

A INDETERMINAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA VIA ABERTA PARA O ARBÍTRIO NO PROCESSO PENAL

THE INDETERMINACY OF THE MAXIMUM TERM OF PRE-TRIAL DETENTION: AN OPEN ROAD TO ARBITRARINESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

LA INDETERMINACIÓN DE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: UNA VÍA ABIERTA A LA ARBITRARIEDAD EN EL PROCESO PENAL

Pedro Postal¹
Felipe Lazzari da Silveira²

RESUMO

O presente artigo problematiza a ausência de um prazo legal determinado para a duração da prisão preventiva no Brasil e suas imbricações com o arbítrio no processo penal. Elaborado através de pesquisa bibliográfica sobre o tema, e de uma análise histórica e contemporânea da estrutura legal do processo penal brasileiro, bem como da racionalidade inquisitória e da cultura punitivista que predominam no campo processual, o trabalho tem como objetivo demonstrar que a omissão legal em relação ao prazo de duração da prisão preventiva possibilita a concretização do arbítrio no campo processual e, por conseguinte, a ocorrência de violações de direitos fundamentais. Por meio de consultas aos diplomas estrangeiros, o artigo também apresenta uma análise comparativa com a legislação brasileira, demonstrando que o estabelecimento de um prazo adequado para a prisão processual é viável. Para corroborar a hipótese de que a ausência de um prazo máximo definido para a duração da prisão preventiva é uma via aberta para o arbítrio, o artigo apresenta em seus tópicos, respectivamente, alguns apontamentos importantes sobre a prisão preventiva; uma problematização sobre as peculiaridades da processualística penal brasileira; uma análise sobre a omissão legal em relação ao prazo de duração da prisão preventiva; e um cotejo da legislação internacional, indicando que a fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva é possível e

¹ Mestrando em Política Social e Direitos Humanos na UCPEL; Advogado.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Professor do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da UCPEL; Advogado.

urgente, tendo em vista que tal medida pode obstar o arbítrio e violações de direitos.

Palavras-chave: Processo Penal; Prisão Preventiva; Prazo; Autoritarismo.

ABSTRACT

This article problematizes the absence of a legal deadline for pre-trial detention in Brazil and its imbrications with arbitrariness in criminal proceedings. Prepared through bibliographical research on the subject, and a historical and contemporary analysis of the legal structure of the Brazilian criminal process, as well as the inquisitorial rationality and punitivist culture that predominate in the procedural field, the work aims to demonstrate that the legal omission in relation to the length of pre-trial detention makes it possible for arbitrariness to materialize in the procedural field and, consequently, for violations of fundamental rights to occur. By consulting foreign legislation, the article also presents a comparative analysis with Brazilian legislation, demonstrating that establishing an appropriate time limit for pre-trial detention is feasible. In order to corroborate the hypothesis that the absence of a defined maximum term for pre-trial detention is an open door to discretion, the article presents, respectively, some important points about pre-trial detention; a problematization of the peculiarities of Brazilian criminal procedure; an analysis of the legal omission in relation to the length of pre-trial detention; and a comparison of international legislation, indicating that setting a maximum time limit for pre-trial detention is possible and urgent, given that such a measure can prevent arbitrariness and violations of rights.

Keywords: Criminal Procedure; Preventive Detention; Term; Authoritarianism.

RESUMEN

Este artículo problematiza la ausencia de un plazo legal fijo para la prisión preventiva en Brasil y sus imbricaciones con la arbitrariedad en el proceso penal. Elaborado a partir de investigaciones bibliográficas sobre el tema y de un análisis histórico y contemporáneo de la estructura jurídica del proceso penal brasileño, así como de la racionalidad inquisitorial y de la cultura punitiva que predominan en el campo procesal, el trabajo pretende demostrar que la omisión legal en relación a la duración de la prisión preventiva posibilita la realización de arbitrariedades en el campo procesal y, consecuentemente, la ocurrencia de violaciones de derechos fundamentales. Consultando legislaciones extranjeras, el artículo también presenta un análisis comparativo con la legislación brasileña, demostrando que el establecimiento de un plazo adecuado para la prisión preventiva es viable. Para corroborar la hipótesis de que la ausencia de un plazo máximo definido para la prisión preventiva es una puerta abierta a la discrecionalidad, el artículo presenta, respectivamente, algunos puntos importantes sobre la prisión preventiva; una problematización

