diz o autor ter supremacia ao conhecimento dogmático aquele conhecimento oriundo do pensamento por meio do interesse da coisa pensada, dizendo ainda que há mais verdade nesse pensamento oriundo das experiências vividas do que naquele, sem sentido prático, adquirido nos livros. Trata do aprendizado pela observação.

<sup>166</sup> DESCARTES, 2009, p. 37. A razão é definida pelo autor como sendo uma capacidade de sopesar, de julgar, assim distinguindo o verdadeiro do falso, chamando este exercício de distinção de “bom senso ou razão”. Trata do uso da razão como fundamento de um postulado a ser acompanhado.

racional. Esse método foi encontrado pelo autor, em diversos caminhos percorridos ao longo de sua vida.<sup>167</sup>

Há, nesse momento, a mudança de posição de Deus, que deixa de ser o centro do Universo e passa a estar presente, de forma não central mas ele ainda está presente, não há uma negação a Deus<sup>168</sup> em Descartes, que as coisas existem por meio do conhecimento racional, e não, porque Deus quis assim.

A ciência moderna, baseada nessa racionalidade<sup>169</sup> cartesiana,<sup>170</sup> diz que, se o conhecimento não for derivado de raciocínios lógicos, matemáticos,<sup>171</sup> tecnicistas, não deve ser considerado. Logo, deve ser descartado por não ser confiável.<sup>172</sup> Nesse pensamento cartesiano, o conhecimento é fragmentado, ou seja, surge a necessidade de, cada vez mais, fracionarem-se<sup>173</sup> os diversos ramos do conhecimento a fim de viabilizar-se o aprofundamento do estudo.

É por meio dessa divisão do todo, transformado em pequenas partes, que o método cartesiano age, reduzindo tudo a uma objetividade extrema, a fim de buscar a precisão do conhecimento.<sup>174</sup> Com o método, Descartes,

---

<sup>167</sup> DESCARTES, 2009, p. 37.

<sup>168</sup> DESCARTES, 2009, p. 75. “Enfim, se há ainda homens que não estão bastante convencidos da existência de Deus e da alma, pelas razões que foi apresentado, deveriam saber que todas as outras coisas que talvez sejam julgadas mais seguras, como ter um corpo e haver astros e uma terra, e outras semelhantes, são menos certas”, ou seja, o autor reafirma não a negação de Deus, mas uma mudança de posição nesse cenário.

<sup>169</sup> POZZEBON, 2005, pp. 16-9. Essa racionalidade abriu o mundo, fazendo nascerem novos modelos de Estados. Surge, no transcorrer do tempo, o Estado Democrático de Direito que apresenta um novo pensar sobre o processo penal, aparecendo, assim, o modelo de garantias, que se originam das constituições desses Estados contemporâneos modernos democráticos de direito.

<sup>170</sup> DESCARTES, 2009, P. 42. Essa racionalidade é baseada na eloquência daquele que tem, diz o autor, raciocínio forte e dirige melhor seus pensamentos com o fito de torna-los claros e precisos, a fim de persuadir melhor os outros.

<sup>171</sup> POZZEBON, 2005, p. 26. Para Descartes, diz o autor, a natureza é uma “realidade quantitativa”. Sendo assim, pode ser explicada por meio da matemática, pois tudo é calculado.

<sup>172</sup> DESCARTES, 2009, p. 39. Aponta o autor para uma desconfiança a respeito daquilo que possa ter origem em sentimentos, como, por exemplo, da verificação de posições quando, com ela se é favorecido, por se ter a possibilidade de se equivocar “naquilo que lhe toca”.

<sup>173</sup> ARAÚJO, 2009, p. 80.

<sup>174</sup> DESCARTES, 2009, p. 55. Descartes fragmenta sua observação em quatro partes lógicas: a segunda parte seria “dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas possíveis e que fossem necessárias para melhor resolvê-las”.

independente da posição de cada indivíduo, aleta ou não busca não se deixar persuadir pela imaginação, mas sim, pela razão.

A razão trazida à tona diz respeito a um domínio total sobre todas as coisas, pois não se deve deixar persuadir por qualquer coisa ou objeto que não seja a palavra. Descartes ainda ensina que a razão não diz o que se vê ou que se imagina que seja verdade; ela afirma que todas as ideias ou noções de alguma coisa devem ter seu fundamento na “verdade”.<sup>175</sup>

Essa razão foi expressa pelo autor na frase “penso logo existo”. Ela apareceu, pela primeira vez, em 1637, na 4ª edição do “Discurso do Método”, quando irrompe a ideia de que, para existir é preciso pensar primeiro. Nisso, percebe-se, nitidamente, a ideia de separação da mente e do corpo,<sup>176</sup> um tecnicismo, traduzido no próprio entendimento do método.

A frase “penso logo existo” conota, ainda, um descompasso com a evolução da humanidade, pois, desde o início, o homem precisou do corpo, vindo o pensamento só após a sua evolução, ou seja, primeiro o corpo e depois o pensamento; primeiro existe a pessoa, depois ela pensa.<sup>177</sup>

Por toda essa contribuição, separando cérebro e corpo e criando uma forma de pensar “dualista”,<sup>178</sup> Descartes foi considerado um influenciador da ciência moderna ocidental. A única relação abordada por Descartes, conforme Damásio, diz respeito à relação do cérebro com um *software* e o corpo com um *hardware*, o corpo tem precedência sobre o cérebro, mas ambos são dependentes.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> DESCARTES, 2009, p. 77.

<sup>176</sup> DAMÁSIO, 1996, pp. 275-9. Para o autor, Descartes simbolizava as ideias referentes ao corpo e à mente, separando o corpo da mente.

<sup>177</sup> DAMÁSIO, 1996, p. 279. O autor aborda a ideia de que, na medida em que o homem existe, só ele pode pensar.

<sup>178</sup> DAMÁSIO, 1996, p. 275-9. Aponta o autor para uma noção dualista em que aparece a separação entre o cérebro e o corpo.

<sup>179</sup> DAMÁSIO, 1996, p. 279. O autor diz que Descartes convenceu os biólogos a usarem o que ele chama de “[...] mecânica de relojoeiro”, espécies de modelos de processo vitais, baseados num tecnicismo cartesiano.

Ocorre, porém, que esse método cartesiano também entrou em crise como entrou em crise o conhecimento disseminado pela Igreja Católica antes dele, pois há uma subjetividade em todas as coisas que o próprio método, com a sua forma reducionista, não consegue identificar ou não consegue captar.

A ciência moderna, calcada no método, falhou, e é por esse motivo que os pensadores dizem que a modernidade está em crise.<sup>180</sup> Verifica-se a existência de um paradoxo entre a ciência e o seu papel, aquilo que ela veio prometendo fazer ao longo do tempo: sanear a insegurança social oriunda da industrialização,<sup>181</sup> da globalização, que levou as relações sociais a uma complexidade importante,<sup>182</sup> colocando essa concepção de reduzir tudo a pequenas partes e de analisar as coisas sem qualquer interferência, a não ser da razão, como um grande problema.

A partir dessa crise, pode-se identificar a ciência em três períodos. O primeiro período, que se chamou de “Pré-científico”. Inicia no século XVI e se estende até o século XVIII; o segundo, chamado de “científico”, vai do século XIX até o início do século XX, período em que o homem<sup>183</sup> não se apega àquilo que tem valor; e o terceiro, chamado de “o novo espírito científico”, surgiu com o relativismo de Einstein.

## 4.2 PARADIGMA NEWTONIANO SOBRE O TEMPO

---

<sup>180</sup> ARAÚJO, jul./set. 2009, p. 82. A modernidade falhou, diz o autor, citando Bauman, pois houve, de fato, uma evolução muito grande, mas ela não conseguiu dar aquilo que havia prometido à modernidade, ou seja, a melhoria de vida às pessoas, explica o autor, orientando que “Tal afirmação funda-se no abrupto descompasso existente entre o desenvolvimento do saber – por meio de técnicas, descobertas e invenções que, sem dúvida, constituem avanço notável – e a existência de diminuição de mazelas de cunho social que, ao revés, recrudesceram. “Isso significa que todo o avanço proposto pela modernidade esbarrou na “insegurança social”. In: BAUMAN, 1977, p. 15.

<sup>181</sup> CARVALHO. In: GAUER, 2004, p. 187. O autor aborda os problemas advindos do avanço descomunal do crescimento sem limites da sociedade industrial em comunhão com a crise do “Welfare State”.

<sup>182</sup> ARAÚJO, 2009, p.82. O autor explica que a crença iluminista baseada na razão sofreu duas oposições importantes. A primeira é a produzida por Karl Marx, que “sustentou uma concepção materialista da história”, ou seja, para ele, a economia condiciona as outras estruturas: sociais, jurídicas, ideológicas. Sendo assim, as estruturas do Estado, influenciadas pelos meios de produção, levam a crer que a razão não está livre, mas sim, condicionada a esse próprio meio, o capital. A segunda, trazida por Freud, que estudou o inconsciente humano, apregoa que o homem não domina nada, nem mesmo a razão que ele propaga.

<sup>183</sup> BACELARD, 2005, pp. 11-5

É visível o desequilíbrio que atinge o conceito de tempo objetivo – baseada na razão moderna – e a existência de um tempo cíclico, onde tudo parecia ordenado, hierarquizado, quantificado, previsível. Percebe-se a passagem de um tempo cíclico para um tempo linear, nova concepção de tempo oriunda desta crise do pensamento moderno que tem base na razão, em um tempo objetivo. Com a percepção de tempo linear, surgem novas concepções que se originam da complexidade e da subjetividade do observador que interagem com o objeto da observação, assim como este interage com aquele, trazendo então, diferentes entendimentos sobre o tempo que acompanha cada ser humano.