de las peculiaridades del proceso penal brasileño; un análisis de la omisión legal en relación a la duración de la prisión preventiva; y una comparación de la legislación internacional, indicando que el establecimiento de un plazo máximo para la prisión preventiva es posible y urgente, dado que tal medida puede evitar arbitrariedades y violaciones de derechos.

Palabras clave: Procedimiento Penal; Detención Preventiva; Plazo; Autoritarismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo problematizar a ausência de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva e as imbricações dessa omissão legal com o arbítrio no processo penal. De início, cumpre esclarecer que este esforço teórico não tem a pretensão de esgotar o tema ou indicar um prazo definitivo, uma vez que a fixação desse prazo demanda discussões mais profundas que considerem os pormenores da estrutura processual vigente, dos prazos de outros atos processuais e até mesmo das questões organizacionais que envolvem o Poder Judiciário, o que seria inviável diante do formato do presente trabalho. No entanto, considerando que essa lacuna viabiliza o arbítrio e situações caracterizadas por graves violações de direitos humanos (Silveira; Castilhos, 2016), entendemos que a problematização proposta no trabalho se justifica pelo seu potencial de fomentar a discussão e de fornecer subsídios para novos estudos sobre o tema.

Para tanto, para além das peculiaridades do exercício do poder punitivo estatal, faz-se indispensável analisar os meandros da cultura punitivista arraigada no Sistema de Justiça Criminal (e na sociedade brasileira) de modo a esclarecer a relação desses fatores com o cenário de indefinição em relação ao prazo da prisão preventiva. Não se deve esquecer que a espetacularização dos delitos pelos meios de comunicação e a criação de estereótipos enquadrados na figura do “inimigo público”, dinâmicas que engendram insegurança, desejo por vingança e expectativas pela punição massiva dos “indesejáveis” (Budó, 2013), refletem sobremaneira no âmbito da prisão preventiva que, por ter a imediatidade como característica, acaba sendo percebida pelo senso comum

como uma solução para o problema da criminalidade. Curial reconhecer que, em uma conjuntura autoritária marcada pela banalização do encarceramento provisório, a ausência de preocupações mais contundentes com o prazo de duração da segregação cautelar, apesar de lamentável, é bastante coerente.

Essencial gizar que o quadro brasileiro torna-se mais favorável ao arbítrio, o qual é muito bem representado pela relativização do excesso de prazo na prisão preventiva, em decorrência do próprio modelo processual penal brasileiro. É o modelo de processo autoritário estabelecido pelo Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, considerado por Miranda Coutinho (2018) uma “copia mal feita” do *Codice Rocco*, isto é, do Código de Processo Penal do Regime Fascista de Mussolini, que viabiliza a materialização da cultura punitivista na prática forense. A habilidade dos juristas alinhados ao tecnicismo jurídico e ao fascismo, especialmente de Vincenzo Manzini, em rearranjar os paradigmas inquisitórios maquiando-os sob os paradigmas da tradição jurídica liberal, obviamente que despidos de substancialidade, permitiu a criação de um modelo de processo penal nefasto, cuja operacionalidade ainda vigora no Brasil.

O plano prático autoriza a inferir que a duração razoável da prisão preventiva é compreendida de modo demasiado subjetivo, tendo em vista que as decisões sobre o tema, tanto as que relativizam o excesso de prazo da segregação quanto as que reconhecem a ilegalidade nesses casos, são construídas através de valorações axiológicas, ou seja, de juízos de valor que não encontram guarida na lei e na teoria das medidas cautelares, e que seguidamente são fundamentadas simplesmente em retóricas que cotejam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de modo equivocada, contrárias ao prisma constitucional. Reside aí o potencial da orientação tecnicista-fascista (que predomina no campo), cuja matriz é inquisitorial: viabilizar o autoritarismo processual encapsulado em uma roupagem garantista.