A concepção cartesiana de um tempo absoluto, paradigma que persistiu por longa data na academia do homem moderno, principalmente no século XIX, trouxe novos entendimentos sobre a percepção de tempo na atualidade. Já não se trata mais somente daquele do paradigma Newtoniano<sup>184</sup> do “universo previsível, um autômato, representado pela figura do relógio”,<sup>185</sup> mas sim, do tempo expresso conforme as concepções do relativismo de Eistein.

Nessa teoria newtoniana, o tempo estava diretamente vinculado à ideia de espaço, subordinado-se a ela, de modo que as mudanças que ocorriam na prevalência de seus princípios eram entendidas como ocorridas num “[...] contexto imutável, sem afetar a realidade material básica”.<sup>186</sup> Isso significa dizer, portanto, dentro da ideia de um universo previsível, onde figuram as ideias permanentes do tempo computado no relógio.

O conhecimento moderno cartesiano, aquele em que se estipula um método para todas as coisas, o que levou não só os cientistas, mas também a sociedade a acreditar num método que construiria o futuro,<sup>187</sup> definiu, ainda,

---

<sup>184</sup> HAWKING, 2002. Eistein propôs um modelo matemático novo que refutava o modelo newtoniano vigente. Em 1915, surge a Teoria Geral da Relatividade.

<sup>185</sup> LOPES JR. Introdução Crítica ao Processo Penal... 2005, p. 91.

<sup>186</sup> SANTOS, 2008, p. 16.

<sup>187</sup> GAUER, 2004, pp. 2-3. A crença num futuro melhor baseado no método científico.

um método para a captação de tempo, sendo esse sentido pelo relógio, que permanece, hoje, marcando presença certa na vida das pessoas, participando ativamente no direito.

As decisões judiciais são baseadas nessa concepção de tempo do relógio,<sup>188</sup> sem considerar outras circunstâncias importante, como, por exemplo, o movimento do observador, a sua interferência e as várias formas de sentir e de pensar as mesmas coisas, ou seja, a subjetividade.<sup>189</sup>

Essa concepção de tempo revela-se, no judiciário, por meio da temporalização das sentenças pelo tempo de pena, tempo do relógio. Também, no caso das prisões preventivas, analisadas pelo próprio judiciário, pode ocorrer a extrapolação de um tempo consideração razoável já em sede de segundo grau, pois, em primeiro grau, quando se aplica a prisão preventiva, não há a preocupação de estabelecer o limite do quanto serio o considerado razoável para a sua duração. Não importa o custo disso para a pessoa presa, enquanto não vier a decisão definitiva que fixe o tempo de pena.

Há um tempo de espera antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, momento esse no qual a pessoa deveria ser considerada inocente até a sentença irrecorrível. Mas isso não acontece, e o acusado, na grande maioria das vezes, fica preso preventivamente, esperando pela sentença que fixará o tempo da pena. Esse tempo de espera, muitas vezes, não atende a qualquer critério, é imposto sem que sejam preenchidos os pressupostos da prisão preventiva. Para o réu esse é um tempo perdido de espera, interpretado com uma “vingança”<sup>190</sup> estatal, uma execução antecipada de pena, mesmo não havendo pena a cumprir.

---

<sup>188</sup> THUMS, 2006, p. 18. Explica o autor que esse tempo medido, quantitativo, não foi rejeitado por Einstein, porque ele pensava que o tempo busca aquilo que é percebido pelo homem; mas, no século XX, houve a modificação do conhecimento dos “(...) fenômenos observáveis [...]”, pois há objetos observáveis e objetos não observáveis, admitindo-se a concepção de movimentos na velocidade da luz.

<sup>189</sup> ARAÚJO, jul./set. 2009, p. 81. O tecnicismo e a precisão foram as incansáveis buscas realizadas pelos operadores do direito, fruto do objetivismo do conhecimento científico, que excluía todo o subjetivismo possível, retirando do julgador qualquer subjetivismo, fazendo-o ficar adstrito apenas à norma.

<sup>190</sup> OST, 2005, p. 126.

É importante que o judiciário busque construir uma visão clara do tempo para estabelecer, a cada caso, o quanto de tempo da medida cautelar será razoável e quando será (re)analisada a sua necessidade. A prática tem demonstrado haver o entendimento de que o tempo é igual para todos, de que há uma “[...] visão homogênea e lisa do tempo [...]”.<sup>191</sup> Assim, como se o tempo fosse igual para todos, não se leva em conta a subjetividade dos pontos de análise de cada observador, não se leva em conta a demora nas decisões, nem se aquele que está sendo coagido ficará preso o tempo necessário, suficiente para essa medida que, por essência, é precária, nem se ele permanecerá encarcerado por um tempo mais elevado.

As decisões judiciais que tentam usar o método cartesiano separando emoção e razão não devem mais ter espaço no mundo globalizado em que vivemos. Este se tornou um mundo “telepresencial”,<sup>192</sup> em cujo ordenamento jurídico não deveriam mais ter espaço as concepções que geram decisões dos juízes e Tribunais, pois a sociedade atual vê-se diante da presentificação do “[...] fator ‘velocidade’, ou seja, o mundo chegou à instantaneidade, como ensina Gauer.<sup>193</sup> A velocidade demonstrará, em determinado momento, ter-se chegado “[...] a um ponto de instantaneidade nos deslocamentos [...]”.<sup>194</sup> E, por causa dessa “velocidade”, dessa “instantaneidade”, não é mais cabível a existência de decisões calcadas no pensamento cartesiano mais fechado, imóvel, concatenado.

Com esta compreensão de que se está na era da instantaneidade, caberia, então, uma análise a fim de que se tomassem novos posicionamentos judiciais, posicionamentos esses no sentido de que a medida cautelar como vem sendo aplicada, contrariando a norma constitucional, deveria ser afastada, empregando-se para o caso a tutela do tempo do acusado num prazo a ser considerado razoável.

---

<sup>191</sup> OST, 1999, p. 33.

<sup>192</sup> MORETTO, 2005, p. 29. “[...], presenteísmo, um presente intensivo.” Ver também: VIRILIO, 1993, p. 13. É o conhecimento disseminado por meio da notícia em tempo real, pela Internet ou pela televisão.

<sup>193</sup> GAUER, 2004, p. 12.

<sup>194</sup> GAUER, 2004, p. 12.

Mas, a partir do respeito por um prazo razoável para a prisão processual, surgiria um novo leque de decisões que deveriam ser tomadas mediante análise da concepção de tempo e velocidade, além da subjetividade aplicada ao tempo. A consequência disso seria um novo entendimento de prisão preventiva, baseado na importância atribuída ao tempo de exposição à coerção, ou seja, na disposição da aplicação da medida cautelar decorrente da análise em que se conjugariam razão e emoção.

Para se chega à definição de quanto tempo de aplicação da medida cautelar é possível, razoável, faz-se necessário um estudo, tal como o que se está realizando, do que seja considerado o tempo cartesiano, o do relógio. Esse tempo é baseado na razão moderna que vincula tudo concomitantemente, todos os dias como se encontra, hoje, com a análise, toda a complexidade dessa sociedade em movimento e globalizada, “telepresente”,<sup>195</sup> que sofre interferência da mídia,<sup>196</sup> a qual produz o conhecimento dos acontecimentos, em tempo real, em todas as partes do mundo, pela internet.

A análise que se faz tentará determinar se a concepção de tempo considerada para os casos de prisão preventiva, no Brasil, é aquela com o entendimento de um tempo objetivo, matemático/cartesiano, ou é a que se baseia na subjetividade, nos sentimentos. É importante examinar o seu uso, em cada caso, a fim de impedir que ocorram abusos na demora da aplicação da prisão processual, quando essa acontece antes da pena definitiva. Havendo a utilização antecipada da pena, é de se considerar a prisão preventiva daquele que esta sendo processado<sup>197</sup> como um castigo antecipado por meio do tempo que lhe é usurpado.

---

<sup>195</sup> VIRILIO, 1993, p. 13. Sabe-se, de forma imediata, o que está acontecendo em tempo real, em qualquer parte do mundo, primeiro, com a televisão; em segundo lugar, com a Internet. Ver também: GAUER, 2004, pp. 12-3.

<sup>196</sup> GAUER, 2004, p. 12.

<sup>197</sup> SANTOS, 2008, p. 12. “Sabemos que a prisão preventiva, frequentemente, é aplicada com a intenção de dar uma rápida e imediata resposta ao crime.” Isso ocorre, mesmo que, para tanto, usurpe-se o direito constitucional à presunção de inocência, ao devido processo legal, à inexistência de pena sem processo e à antecipação da execução da pena de forma provisória.



Este novo paradigma diz respeito a um tempo que se subordina em instante determinado, tomando o lugar num contexto considerado imutável, ou seja, onde não há a possibilidade de afetação da “realidade material básica”.<sup>198</sup>

O relativismo de Eisten deve ser considerado a partir da ideia de deslocamento do observado (ideia de movimento), sendo superado pela aplicação das informações em tempo real que incidem na sua forma de percepção quando em movimento. Na realidade atual, pode-se ter movimento sem que o movimento exista, pois, a tecnologia permite que se esteja em vários locais ao mesmo tempo, sem que ocorra qualquer deslocamento. O exemplo que se traz é o uso da Internet, pois, com ela, pode-se estar numa multiplicidade de locais ao mesmo tempo, embora, fisicamente, se esteja num único lugar, quase sempre, na própria casa. Assim, diante dessa peculiaridade, da grande complexidade da sociedade atual percebe-se quão difícil é precisar o tempo e o lugar do crime.