Exposta a problemática, fundamental destacar que a hipótese que norteou o presente artigo, elaborado através de pesquisa bibliográfica e documental, é a de que a ausência de definição legal quanto ao prazo máximo

de duração da prisão preventiva viabiliza o arbítrio no processo penal e, por consequência, graves violações de direitos fundamentais.

Tencionando proporcionar ao leitor a melhor compreensão de seu conteúdo, o artigo foi estruturado em tópicos que apresentam, respectivamente, alguns apontamentos importantes sobre a prisão preventiva; uma problematização sobre as peculiaridades da processualística penal brasileira; uma análise sobre a omissão legal em relação ao prazo de duração da prisão preventiva; e um cotejo da legislação internacional, indicando que a fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva é possível e urgente, tendo em vista que tal medida pode obstar o arbítrio e violações de direitos.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

Por ser decretada sempre antes da sentença definitiva, a prisão preventiva, na realidade, consiste no aprisionamento de uma pessoa inocente. Por isso, a medida sempre estará em tensão com o Princípio da Presunção de Inocência³. As medidas cautelares, voltadas à proteção do processo e de seu curso regular, podem, em circunstâncias excepcionais, resultar na restrição da liberdade de um indivíduo, mesmo que ainda não tenha sido condenado definitivamente por uma sentença penal transitada em julgado. Este equilíbrio entre a tutela processual e a proteção dos direitos individuais denota a complexidade do tema e a dificuldade de se tutelar a liberdade do imputado, conforme preconiza o prisma democrático.

A prisão antes que uma sentença penal condenatória tenha transitado em julgado é considerada a "*ultima ratio*" do sistema de medidas cautelares (Giacomolli, 2013; Lopes Jr., 2021). Esse termo indica que essa medida deve

³ Art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)".

ser a última opção a ser considerada. Essa abordagem está alinhada com a estrutura de um Estado Democrático de Direito, onde a ordem jurídica é fundamentada no respeito à dignidade da pessoa humana⁴ e na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Ao examinarmos a Constituição, mais especificamente o artigo 5º, inciso LVIII, podemos perceber a natureza excepcional da prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. De acordo com Nereu José Giacomolli (2016, p. 421), essa abordagem vai além da concepção medieval que via a prisão como uma obrigação, indicando que o aprisionamento antecipado não deve ser tratado como uma antecipação da tutela penal material. Seguindo o raciocínio do jurista, a decisão de decretar a prisão preventiva antes de buscar outras alternativas para assegurar o deslinde do feito consagra a prisão como a primeira opção, o que vai contra as disposições de tratados internacionais, da Constituição Federal e das leis ordinárias.

Na tentativa de melhorar esse cenário, o sistema de medidas cautelares no Brasil passou por adaptações para alinhar-se aos padrões internacionais, redefinindo a prisão processual como uma opção extremamente excepcional. A sua admissibilidade ocorre somente quando não há alternativas viáveis de medidas cautelares, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal. Destacam-se as alterações no artigo 282, §3º e §6º⁵, que ressaltam a

⁴ Art. 1º da Constituição da República de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; (...)”.

⁵ Art. 282 do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional; (...) §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por

necessidade de respeitar o contraditório ao impor medidas cautelares, com exceções em casos de urgência ou risco de ineficácia, exigindo justificativa expressa. Adicionalmente, fica evidente que a prisão preventiva só deve ser aplicada se não houver substituição por outra medida menos prejudicial. Essas mudanças buscam estabelecer um sistema mais alinhado aos padrões internacionais, priorizando restrições à liberdade somente quando estritamente necessário.

Porém, no Brasil, nos deparamos com uma realidade diferente, visto que a prisão preventiva parece ser a regra e não exceção, já que é decretada de modo vulgarizado (Vasconcellos, 2015).