Tudo é variável conforme a percepção do mundo que se tem, esse mundo cibernético, da instaneidade, de experiências próprias do observador em relação ao conjunto social em que ele está inserido. O mundo é percebido a partir das experiências individuais, nas quais se reflete a evolução científica por meio da globalização paradigmática dos acontecimentos registrados em tempo real, bem como do consumismo tecnológico necessário para impedir estagnação social no tempo.

Logo, a crise foi criada com a potencialidade e a simultaneidade dos acontecimentos que estão distantes e, ao mesmo tempo, próximos. Mas essa modernidade e seu avanço fizeram surgir outra concepção do moderno por meio da possibilidade da verificação dos acontecimentos em tempo real, com a “telepresença”<sup>199</sup> surgida com a televisão.<sup>200</sup> Por tal feita, a sociedade evolui a

---

<sup>198</sup> SANTOS, 2008, p. 16.

<sup>199</sup> VIRILIO, 1993, p. 13 e ss. O autor explica que a concepção de tempo está diferente, pois se conhece o que está acontecendo no mundo, em tempo real: na mesma hora que acontece um fato qualquer, em qualquer lugar do mundo, sabe-se, imediatamente. Isso é fruto dessa telepresença trazida pelos meios de comunicação, o teletransporte da imagem em tempo real.

<sup>200</sup> GAUER, 2004, p. 13. “[...] a verdade dos fenômenos é sempre limitada pela sua velocidade.”

um lugar nunca antes visto, ou seja, por conta da tecnologia e do seu avanço, o homem e esta` numa sociedade onde impedira a cibernética.<sup>201</sup> Assim, corre a troca do físico pelo virtual e a mitigação da incerteza de se ter alguma coisa hoje e, amanhã, essa mesma coisa pode ser diferente por conta dessa instantaneidade do tempo, da vida em sociedade.

Diferente é a concepção newtoniana, objetiva, de tempo, expresso esse no sentido de que todos têm a mesma percepção do tempo que passa a cada minuto do dia vivido, um tempo considerado absoluto, independente da ideia de que era necessária a análise a partir do objeto e do observador.<sup>202</sup> Confirma-se, pois, a existência de uma nítida mitigação do tempo físico pelo tempo virtual, enquanto, cada vez mais, o homem usa virtualmente, desde transações bancárias até cirurgias em locais distantes, tudo em tempo real.

É com essa tecnologia, com o virtual, que passa a ser superada a ideia de que todos os observadores têm o mesmo sentir. O que importa não é só entender o tempo como sendo ele absoluto, o que é uma definição determinista,<sup>203</sup> como a do tempo vivido de forma igual para todas as pessoas, faz-se necessário encontrar uma nova concepção de tempo, baseada na “instantaneidade dos deslocamentos”.<sup>204</sup> É preciso entender-se que o mundo não é mais parado, fechado; ele é interativo: a velocidade trouxe uma “alucinação de perspectiva que destrói toda a extensão da cronologia”.<sup>205</sup> Não restam dúvidas, portanto, de que se está diante de uma mudança de paradigma.

---

<sup>201</sup> THUMS, 2006, p. 56.

<sup>202</sup> LOPES JR. Introdução Crítica ao Processo Penal... 2005, p. 91.

<sup>203</sup> PRIGOGINE, 2008, pp. 36, 39 e 40. O autor explica que, ao realizar uma mistura em uma experiência termodinâmica, percebe-se que há ordem e desordem no mesmo tempo. O resultado dessa experiência, desse fenômeno, é entender que isso exige uma mudança de paradigma. Não há mais que considerar ordem ao equilíbrio, pois é possível haver ordem no desequilíbrio. Há, portanto, coerência no não equilíbrio. O autor também discorre sobre o fato de que as leis da mecânica clássica são deterministas e que a análise do resultado fez surgir a ideia de probabilidade. Assim, ele tenta conciliar probabilidade com determinismo. A primeira origina-se da ignorância das relações iniciais que levaram ao acontecimento; já a segunda nasce da ideia de que há uma imposição de condições iniciais, logo, resultado determinista.

<sup>204</sup> GAUER, 2004, p. 12.

<sup>205</sup> GAUER, 2004, p. 12.

O tempo, em outra perspectiva, qual seja, a perspectiva subjetiva, vai além do sentimento de que o minuto que passou agora é o mesmo para todas as pessoas. A percepção de tempo de quem está preso, imóvel, inerte, sem sequer saber por quanto tempo vai durar o seu infortúnio e, ainda, desconhecendo os reais motivos pelos quais se encontra naquela situação é um problema que não se explica apenas com o simples olhar calcado na razão que embasa o olhar no relógio.

O juiz precisa julgar sem ter uma percepção exata do tempo em questão ou sem sentir aquilo que alguém está sentido preso, pois o tempo é relativo assim como o sentimento é relativo, de ordem subjetiva. Não se consegue dizer o que sente aquele que, mesmo sabendo que esta sob a proteção do princípio da presunção de inocência, está preso de forma cautelar. Também não se pode presumir ou sentir o que o juiz sente quando aplica a prisão preventiva ao caso recente que chega a seu gabinete.

A ideia de tempo subjetivo foi abordada por Einstein, em resposta a questionamentos de sua empregada sobre os motivos pelos quais ele – cientista – permaneceria horas e horas estudando a relatividade durante o dia.<sup>206</sup> O cientista explicou a sua empregada que a percepção do que seria relativo ligada à ideia de subjetividade, à ideia de tempo, variava conforme a posição do observador e do seu deslocamento.<sup>207</sup> Ele defendia que cada ser humano tem uma perspectiva própria de cada momento de sua vida, trazendo a sua explicação o seguinte exemplo:

[...] quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto, que foi rápido ligando esse entendimento ao prazer. Deixa-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora, ligada essa sensação de demora a dor. Isso é relatividade.<sup>208</sup>

A maior parte dos operadores do direito não consegue se afastar da tentação do determinismo.<sup>209</sup> Essa lhes dá uma visão homogênea do tempo,

---

<sup>206</sup> HAWKING, 2002, p. 21. Einstein propôs um modelo novo matemático que refutava o modelo newtoniano vigente e, em 1915, surge a Teoria Geral da Relatividade.

<sup>207</sup> LOPES JR. Introdução Crítica ao Processo Penal... 2005, p. 92.

<sup>208</sup> LOPES JR. Introdução Crítica ao Processo Penal... 2005, p. 92.

<sup>209</sup> PRIGOGINE, 2008, pp. 36, 39 e 40.

desconsiderando a ideia de intersubjetividade, da percepção de que o tempo que cada um carrega consigo é diferente em decorrência das próprias e diferentes experiências vividas. Mas quem considera a subjetividade nas relações com o tempo acredita que, em decorrência dessas diferenças, as pessoas sentem as experiências de forma diferente e interpretam-nas de forma também diferente.<sup>210</sup>

Essa ideia determinista de que o tempo é igual para todos diz respeito à forma como era abordado o tempo, como sendo ele homogêneo, ou seja, determinista.<sup>211</sup> Essa interpretação considera que o tempo seja o mesmo para todas as pessoas, sem levar em conta que cada observador tem uma subjetividade e que ela influi por intermédio do ponto, do lugar de análise, dos sentimentos de cada um e das experiências de vida de cada observador.

Essa subjetividade vive nos dias de uma alta tecnologia, quando os operadores do direito atuam e projetam o direito aplicando o seu próprio tempo. É nessa descomunal evolução tecnológica que as inovações de hoje derrubam as inovações trazidas ontem, que os operadores do direito aplicam o tempo do direito com prazos, prisões preventivas, penas restritivas de direito computadas em dias que são contados em horas.

Vive-se o tempo do direito numa sociedade onde impera a alta tecnologia, onde a “[...] velocidade e o tempo passam a assumir importantíssimo papel”.<sup>212</sup> É nesse contexto que se tem a impressão de que o tempo de um dia é insuficiente para se fazer tudo aquilo que se quer e se projeta para o dia. Isso leva, como aborda o autor, a uma difícil dialética entre direito e tecnologia,<sup>213</sup> pois ambos estão dissociados, fora de sintonia.

---

<sup>210</sup> GAUER, 2004, p. 9. A autora explica que o “abandono da vontade de verdade como busca do absoluto [...]” traz uma desordem ao conhecimento científico moderno, decorrendo daí o que ela chama de “[...] mutação da própria temporalidade [...], que por sua vez leva ao entendimento de que não há [...] verdades imutáveis [...]” apenas ‘interpretações e narrativas’ disso tudo”.

<sup>211</sup> PRIGOGINE, 2008, pp. 36, 39 e 40.

<sup>212</sup> THUMS, 2006, p. 57.

<sup>213</sup> THUMS, 2006, p. 57.

Os operadores do direito entendem, quando decidem por uma medida cautelar, que a custódia é apenas uma medida de urgência que se impõe no presente. Trata-se de uma coerção por um suposto crime ocorrido no passado e revivido pela “telepresença”<sup>214</sup> do momento vivido pois, com a tecnologia, pode-se saber o que ocorre no exato momento de um acontecimento, da eclosão de um fato no mundo.