Para compreender melhor o objetivo deste trabalho, é crucial examinar os dados fornecidos pelo SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional) entre julho e dezembro de 2020. Nesse período, mais de 650 mil pessoas estavam detidas em prisões superlotadas e insalubres. Além disso, mais de 30% desse total eram presos provisórios. Em 2023, esse quantum foi reduzido para 27,96%, no entanto, em um regime democrático, esse índice ainda deve ser considerado elevado. Esses números destacam a magnitude do problema enfrentado pelo sistema prisional, fornecendo uma visão abrangente do contexto que este trabalho busca abordar (DEPEN, 2023).

O cenário carcerário atual no país é preocupante, com um aumento constante no número de pessoas presas provisoriamente. Isso está relacionado, em grande parte, ao modo como a prisão preventiva é regulamentada e à cultura jurídico-penal que influencia a interpretação dessa medida por muitos juízes.

Ao analisar o fenômeno do aprisionamento cautelar em nosso continente, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 109) ponderou que, uma vez posto em marcha essa prática punitiva, “todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos”.

outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”. (Brasil, 1941).

As prisões, historicamente, cumprem a função de administrar a miséria, de conter ou neutralizar os indivíduos excluídos e/ou inadaptados ao modo de vida imposto pela sociedade de mercado (De Giorgi, 2006; Wacquant, 2011; Aniyar de Castro; Codino, 2017; Zaffaroni, 2022). Neste sentido, levando-se em consideração que a grande parte da massa carcerária é formada pelas classes menos favorecidas, a ausência de políticas públicas sociais pode despertar a ação repressiva estatal por meio do encarceramento preventivo sob pretexto do abalo à ordem pública. Ao contrário do que é dito pelos setores punitivistas, o processual penal não tem como finalidade assegurar a segurança pública. Na democracia, o processo penal deve viabilizar a tutela da liberdade do cidadão acusado, isto é, evitar que inocentes sejam submetidos às medidas constritivas ou condenados injustamente (Lopes Jr., 2020).

Para melhor compreender como deve se dar o manejo da prisão preventiva, especialmente as hipóteses de decretação ou não do instituto, é relevante cotejar o exposto nos dispositivos legais pertinentes. Nos termos do artigo 311 do CPPB, a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, quando houver necessidade. Já o artigo 312 do mesmo diploma legal dispõe sobre os requisitos autorizadores da prisão preventiva, isto é, sobre o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Em resumo, esse dispositivo preconiza que a prisão preventiva poderá ser decretada somente quando restarem demonstrados nos autos os indícios suficientes de autoria e o perigo que a liberdade do imputado representa para o processo.

Não obstante, após a introdução do parágrafo 6º, do artigo 282, a qual deveria efetivar a ideia de que a prisão preventiva é uma medida excepcionalíssima, na prática, pouca coisa mudou, e o instituto segue sendo usada de forma desmedida de modo a produzir graves violações de direitos fundamentais, principalmente da presunção de inocência.

Importante lembrar que, mesmo sendo um dos princípios basilares do direito democrático, a presunção de inocência não é absoluta. A consagração deste princípio não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias. No entanto, sua supressão em um caso específico demanda o

respeito às regras estabelecidas pelo sistema de medidas cautelares (Moraes, 2010).

Considerando a quantidade de prisões preventivas decretadas no país, bem como as pesquisas que escancaram os motivos e fundamentos utilizados para justificar as constrições, decretadas na maioria das vezes com base na Garantia da Ordem Pública, que é um fundamento problemático por sua vagueza semântica e abertura (Câmara, 2011; Choukr, 2011; Prado, 2011), e que serve como uma via aberta ao autoritarismo processual (Chaves, 2020), é possível deduzir que o princípio/garantia da presunção de inocência é pouco respeitado.