Surge, a partir dessa concepção, uma ideia de crise na cultura jurídica, pois o tempo fixo, determinista do direito, com seus prazos fixos, não consegue mais acompanhar este avanço tecnológico conferido ao mundo. Essa custódia aplicada pelo Estado prolonga-se<sup>215</sup> no tempo,<sup>216</sup> sem critérios concretos, sem levar em conta tal avanço e, ainda, desconsiderando o momento político e democrático na vida nacional. Como se vive num Estado Democrático de Direito, aqui deveria imperar a “presunção de inocência”<sup>217</sup> e a prisão como *ultima ratio*,<sup>218</sup> e não, a *primeira facie* de todo o sistema.

Ost<sup>219</sup> afronta este presente<sup>220</sup> por estar entre o passado e o futuro, relacionado com a instantaneidade do momento, da urgência do instante e da aparente insignificância do dia a dia. Com a velocidade, um dia não serve mais para nada, o homem está correndo sempre por força de uma tecnologia que o empurra a buscar e ganhar mais tempo, e a prisão preventiva ocorre, então, nesta aparente insignificância do dia.

---

<sup>214</sup> VIRILIO, Paul 1993, p. 13.

<sup>215</sup> Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10 de abril. 2016. Caso de concessão de *habeas corpus* a favor do paciente pelo fato de estar há quase três anos preso preventivamente sem sequer haver pronúncia, não sendo razoável tal demora na prisão cautelar. HC n.º 171.356 – SP. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma.

<sup>216</sup> COMTE-SPONVILLE, 2006, p. 78. Ninguém pode subverter o tempo, ninguém consegue segurá-lo, impedi-lo, nem o abolir, nem o virar do avesso.

<sup>217</sup> MORAES, Maurício, 2010, p. 350. O autor ensina que a presunção de inocência nada gera de prejuízo para a razoável duração do processo, tendo ela a finalidade única e exclusiva de impedir que aquele que está sendo acusado de ter cometido algum crime seja tratado como se condenado já estivesse, com a sentença penal condenatória, antes do término do processo.

<sup>218</sup> VALENTE, 2011, p. 9. No sistema processual brasileiro, impera a primazia das prisões processuais em vez de ser acolhida a presunção de inocência, pois primeiro o Estado prende o acusado para depois vir a processá-lo. É a prisão processual como hábito.

<sup>219</sup> OST, 1999, pp. 32-3.

<sup>220</sup> COMTE-SPONVILLE, 2006, pp. 79-80. “O tempo não foge para o passado, nem tende para o futuro: ele é em si mesmo fuga e tendência, mas uma fuga para lugar nenhum, mas uma tendência para nada [...]”. É o que o autor chama de presente.

Nesse mesmo momento, há a aplicação dessa prisão para dar uma resposta à sociedade que espera por defesa.<sup>221</sup> A prisão recebe, então, uma posição de destaque nessa sociedade dos últimos anos do século XX e início do século XXI. O aprofundamento das desigualdades sociais<sup>222</sup> em concomitância com o avanço tecnológico ocasiona um afloramento maior dessas desigualdades. Por intermédio da globalização e do Estado Neoliberal que concebe o homem como consumidor, aquele que não consome estará fora do sistema e caberá a ele a aplicação do Estado Penal.<sup>223</sup>

Esse tempo que se torna insignificante para os operadores jurídicos, tempo do outro, é mais violentado quando aplicado à prisão cautelar, prisão esta em pleno estado de inocência, sendo aplicada nessa concepção atual, onde há velocidade de informações,<sup>224</sup> velocidade e virtualidade,<sup>225</sup> todas casadas. E é nessa atualidade veloz que o Estado age para coagir, por tempo indeterminado,<sup>226</sup> aquele que está sendo acusado do cometimento de um crime. Assim, o Estado prende-se à velha forma de contar o tempo, aplicando, na prisão preventiva, o tempo em dias, meses ou anos.

### 4.3 O TEMPO NO PROCESSO E NA PRISÃO

Em “A Capitalização do Tempo Social na Prisão”, Chies<sup>227</sup> traz a ideia de que a prisão seria um “jogo de capitalização do tempo”, pois o apenado joga com a lei, como uma espécie de área do conhecimento, ligado à impessoalidade e à técnica extremamente burocrática e bem operacional.

---

<sup>221</sup> SANTOS, 2008, p. 28. O autor traz a ideia de Ana Messuti que diz ser a pena um meio de defesa da sociedade na qual se vive.

<sup>222</sup> SANTOS, 2008, p. 28. Discorre sobre o uso da medida de prisão para os excluídos do mercado de consumo.

<sup>223</sup> ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, pp. 24-5. “[...] o cidadão é sinônimo de consumidor [...]” O autor aponta para uma grande lacuna entre aqueles que querem e podem comprar nessa sociedade do consumo e aqueles que querem e não podem comprar nessa sociedade de consumo. Para aqueles que não consomem, aplica-se então, “[...] a mão-de-ferro do Estado no campo penal, [...]”

<sup>224</sup> THUMS, 2006, p. 56.

<sup>225</sup> THUMS, 2006, p. 56. “A velocidade e o tempo passam a assumir importantíssimo papel na sociedade atual. Todo o mundo está com pressa, ninguém mais pode esperar. A tecnologia imprime velocidade na vida do homem. Apesar da evolução tecnológica, há um atraso gigantesco na área das ciências sociais e principalmente na jurídica.”

<sup>226</sup> SANTOS, 2008, p. 12.

<sup>227</sup> CHIES, 2008, p. 147.

Apenas ressalva-se que, em outra perspectiva, o apenado é o objeto desse jogo, por não ter condições de participar dele, confrontando-se com o Estado, com paridade de armas. O estado coage e toma para si o tempo daquele que está sendo acusado do cometimento de um crime, e não, do condenado em definitivo.

É por meio de critérios legais que essa espécie de jogo se permeia no tempo e no espaço. Os participantes desse jogo ocupam espaços específicos e autônomos no contexto social, o preso e o burocrata. Ambos sucumbem com a demora na prisão preventiva. O preso é vencido porque fica preso tempo a mais preventivamente, sem que os critérios objetivos da prisão preventiva sejam preenchidos, sem que exista real necessidade para a prisão, na grande maioria das vezes, bem como seja usurpado o tempo do acusado. Já o burocrata fica preso pela demora do processo e da aplicação daquela medida que atravanca a sua vida. Assim, o preso preventivo tira o lugar do preso definitivo.

Desse modo, com a demora na duração da medida de coerção, todo o sistema prisional torna-se emperrado, ficando o administrador sem espaço físico para receber aquele que deveria estar preso pelo trânsito em julgado de uma sentença penal. Esse problema de espaço gera outro problema, o de obrigar a colocação de mais pessoas para dentro dos presídios. Muitos que deveriam ser considerados inocentes passam a ser, teoricamente, culpados, pois, embora o processo ainda não tenha terminado, são colocados com aqueles que já foram condenados, ocasionando, assim, um caos ao sistema.

Bitencourt comenta que muito se discute a parte acadêmica, burocrática, da pena de prisão e deixa-se de lado o que verdadeiramente importa: estudar a fundo a problemática da pena de prisão nos moldes como vem sendo cumprida nos dias de hoje, ou seja, num sistema caótico, em que não há disponibilização de recursos suficientes para a manutenção do sistema carcerário.

É necessário mergulhar-se na problemática instituída pela pena de prisão na sociedade em que se vive para sair, de uma vez por todas, da simples análise dogmática e partir para uma análise mais profunda do dia a dia do sistema carcerário brasileiro.<sup>228</sup> Percebe-se a necessidade da aproximação desta análise para a aplicação da pena de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, uma vez que tal antecipação tem sido realizada por meio da prisão preventiva que, na grande maioria das vezes, não deveria persistir, levando aquele que a cumpre a sucumbir à prisão sem pena.

Quando começou a ser aplicada a pena de prisão, em meados do século XIX, os juristas pensavam que ela seria o meio mais provável de recuperar aquele que comete crimes.<sup>229</sup> Hoje, depara-se com uma realidade de muito diversa. Ao se colocar alguém para cumprir pena num sistema falido como este que se tem no país, está-se, na verdade, proporcionando a esse indivíduo um ambiente bem diferente daquele que foi pensando quando da criação deste sistema prisional, e os efeitos, certamente, serão outros.

Hoje, parece que o que há dentro das casas prisionais é mais uma capacitação do que qualquer possibilidade de atingir as finalidades da pena. E, como uma dessas finalidades era a recuperação do delinquente, ele deveria ingressar num ambiente em que pudesse ser recuperado, tal como foi pensado no passado, mas, lamentavelmente, isso já não se vê mais.<sup>230</sup>

É nesse sistema caótico que se aplica uma prisão preventiva sem a determinação de um prazo razoável para a sua duração. É nesse sistema sem recursos e com grandes riscos que se coloca aquele que, juridicamente, ainda está sob o manto da inocência, aplicando-lhe uma prisão de ordem cautelar por tempo indeterminado.

---

<sup>228</sup> BITENCOURT, 2004, p. 154.

<sup>229</sup> BITENCOURT, 2004, p. 154. Numa grande parte do tempo, imperou o entendimento pelos juristas de que o ambiente prisional poderia recuperar uma pessoa, pois a pena de prisão tem suas finalidades.

<sup>230</sup> BITENCOURT, 2004, p. 154.