Diante das ponderações apresentadas, torna-se evidente que os limites impostos pela legislação revelam-se insuficientes para conter potenciais abusos na aplicação da prisão preventiva. As distorções, provenientes tanto da estrutura normativa quanto da arraigada cultura processual autoritária, extrapolam o escopo jurídico, emergindo de uma realidade mais abrangente e intrincada. Nesse contexto, a prisão preventiva encontra-se vulnerável à influência do autoritarismo que permeia o sistema penal. Portanto, urge a necessidade de revisitar e aprimorar as bases legais e processuais, visando assegurar uma aplicação mais equitativa e justa da prisão preventiva, em consonância com os princípios fundamentais de um Estado de Direito.

3 RACIONALIDADE INQUISITÓRIA E CULTURA PUNITIVISTA: PECULIARIDADES DA PROCESSUALÍSTICA PENAL BRASILEIRA

O sistema de justiça criminal brasileiro, assim como os sistemas de justiça dos outros países ocidentais, historicamente, sempre teve o autoritarismo em sua essência (Paliero, 2011). Importa-nos, porém, utilizando como recorte o campo processual penal, identificar os meandros do autoritarismo e de seus impactos na cultura punitiva do período do Estado Novo em diante, uma vez que foi naquela quadra histórica, especificamente diante da introjeção da processualística penal tecnicista-fascista, que o

punitivismo brasileiro adquiriu características e assumiu muitas das premissas que lhe servem de sustentáculo no contexto hodierno.

Conforme já mencionamos, uma das principais inspirações do nosso Código de Processo Penal foi o Código de Processo Penal Italiano de 1931, o *Codice Rocco*, elaborado em pleno regime fascista e estruturado, originariamente, sobre as bases do sistema inquisitório (Gloeckner, 2018; Silveira, 2021). A partir da escolha e da aceitação desse modelo processual (que segue vigente), já se pode perceber a tendência político-criminal que perdura até hoje, a qual muitos estudiosos consideram uma tradição de resolver conflitos sociais por meio da violência do sistema penal (Misse, 2023).

A racionalidade autoritária (relacionada ao funcionamento do Estado e também do processo penal) que retumba no contexto hodierno foi engendrada a partir das ideias de pensadores como Oliveira Vianna, Azevedo Amaral, Alberto Torres e Francisco Campos, que na virada para o século XX, exerceram grande influência no meio político, acadêmico e na imprensa. Importante consignar que, o pensamento autoritário brasileiro não foi cunhado e difundido às escondidas, sorrateiramente, mas às claras, através de livros, colunas de jornais, conferências, etc., diante dos olhos da sociedade brasileira, que sempre demonstrou simpatia pelos valores ali construídos (Silveira, 2021).

Na obra “O Estado Nacional”, Francisco Campos (1940, p. 128) sustentou que o já concluído projeto de Código de Processo Penal resultava de um imperativo da Constituição de 1937, existente na de 1934, porém não realizado. Segundo ele, impunha-se o afeiçoamento do processo penal “ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do Estado”, pois as leis então vigentes de processo penal asseguravam aos réus, ainda que presos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, “um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade”.

Por sua forte inspiração fascista, o primeiro conceito afetado pelo coroamento das categorias juspublicísticas foi o de ação penal, que, logo, representará conceitos da escola italiana, frisa-se o objeto do delito reconstruído (por Arturo Rocco), justifica-se a existência de um direito subjetivo

de punir (o *jus puniendi*) a ação seria compreendida como um mecanismo de atuação do direito material. Através deste “direito subjetivo”, o processo penal passa a ser interpretado como um conflito entre dois interesses: o direito à liberdade do indivíduo e o direito do Estado a punir o violador da norma. Operados em solo especialmente italiano (e igualmente no alemão), a consequência do crime não é a pena, mas o direito subjetivo de punir, que por sua vez, como escreveu Arturo Rocco, estava baseado em um direito de obediência do súdito ao Estado. E, como sabido, uma das ideias norteadoras para a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 era dar maior eficácia ao direito penal, o que implicaria em um processo que fosse uma resposta da defesa social, conduzindo a construção de uma pretensão punitiva, ou “exigência punitiva” (Gloeckner, 2018, p. 368-373).