Como Miranda Coutinho comenta, as prisões no Brasil estão perdidas, são “uma vergonha nacional”, pois amontoam pessoas presas umas sobre as outras. É nessa realidade que são colocados os presos provisórios, presos preventivos, que não deveriam sequer estar encarcerados, por vários motivos, entre eles, a forma eficaz e inconstitucional de antecipação da pena antes do trânsito em julgado.<sup>231</sup>

Associada a uma frenética vontade de encarcerar dos julgadores brasileiros, coaduna-se a vontade de usar o sistema penal para punir “aquele que não presta”. Com a aceleração do tempo e com o avanço da tecnologia, tem-se uma mistura bem danosa tanto para aquele que sofre a coerção quanto para a sociedade que o coloca lá, pois esses, entre outros fatores, corroboram para a falência da pena de prisão.

O homem tem sua origem no tempo, como ensina Prigogine, pois se fosse ele o criador do tempo, haveria um problema a ser considerado importante um desequilíbrio, uma barreira entre o próprio homem e a natureza.<sup>232</sup> O homem depende do tempo e sucumbe ao tempo, sendo o tempo impresso ao homem por meio de uma medida coercitiva de sua liberdade. Assim, ele não tem qualquer condição de controlar o tempo que se impõe com a prisão. Hoje, quando uma pessoa ingressa no sistema prisional, não se tem certeza de que ela saia de lá.<sup>233</sup> A prisão é um ambiente hostil num mundo repleto de incertezas, longe daquele determinismo presente no século XIX, quando tudo estava previsto.

O tempo, como explica Virilio, sofreu alteração com a vinda da televisão, pois, com ela, a vida passou a ser instantânea e interativa, surgindo, a partir dessa tecnologia inovadora, uma nova concepção de “tempo-espaço”.<sup>234</sup> Esta nova concepção é diferente daquela geográfica e topográfica

---

<sup>231</sup> MIRANDA COUTINHO, jun. 2011, p. 4.

<sup>232</sup> PRIGOGINE, 2008, p. 20.

<sup>233</sup> PRIGOGINE, 1996, p. 24.

<sup>234</sup> VIRILIO, 1993, p. 13.

existente antes da tecnologia que reduziu distancias. Logo, o tempo de hoje é um tempo “televisivo”,<sup>235</sup> interativo.

Tudo passa pela tela da televisão, que expressa os acontecimentos em tempo instantâneo. Os eventos não são mais presentes, mas sim, tele-presentes<sup>236</sup> nas palavras do autor, tendo o vídeo uma interatividade.

Virilio ainda explica que essa telepresença, uma telerrealidade, substitui a realidade daquilo que está sendo apresentado, pois é possível ver, em tempo real, a imagem do objeto exposto. Tal imagem é apresentada de forma tão rápida, que substitui a realidade do objeto e dos lugares.<sup>237</sup> Todavia, as prisões ficam alheias a essa realidade em tempo, apresentada pelo avanço da tecnologia, e aquele que está preso sofre com a situação estanque em que permanece o sistema totalmente arcaico, precário, em que impera a lei do mais forte, em que não há possibilidade de movimento.

O homem atual assiste à representação rápida das imagens que são reproduzidas em tempo real, numa velocidade impressionante. E essa forma de expor a realidade é usada de várias maneiras, numa frenética tentativa de apresentar, por meio do vídeo e o mais rápido possível, tudo o que acontece em qualquer parte do mundo, em tempo real. É nessa velocidade que chegam às casas de todas as pessoas informações que as levam a ter entendimento sobre os acontecimentos apresentados, sem que se possa depurar tais imagens, sendo expressamente verificado que as matérias trazem consigo uma carga ideológica daqueles que as expõem para a sociedade.

Este tempo, hoje, é tão veloz que, cada vez mais, recebem-se informações em tempo real que são relativizadas e que sobrepõem umas às outras. Isso, muitas vezes, ocasiona a ideia de instabilidade social principalmente, quando são apresentadas imagens ou notícias que se referem a crimes. Com a tecnologia que se tem, a apresentação rápida das notícias

---

<sup>235</sup> GAUER, 2004, p. 13.

<sup>236</sup> VIRILIO, 1993, p. 18.

<sup>237</sup> VIRILIO, 1993, p. 18.

pode gerar interpretações equivocadas, deixando parecer a todos que o crime está em todos os locais e em todos os tempos, ficando a sociedade com a sensação de insegurança.<sup>238</sup>

Essas imagens e essas informações, apresentadas em tempo real trazem instabilidade, inclusive, para os operadores do direito que veem, quase que em tempo real, cobertura cinematográfica no local do crime e na delegacia, atrás daquele que está sendo acusado ou que foi preso em flagrante, tudo canalizado sem uma depuração técnica.

Quando aquele que está sendo acusado pelo cometimento de um crime é capturado, já começa a ser apresentado para a sociedade pela mídia policial,<sup>239</sup> sendo reconhecido no convívio social, por seus familiares e amigos, já como o culpado pelo ocorrido. Muito antes de sequer haver um processo criminal contra ele, já começa a sofrer com a veiculação de sua imagem nas televisões locais, ou, até, nacionais. Nesse momento, começam a ocorrer alterações nefastas na vida dessa pessoa que está sendo acusada do cometimento de um crime e, como consequência dessa exposição na mídia, a sua vida mudará para sempre. Ela não será mais a mesma após a veiculação de sua imagem na televisão, relacionada a um crime.

Compte – Sponville<sup>240</sup> diz que ninguém será mais o mesmo após banhar-se num rio e nem o rio será mais o mesmo após o decorrer do

---

<sup>238</sup> ROSA E FILHO, 2009, p. 7. “[...] formando um senso comum penal forjado pelos meios de comunicação de massa, através do grande espaço dispensado na divulgação de noticiais relacionadas à criminalidade e ao seu respectivo combate – que, de preferência, deve ser o mais eficiente possível, [...]”.

<sup>239</sup> POZZEBON. In: GAUER, 2008, p. 370. O autor explica que não é com o sacrifício de garantias à pessoa, principalmente na esfera penal, que se resolverão os problemas sociais: também, nem à custa da liberdade da mídia, mas isso não quer dizer que aqueles que cometam abusos não sejam responsabilizados. A mídia apresenta para a sociedade imagens que comprometem aquele que está sendo acusado do cometimento de um delito, sem atentar para cuidados básicos, como a disposição de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, levando aquele que ela apresenta nas telas a sofrer como se fosse já culpado. Também essa punição por possíveis excessos não devolverá aquilo que o acusado perdeu com a vinculação de seu nome e de sua imagem a um determinado evento criminoso.

<sup>240</sup> COMTE-SPONVILLE, 2006, p. 78. “Ninguém nunca se banha duas vezes no mesmo rio, nem no mesmo presente. Ninguém pode *subverter*, em nenhum sentido da palavra, o tempo: ninguém pode detê-lo, ninguém pode aboli-lo, ninguém pode virá-lo ao contrário.” Nesse

tempo.<sup>241</sup> Trazendo-se essa ideia para a temática aqui desenvolvida, pode-se afirmar que o acusado também não será mais o mesmo após o tempo passado e a exposição feita pela mídia. Igualmente, não será mais o mesmo esse acusado que for preso preventivamente, uma vez que ninguém poderá lhe devolver aquilo que tinha antes de receber do Estado a prisão preventiva; não há indenização no mundo que recupere aquele tempo, que dê novamente ao acusado aquilo que ele tinha antes de ser preso, uma vida sem essa desagradável experiência.

Por conta desta instantaneidade, os operadores do direito precisam apresentar uma solução imediata para a sociedade, que recebe, a todo momento, das diversas mídias, imagens de delegacia. Eles devem pressionar o Estado-juiz a avaliar a necessidade da medida antes de usá-la, pois, ao acompanhar as notícias, também nessa instantaneidade, na maioria das vezes, ele emprega a prisão preventiva sem verificar, de forma mais acurada, os seus requisitos para a aplicação.<sup>242</sup>

O instituto da prisão preventiva passa a ser usado como um meio idôneo de finalizar o problema e dar uma resposta imediata<sup>243</sup> à sociedade. Parecendo a linha de produção fordista, do plantão, que decide, então, pela validade da coerção livrando-se daquela pressão criada ao seu redor durante a sua atuação, sai a solução para o problema.

---

sentido, ninguém volta a ser o mesmo após a exposição ao tempo, ainda mais quando essa exposição esta vinculada a um crime cometido.

<sup>241</sup> COMTE-SPONVILLE, 2006, p. 47. “Quando comecei essa comunicação, o presente estava aqui. Ainda está, neste momento em que eu continuo. E estará sempre, quando eu tiver terminado, quando tivermos nos despedido, quando pensarmos em outra coisa [...]. O presente estava lá quando de nosso nascimento. Ele estará lá quando de nossa morte. Ele estará lá, sem a menor interrupção, durante todo o tempo que irá separar esses dois momentos. Ele está aí, sempre aí: ele é o aí do ser”. O tempo não é igual, pois não se é igual hoje ao que se foi ontem, e não se será amanhã igual ao que se foi ontem, pois o tempo sempre é presente e sempre se vive o presente.

<sup>242</sup> POZZEBON. In: GAUER, 2008, p. 371. O autor comenta que os juízes têm admitido as influências que a mídia impõe aos seus julgados em decorrência das campanhas maciças, quando, por exemplo, aparecem julgamentos de *habeas corpus* de presos célebres, como o trabalho no STJ – 5.ª T. – HC 91011/RS – Rel. Min. Jane Silva, j. 12/09/2007.

<sup>243</sup> SANTOS, 2008, p. 12. “Sabemos que a prisão preventiva, frequentemente, é aplicada com a intenção de dar uma rápida e imediata resposta ao crime”.

Para entender-se o tempo no direito e o tempo no processo, precisa-se buscar, na raiz da palavra “percepção”, o seu significado, sendo ele, no sentido mais comum, “o fato de sofrer uma ação e de reagir de maneira adaptada”.<sup>244</sup> Essa definição significa que a percepção é um reagir ao sofrer-se uma determinada ação, ou seja, a percepção é um agir, a pessoa sente a ação e então reage por meio de sua percepção.

Cada um tem uma percepção diferente de tempo, pois se consegue entender a relatividade dos instantes, do tempo, por meio da imaginação e da reação, vinculada esta última a um sentimento de dor e a outro de prazer. O tempo seria, então, relativizado por meio desses sentimentos, ou seja, o tempo objetivo seria prejudicado por tal entendimento, pois um minuto com dor pode ser um eterno tempo para alguém e para outra pessoa não, uma vez que as pessoas reagem de forma diferente às ações sofridas. A explicação do tempo depende de inúmeros fatores, como, por exemplo, o que cada observador sente no momento vivido, nas experiências vividas.

A vida tem um tempo interno a ser alimentado, transmitido de geração a geração, o qual, ao passar do próprio tempo, torna-se cada vez mais complexo.<sup>245</sup> Essa complexidade pode e deve ser expressa pelo próprio tempo e nele, ou pelo entendimento desse tempo interno, percepção de tempo que tem aquele que vê sua liberdade retirada pelo Estado por meio de medida cautelar, levando-o para um sistema carcerário que tem suas características próprias, entre elas, os eu próprio tempo estanque.

O tempo no cárcere é diferente do tempo vivido em sociedade, que é diferente do tempo que o outro vive. Assim, não se pode crer que o tempo da prisão possa ser expresso por meio da ideia de um tempo objetivo. Somente

---

<sup>244</sup> LALANDE, 1996, p. 803. A “percepção” – explica o autor – foi posta de forma diferente, no século XVIII, da “sensação”, sendo interpretada de forma oposta, pois a percepção estava vinculada a um objeto percebido, mas quando se tornava bastante viva a percepção desse objeto sendo acompanhada de dor ou prazer, passava, então, a ser chamada a percepção de “sensação”, diferenciando-se, dessa forma, na época em decorrência da intensidade da observação desse objeto.

<sup>245</sup> PRIGOGINE, 2008, p. 22.

um tempo subjetivo, carregado de sentimentos de tristeza e dor, que se acredita cheio de incertezas e inseguranças é que poderá traduzi-lo.

Outra tentativa classificatória é a de que o processo tem um tempo que é diferente do tempo do cotidiano, bem como diferente do tempo do direito material, que quer fazer valer por meio da estipulação de um tipo penal pelo legislador. Esse o cria, expressando na sua criação o entendimento daquilo que seja considerado ilícito para aquela sociedade complexa em que está inserido, naquele determinado contexto.

Nos ensinamentos de Ost, “O universo só é composto por leis e direitos”<sup>246</sup>, o que dá a entender que não há composição, não há vida sem direito, pois todo o universo é composto por leis e direitos que devem ser respeitados dentro de um tempo que é próprio do processo, um tempo interno que é alimentado.

O tempo do processo diz respeito à necessária atuação do Estado que deve ser um garantidor do acusado,<sup>247</sup> um garantidor do tempo do acusado no processo, um garantidor do tempo máximo e razoável na prisão preventiva, um tempo que seja considerado o suficiente até que não sejam mais existentes os requisitos para a aplicação de tal instituto. Ainda ensina Ost<sup>248</sup> que há a necessidade de se distinguir o tempo da lei e o tempo do processo que é expresso por meio do veredicto, da sentença, em dias, meses ou anos.

Num Estado Constitucional como o Brasil, devem ser respeitados os direitos fundamentais, sendo o grande guardião desses direitos o juiz, com “legitimidade democrática [...]”,<sup>249</sup> a qual deriva da própria Constituição. O juiz

---

<sup>246</sup> OST, 2005, p. 120.

<sup>247</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal e...* 2008, p. 112. O juiz tem uma missão nova no cenário processual dentro do Estado Democrático de Direito, qual seja, a de um juiz constitucional e não político, fundando a sua atuação na proteção dos direitos fundamentais, na “[...] intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.

<sup>248</sup> OST, 2005, pp. 178 e 179.

<sup>249</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal e...* 2008, p. 112. Ver também: ROSA e FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 77 e 97. O juiz não toma a posição de “contraditor” no processo, diz o autor, pois essa posição deve ser exercida pelas

deve garantir o direito à razoável duração do processo, e uma variante desse direito é o direito à prisão preventiva num prazo razoável.

O acusado não pode sucumbir a uma escolha precária do Estado na estipulação do que seja razoável na duração da prisão preventiva.<sup>250</sup> Cabe a análise de sua constitucionalidade quanto à afetação do que seja considerado como tempo razoável de prisão preventiva e quanto ao tempo de duração como sendo razoável.

Como garantia fundamental do acusado, o processo precisa ser dinâmico sem que essa dinâmica prejudique seus direitos. Quando o judiciário tenta agilizar o processo, descuida-se da proteção ao acusado, que é um direito constitucional a ele permitido. A garantia à razoável duração do tempo da prisão preventiva deve ser respeitada. Em que pese ela não esteja positivada, mas atendendo ao princípio da razoabilidade do tempo de duração e do princípio da proporcionalidade, pode-se, de forma extensiva, interpretar a favor do réu que o Estado deve atentar para um prazo coerente da prisão preventiva.

Em decorrência dessa vontade de fazer com que um processo seja célere, tem-se aparência de que não há afronta a direitos fundamentais, mas isso pode não ser verdade, pois, com a aceleração, poderá ocorrer a supressão de algum direito fundamental. Parece que, com um processo célere, não há afronta à razoável duração da prisão cautelar, o que deve receber a interpretação decorrente da razoável duração do processo, porque a prisão

---

partes. O processo tem um lugar e uma função, a saber, o lugar é o espaço democrático pelo qual o processo toma forma pós Constituição, e a função corresponde à prerrogativa de garantir o espaço de diálogo.

<sup>250</sup> NICOLITT, 2010, p. 461. O autor diz que o prazo máximo para a duração da prisão processual não poderia ultrapassar mais de 181 (cento e oitenta e um) dias, mesmo que justificada a sua extrapolação, na forma do §3.º do art. 800 do CPP para processos complexos: já para processos sem complexidade, o prazo máximo da preventiva poderia chegar a 92 (noventa e dois) dias. Discorda-se do autor, porque se entende, como Lopes Jr., que a prisão preventiva é situacional. Logo, o prazo não poderia ser tão estendido, para 92 (noventa e dois) dias, se o processo não fosse complexo, e nem os 181 (cento e oitenta e um) dias seriam razoáveis para os processos complexos. A análise deve ser feita com base nos elementos necessários para a aplicação da medida e, se eles se extinguirem, não há mais motivo para que a medida perdure, ou seja, serão afetados, assim, os princípios das prisões cautelares. Ver nesse sentido: LOPES JR. *O novo regime jurídico da prisão processual...* 2011, pp. 13-28.

tem um caráter de *ultima ratio da ultima ratio*. Por esse entendimento, o processo penal deveria ser a última medida a ser tomada pelo Estado; logo, a prisão preventiva, a última ação da última medida.<sup>251</sup>

No passado tinha-se a aplicação jurisprudencial de um tempo máximo para a duração do processo, sendo 81 (oitenta e um) dias<sup>252</sup> o considerado como razoável para a duração do processo, que também era relativizado e estendido. Com a introdução do critério da razoabilidade na depuração do tempo do processo e com a inexistência de qualificação legal definidora dessa razoabilidade, o critério de 81 (oitenta e um) dias<sup>253</sup> perdeu sua força. Surgiu, então, em substituição, o indiscriminado acolhimento a essa razoabilidade não delimitada em lei.<sup>254</sup> Mas isso deu azo a dano no direito de liberdade das pessoas, havendo inúmeros casos de o processo durar muito mais do que qualquer razoabilidade pudesse permitir.

Também, a mesma doutrina e jurisprudência entendiam a aplicação da teoria dos 81 (oitenta e um) dias na fase pré-processual. Isso quer dizer que, se o indiciado estivesse preso, sendo 15 (quinze) dias o tempo máximo, nesse caso, para a finalização do inquérito policial, esse tempo seria computado e incluído na contagem dos 81 (oitenta e um) dias.<sup>255</sup> Souza explica que cada um dos atos pré-processuais faz parte da composição do tempo máximo de duração de 81 (oitenta e um) dias para a manutenção do indiciado encarcerado cautelarmente e, se o indiciado estiver preso, prazo de quinze dias do inquérito

---

<sup>251</sup> VALENTE, 2011, p. 9.

<sup>252</sup> Disponível em: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acesso em 15 jul. 2016. FRANCO, jul. 2005, pp. 6-7. Para o autor, “[...] Antes da integração do Pacto de San Jose da Costa Rica na legislação processual penal brasileira, adotava-se, em relação ao procedimento ordinário, nos casos em que o acusado tivesse sido submetido a uma medida prisional cautelar, um critério pretoriano que consistia na adição acumulada dos prazos processualmente estabelecidos e que veio a ter no art. 8º da Lei nº 9.034/95, expressão legal extensível, por força do art. 3º do CPP, a todo ordenamento processual”.