Seguindo as noções do professor Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018, p. 399), a natureza da prisão em flagrante, na estrutura original do código de processo penal era a de uma “punição antecipada”, levando-se em consideração, a estreita limitação dos casos de cabimento da liberdade provisória. Portanto, a ampliação da prisão em flagrante, na estrutura do código de processo penal de 1941 era consentânea com a mesma expansão vislumbrada na Itália. Desta maneira, o código não apenas ampliou os casos de cabimento das prisões, como limitou as hipóteses de concessão da liberdade provisória.

Sob a ótica do tecnicismo jurídico de Vincenzo Manzini (jurista italiano que elaborou o *Codice Rocco* e inspirou sobremaneira o *mainstream* jurídico processual-penal tupiniquim), a natureza jurídica da prisão preventiva assumia um tríplice aspecto: “como medida de segurança, para evitar que o acusado torne a delinquir e assegurá-lo de possíveis vinditas do ofendido ou de seus parentes”. A afirmação de que a prisão preventiva poderia assumir as feições de uma medida de segurança expõe esta dimensão do tecnicismo brasileiro consolidado na doutrina italiana (Gloeckner, 2018, p. 403-405). Portanto, a prisão preventiva não se resumia a uma categoria exclusivamente processual, pois tinha sua utilização baseada pela vida pregressa ou pela periculosidade do acusado.

Anos se passaram, uma nova Constituição foi elaborada. Muito pouco se evoluiu na direção de diminuir ou neutralizar esta pretensão punitiva avassaladora assegurada pela estrutura legal e enraizada em nossa cultura processual.

Pode-se destacar que o exercício do poder punitivo praticado no Brasil tem como característica o aprisionamento cautelar, ou seja, tudo se resume em mera presunção de periculosidade do indivíduo. A frequente utilização destas medidas nos remete a lógica da segurança nacional usada no século passado. O Brasil, ainda hoje, anda na contramão, pois enquanto diversos países lutam para reduzir sua massa carcerária, permitimos que ela aumente, e não só isso, como é de conhecimento comum, grande parte da sociedade comemora a massiva quantidade de pessoas privadas de liberdade.

Essa lógica que paira no senso comum e se reflete no campo prático afronta a ideia de um processo penal democrático, no qual é inadmissível que os juízes, que devem atuar como garantidores dos direitos do acusado, utilizem a prisão preventiva ou as demais medidas cautelares de forma arbitrária, policialesca, buscando satisfazer funções que são típicas da segurança pública, muitas vezes para satisfazer pressões midiáticas e dos movimentos de lei e ordem.

4 A INDETERMINAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Ao contrário da prisão temporária, cujo prazo máximo está estabelecido em lei⁶, a prisão preventiva não possui limite objetivo em relação à sua

⁶ A prisão temporária está prevista na Lei n.º 7.960/1989, cujo caput do artigo 2º preconiza: “Art. 2º da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Convém pontuar que esse prazo é aumentado nos casos de crimes hediondos, já que a prisão temporária poderá perdurar pelo prazo de 30 dias e ser prorrogada por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme dispõe o artigo 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990.

duração, podendo perdurar, na verdade, enquanto o juiz ou os tribunais entenderem necessário.

Há anos o tema da fixação de um prazo máximo de duração da prisão preventiva é objeto de discussão no Brasil. Ao longo da tramitação do Projeto de Lei nº 4208/2001, posteriormente transformado na Lei nº 12.403/11, tentou-se fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, conforme se observa na proposta de criação do artigo 315-A, cujo texto preconizava que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. Porém, o dispositivo foi vetado. A última reforma do CPPB, pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), que incluiu e alterou alguns dispositivos no Título que trata das medidas cautelares, não tratou do tema, mantendo, assim, a omissão.

Não se deve descurar que, a ausência da fixação de um prazo máximo permite prisões preventivas que se tornam arbitrárias pelo tempo de duração extremamente longo, gerando seguidamente situações em que os réus permanecem segregados por períodos que se equiparam ao preenchimento do lapso temporal da progressão de regime ou à pena prevista para o tipo penal supostamente praticado.