<sup>253</sup> SOUZA, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7092/o-razoavel-prazo-de-duracao-da-prisao-cautelar-e-a-jurisprudencia-dos-81-dias>. Acesso em: 15. Jul. 2016. O autor explica que tanto a doutrina como a jurisprudência tinham como norte limitador da prisão cautelar, enquanto houvesse a instrução criminal, o máximo de 81 (oitenta e um) dias.

<sup>254</sup> FRANCO, jul. 2005, pp. 6-7. Disponível em: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acesso em: 15 jul. 2016.

<sup>255</sup> SOUZA, pp. 2-3. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7092/o-razoavel-prazo-de-duracao-da-prisao-cautelar-e-a-jurisprudencia-dos-81-dias>. Acesso em: 15 jul. 2016.



policial poderá ser extrapolado, desde que fundamentados os motivos da prorrogação.<sup>256</sup>

Mesmo antes da criação da razoável duração do processo, antes até da existência do comando legal introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, esse tempo máximo foi relativizado.<sup>257</sup> Na verdade, foi afastada a aplicabilidade da teoria dos 81 (oitenta e um) dias,<sup>258</sup> porque foi introduzida a razoável duração do processo na Constituição. Mas, como a inclusão desse dispositivo ocorreu sem a delimitação de um tempo máximo de duração do processo, esse fica totalmente vago. Sem a delimitação desse prazo e sem a interpretação doutrinária dos 81 (oitenta e um) dias, aquele que sofre coação do Estado sucumbe à indeterminação do tempo com a sua coerção.<sup>259</sup>

Com a verificação de alguns princípios<sup>260</sup> constitucionais, como, por exemplo, a razoabilidade e a proporcionalidade, o aplicador da prisão processual poderá impor a medida sem que ela venha a prejudicar o acusado, obedecendo, assim, a tais princípios. Ocorre que, sem a indicação legislativa de qual deca ser a duração do processo e, também, a duração da prisão preventiva, se o acusado é preso antes da condenação, seu tempo é usurpado, ou pode acontecer, ainda, algo pior: ele receber a coerção e, ao final, verificar-se que não foi o culpado por aquilo que lhe foi imputado como crime.

O processo penal, como aborda Lopes Jr., tem recebido uma leitura que é a mais tradicional no sentido de dizer-se que um dos princípios que o

---

<sup>256</sup> SOUZA, p. 3. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7092/o-razoavel-prazo-de-duracao-da-prisao-cautelar-e-a-jurisprudencia-dos-81-dias>. Acesso em: 15 jul. 2016. Extrapolado o prazo legal de duração do inquérito, surge a coação ilegal indevida.

<sup>257</sup> SOUZA, p. 7. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7092/o-razoavel-prazo-de-duracao-da-prisao-cautelar-e-a-jurisprudencia-dos-81-dias>. Acesso em: 15 jul. 2016. A teoria do tempo de duração da prisão cautelar, no transcorrer da instrução criminal, diz respeito à tentativa de “sistematizar os prazos previstos para a prática de diversos atos praticados durante a instrução criminal, [...]”.

<sup>258</sup> FRANCO, jul. 2005, pp. 6-7. Disponível em: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acesso em 15 jul. 2016.

<sup>259</sup> Messuti, 2003, p. 17. “Para o direito penal, o tempo é a medida de uma pena que se converteu praticamente na pena por excelência: a prisão.” Para a autora, o tempo é a própria pena imposta ao réu, explicação que se adapta para dizer que o acusado que está sofrendo a prisão preventiva já está, então, percebendo a aplicação da pena por meio da prisão, de forma antecipada, mesmo antes de sentença penal condenatória.

<sup>260</sup> SAAVEDRA, 2011/02, p. 17. Os princípios “comportam deveres de otimização aplicáveis em vários graus, [...]” e, para serem aplicáveis, dependem de ponderações. Já são aplicadas diretamente, como única possibilidade.

guia é a imediatidade.<sup>261</sup> E, como, para o vernáculo pátrio, imediato é aquilo que é instantâneo, seguindo-se tal princípio, a aplicação do processo será de forma instantânea. Essa instantaneidade deve acontecer “[...] independente de ser benéfica ou prejudicial ao réu [...]”,<sup>262</sup> sendo, então, aplicada a lei processual penal a partir de sua criação, sem que se questione se ela é mais dura ao réu.

Para a atual compreensão do processo penal à luz da Constituição, não se pode considerar essa imediatidade, caso ela venha a prejudicar o réu. É preciso discernir qual é a interpretação mais benéfica daquela lei que poderá favorecer o réu: ou a imediatidade do processo ou a da prisão processual que beneficie o acusado. Cabe ainda reforçar que a interpretação e os preceitos legais da aplicação da lei processual penal devem surgir sempre de uma análise “a partir da Constituição”.<sup>263</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar as nuances do processo penal quanto à razoável duração da prisão cautelar, com ênfase na prisão preventiva, considerando-a uma possível variante da razoável duração do processo, como estipulado na Constituição, em seu artigo 5.º, inciso LXXVIII. A abordagem ocorreu no sentido de aproximar a necessidade de se definir um tempo razoável para a duração da prisão preventiva da importância de se determinar um prazo máximo para a duração do processo penal.

Discorreu-se sobre a evolução da modernidade até os dias mais próximos, a partir da concepção do que se conhece ou do que se entende como moderno. Após, procurou-se relacionar a industrialização e o aumento da tecnologia com essa modernidade, chegando-se à crise do conhecimento científico baseado na razão.

---

<sup>261</sup> MORETTO, 2005, p. 30. O uso das teleconferências constitui uma forma de imediatidade.

<sup>262</sup> LOPES JR. *Direito Processual Penal e...* 2008, p. 201.

<sup>263</sup> DIAS, 2004, pp. 74-5. Ver também: ROSA E SILVEIRA FILHO, 2009, p. 56. O autor ensina que, com a Carta cidadã de 1988, o Estado passou de um Estado de Polícia para um Estado Democrático, pois ela promoveu a colocação do indivíduo, do cidadão, em primeiro lugar frente ao Estado punitivo.

Nessa abordagem, percebeu-se que houve alterações que afetaram, também, a concepção de tempo e espaço, contribuindo para uma ânsia de imediatidade dos acontecimentos, ou seja, trazendo uma aceleração. Hoje, tem-se uma sensação de que tudo acontece em tempo real, independente de tempo e distância, com profundos reflexos na percepção de tempo.

Vive-se, portanto, na era dos acontecimentos conhecidos em tempo real, independente do local onde se está, tudo é transmitido de imediato, em decorrência da tecnologia. É a telepresença dos dias atuais colocando por terra alguns paradigmas da modernidade, como, por exemplo, o de que ninguém pode estar ao mesmo tempo em dois locais diferentes. Não é o que se percebe com o advento da tecnologia, com a telepresença, com a interatividade, com a virtualização: hoje é possível, sim, estar em vários lugares ao mesmo tempo. Pode-se estar num local, atendendo ao telefone e, ao mesmo tempo, conversar por algum sistema de mensagens com alguém que esteja no outro lado do mundo.

O tempo do relógio não é mais como antes, as horas de hoje não são as mesmas horas de ontem. O tempo está em constante mudança. Não se pode conceber que o tempo do relógio seja igual para todos e desconsiderar que cada pessoa tenha as suas experiências de vida.

A prisão é aplicada com base no tempo objetivo, no tempo do relógio. Se houver uma condenação, a prisão será arbitrada num tempo em anos que será convertido em dias e horas para aquele que está preso. O estado tem uma interpretação baseada na aplicação do tempo do calendário em dia, de um tempo objetivo nesse caótico estado de incertezas em que se vive.

O custodiado fica, então, esperando o tempo passar, até que consiga cumprir toda a sua pena. Fica preso, sem conseguir se locomover, contando os dias de forma metódica, cartesiana, até que sua pena seja cumprida, quando não será mais o mesmo e nem a sociedade em que vive será a mesma.

É uma situação difícil para aquele que recebeu a pena por meio de um método de aplicação cartesiano, um método de aplicação anterior à apuração do delito – processo penal – também cartesiano. Trata-se de um ato no tempo, pois é sistemático e depende de uma série de acontecimentos que estão vinculados ao tempo. Isso é o que acontece com quem está sendo processado e sofre uma coerção temporal de sua liberdade.

O Estado utiliza da prisão preventiva como meio de coerção antes do processo, ou antes do final do processo, partindo de uma lógica de que o tempo da prisão preventiva e nem do processo não precisam ser estipulados, deixando o julgador decidir sobre o que seja razoável para a aplicação da medida. Os operadores jurídicos não estão levando em conta o avanço tecnológico, ou as alterações decorrentes de tal avanço.

Há uma evidente inversão temporal, pelo fato de que, o estado decide sobre quanto tempo uma pessoa pode ficar presa antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, com o uso da prisão na forma preventiva, até que seja apurada a devida culpa. O estado pune antes de apurar a responsabilidade do acusado.

Ocorre que o Estado esquece aquele cuja liberdade ele restringiu, fazendo-o passar longo tempo preso sem ter condenação, antecipando, assim, a possível pena de prisão; ou seja, em pleno estado de inocência, uma pessoa pode ficar presa por tempo indeterminado, até que o Estado-juiz seja levado a avaliar se aquela coerção é ilegal, ou não, por excesso de prazo.

Portanto, fica demonstrado a inconstitucionalidade da prisão preventiva, pelo fato de acarretar um prazo excessivo, pois, da forma que é aplicada, atinge os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Fica caracterizada a grande desproporcionalidade na aplicação da prisão, no momento em que, o custodiado sofre muito tempo preso sem a demonstração de sua culpa.

Percebe-se em alguns casos, o tempo excessivo da prisão preventiva, mesmo estando em estado de inocência. Em muitos casos, a prisão é aplicada de uma forma que, a sua essência seja uma execução antecipada da pena, deixando para trás, qualquer tipo de razoabilidade. Muitas vezes, o custodiado permanece mais tempo em regime fechado cumprindo a prisão cautelar, do que, ficaria preso em regime mais gravoso previsto na lei penal, no caso de uma futura condenação. Caso ocorra uma futura condenação com trânsito e julgado, o regime para o cumprimento da pena poderá não ser o fechado, poderá ser o aberto ou semiaberto, ou, ainda, a pena carcerária, se ela for substituída por sanções restritivas de direitos. Fica evidente o grande prejuízo que a medida acarreta, bem como a sua vinculação ao tempo de duração do processo penal.

As pessoas que forem julgadas, ainda teriam o direito a progressão de regime, o direito a saídas temporárias, o direito a serem anistiadas, a receberem o indulto, etc. O preso preventivo no Brasil, em tese, acaba encarcerado em regime equivalente ao fechado, sem nenhum direito garantido, os quais somente lhe serão oferecidos na fase de execução.

A prisão preventiva, que deveria ser aplicada no processo penal como exceção, é aplicada de uma forma contrária. Existe uma falta de critério na aplicação da prisão preventiva e na sua duração, como na sua necessidade de manutenção, que é trazida pela Lei n.º 12.403/2011.

Hoje, não existe muito critério em relação a prisão preventiva. O preso preventivo fica junto com o preso definitivo, não existe uma separação. Aquele que deveria estar amparado pelo estado de inocência, fica preso, sem nenhum direito assegurado. Sem direito à progressão de regime, sem direito a todas as regras da Lei de Execuções Penais.

Durante este trabalho, o objetivo foi apontar uma diretriz para diminuir a irrazoabilidade na duração da prisão preventiva, estipular algum parâmetro máximo para a sua duração e a (re)análise da sua manutenção pelo juiz aplicador dessa medida. Foi demonstrado a forma inconstitucional que vem

sendo aplicado essa medida e sua irrazoabilidade, obrigando a reflexão para a necessidade de ser estipulado um tempo máximo para a sua duração.

Com este trabalho, teve-se a pretensão de quantificar o tempo que é, ou deveria ser considerado como razoável para a duração da prisão preventiva. Propõe-se um tempo, em número de dias, para que ocorra a (re)análise, sob pena de essa prisão preventiva ser relaxada. Pode-se dizer que os prazos de duração da prisão preventiva, apurados por meio da jurisprudência, têm ainda apresentado contornos de irrazoabilidade. O judiciário, quando impõe a alguém ficar preso preventivamente, por longos anos, foge do bom senso. Assim, conforme o que se viu, a prisão preventiva é vinculada a uma situação específica e, se essa situação não persistir, ela também deveria extinguir-se. A prisão preventiva, portanto, tem um caráter precário, momentâneo, de acautelamento processual.

Reiteradas vezes, ao longo desse trabalho, defendeu-se que o excesso de prazo para a prisão preventiva causa diversos prejuízos ao acusado, pois são visíveis os danos que a prisão acarreta, principalmente, a uma pessoa que ainda não foi sentenciada e está esperando a resposta do Estado. Da mesma forma, terceram-se comentários sobre outra situação lesiva ao acusado: as condições das prisões brasileiras que se assemelham às das grandes masmorras medievais. Também, o fato de o acusado estar preso, limitado espacialmente, leva-o à redução da sua mobilidade de reação e à possibilidade de ter uma ampla defesa.

Como abordado, há um excesso de prazo no emprego das prisões preventivas, sendo a sua própria aplicação um excesso, pois ela é utilizada no intuito de primeiro, encarcerar o acusado para, depois, decidir sobre o que pode ser feito no processo para julgar aquele que está sob suspeita. É a prisão preventiva que hoje afronta os direitos fundamentais da forma mais grosseira. Por meio de sua utilização, o Estado desrespeita o direito à liberdade, o direito à presunção de inocência, o direito ao prazo razoável no processo penal, o direito ao devido processo legal e o direito de não ser preso senão por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Mesmo assim, entende-se pela proposição de um tempo máximo para a (re)análise da necessidade da prisão preventiva de até 60 (sessenta) dias, ou seja, o juízo deverá reexaminar a manutenção da coerção preventiva, no máximo, até 60 (sessenta) dias após a data em que ocorreu a determinação da prisão preventiva e, ao final desse prazo, justificar, fundamentadamente, atento à complexidade de cada processo, a necessidade de prorrogação dessa medida excepcional privativa de liberdade, ou das medidas alternativas à prisão, diferente do que fora proposto, de maneira irrazoável, no artigo 559, § 2.º do PL 8.045/2010, tomando por base o tempo para o reexame proposto no artigo 562 do aludido projeto de lei.

Concluindo, pelo fato da triste realidade dos estabelecimentos carcerários que encontramos no Brasil, a proposta que se faz, é no sentido de estabelecer um prazo menor do que o proposto no PL 8.045/2010, que o tempo para a realização do reexame obrigatório seria após os 90 (noventa) dias de encarceramento preventivo.

Hoje no Brasil, existe mais de 162 (cento e sessenta e dois mil) presos provisórios. Esse grande número, é fruto de uma irracionalidade do tempo de duração da prisão preventiva. Em regra, o Estado mantém o réu preso de forma preventiva até o Tribunal se manifestar sobre a sua total ilegalidade da demora na produção da culpa. As garantias que são previstas na Constituição devem ser postas em prática.

## REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Garantia da ordem pública e violação ao princípio da proporcionalidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Boletim IBCCRIM, ano 18, n. 217, dez. 2010.

ARAÚJO, FÁBIO ROQUE DA SILVA, **A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 46, pp. 78-86, jul./set. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. Ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009.

BACELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 5.<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

BARBOSA, Aldeleine Melhor. **Proporcionalidade no direito penal e processual penal: da teoria à prática**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Boletim IBCCRIM, ano 18, n. 217, dez. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martineli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno. V. I. Séculos XVII e XVIII**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Revisão e Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1977.

BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. Ed. Coleção Obra-Prima de cada autor. 8.<sup>a</sup> impressão. São Paulo: Martin Claret. 2009, p. 27.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência de pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados Federais do Brasil. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Projeto de Lei Câmara dos Deputados Federais n.º 8.045 de 2010. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Disponível

em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 15 jan. 2016



Ministério da Justiça. Execução Penal. Sistema Prisional. **População carcerária sintético**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Senado Federal do Brasil. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Projeto de Lei Senado Federal n.º 156 de 2009. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/material/consulta.asp>. Acesso em: 25 out. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 95.009-4/SP. Brasília, DF. **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 11 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009pet.pdf>. Acesso em 28 fev. 2016.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A prisão temporária e a justiça federal. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 46, pp. 78-86, jul./set. 2009.

CARVALHO, José Maurício de. **História da Filosofia e tradições culturais: um diálogo com Joaquim de Carvalho**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

CARVALHO, Salo de. **A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)**. In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). A qualidade do tempo: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **A Capitalização do Tempo Social na Prisão: a remissão no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCRUM, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto San Jose da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/doc/>. Acesso em: 29 fev. 2016.

CRISTO, Alessandro. Mutirões CNJ libertam um quinto dos presos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 de setembro de 2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-set-05/multiroes-cnj-libertam-um-terco-presos-processo-analisado](http://www.conjur.com.br/2009-set-05/multiroes-cnj-libertam-um-terco-presos-processo-analisado). Acesso em: 10 mar. 2016.

DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão, e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: LEPM, 2009.

GOMES, Luiz Flávio, **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San Jose da Costa Rica**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 6. Ed. red. E atual. São Paulo: Rideel, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais**. Boletim IBCCRIM, ano 19, n. 223, jun. 2011.

LOPES JR., Aury. **Breve considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)**. Boletim IBCCRIM, ano 18, edição especial, ago. 2010.

LOPES JR., Aury, **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. Ed. rev, e atual. conforme as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.714/08. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo no Prazo Razoável**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006.

MARTZENBACHER, Alexandre. **Em busca do equilíbrio: as (im)possibilidades de efetividade da garantia do processo penal no prazo razoável**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MESSUTI, Ana. **O tempo como Pena**. Tradução de Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 153. Ago. 2005.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição**: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

POZZEBON, **O nascimento do Tempo**. Tradução de Marcelina Amaral. Lisboa: Edições 70, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **O razoável prazo de duração da prisão cautelar e a jurisprudência dos 81 dias**. Disponível em: [www.jus.com.br/texto/7092/o-razoavel-prazo-de-duracao-da-prisao-cautelar-e-a-jurisprundeica-dos-81-dias](http://www.jus.com.br/texto/7092/o-razoavel-prazo-de-duracao-da-prisao-cautelar-e-a-jurisprundeica-dos-81-dias). Acesso em: 08 jun. 2016.