A esta altura, é oportuno sublinhar que a garantia do devido processo legal se materializa somente quando todos os direitos e garantias do acusado são respeitados. Assim, qualquer desrespeito às garantias processuais deve ser rechaçado. Na ótica constitucional democrática, para além do interesse na proteção dos direitos humanos, tecnicamente, o cidadão somente poderá sofrer alguma sanção penal mediante um processo em que princípio do devido processo penal seja respeitado em todos os seus desdobramentos. Nesse diapasão, a garantia a um prazo razoável não apenas em relação à duração do procedimento, mas também da constrição cautelar da liberdade, é inafastável. No entanto, ao nosso juízo, é preciso que o prazo razoável seja balizado por um prazo máximo fixado, pois, tratar do prazo da prisão utilizando como parâmetro uma razoabilidade subjetiva, sem *standards* temporais definidos, sobretudo em tempos de punitivismo exacerbado, abre margem para que prisões que a ilegalidade de prisões que perduram por períodos excessivos

seja realizado em nome de interesses estranhos às finalidades das medidas cautelares.

Aury Lopes Jr. (2021, p. 49-50) assevera que a ausência de prazo legal também é fruto das tentativas infrutíferas da própria jurisprudência em constituir limites à duração da constrição preventiva. Diante da omissão legal, de acordo com o jurista, caso superado 81 dias, que deve ser o prazo de duração do procedimento ordinário, e o imputado continuar preso sem ter havido a conclusão do feito, ocorre a ilegalidade da prisão por excesso de prazo, situação que deve ser atacada via *habeas corpus*.

Nessa perspectiva, um importante passo foi o estabelecimento de prazos para a realização de atos processuais pela Lei n.º 11.719/2008, ainda que na prática tais comandos sejam pouco respeitados. Interessante destacar que a referida lei estabeleceu marcos temporais para realização da audiência de instrução e julgamento (60 dias no rito ordinário e 30 rito sumário). O mesmo se aplica ao rito do Tribunal do Júri, que prevê o prazo de 90 dias para o encerramento da primeira fase. Válido esclarecer que esses marcos temporais servem apenas como indicativos e, por isso, não surtem a eficácia esperada, isto é, a soltura do acusado com base no excesso de prazo. Uma rápida busca na jurisprudência demonstra que prisões preventivas de longa duração são seguidamente relativizadas.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se advertido que o excesso de prazo da prisão preventiva deve ser analisado a partir de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, não sendo admissível a mera soma aritmética dos prazos processuais que devem ser vistos de maneira global diante das circunstâncias do caso concreto (Brasil, 2020)⁷.

A rigor, não parece que esse tipo de decisão judicial diga muita coisa. É difícil extrair daí algum tipo de baliza aplicável ao tema. A aplicação generalizada dos dogmas da razoabilidade e da proporcionalidade para resolver todos os tipos de problemas judiciários cria constantes embaraços a

⁷ Cf. *Habeas Corpus* n.º 591.759, do Superior Tribunal de Justiça.

qualquer tipo de controle externo aos abusos que se proliferam na prática forense.

No Supremo Tribunal Federal (STF), em geral, tem-se analisado o eventual excesso de prazo da prisão preventiva a partir de alguns critérios com os quais seria possível verificar as razões justificáveis que retardam a marcha processual, a saber: número de réus, quantidade de testemunhas a serem inquiridas, necessidade de expedição de cartas precatórias, natureza e a complexidade dos delitos imputados, assim como a atuação das partes. Ou seja, trata-se de uma análise casuística, suscetível à discricionariedade judicial que, como revelam os critérios eleitos, subordina o direito fundamental à liberdade a contingências que pouco ou nada dizem do comportamento da própria pessoa afetada.⁸

Na doutrina nacional, Eugênio Pacelli (2015, p. 564-567) aponta as construções jurisprudenciais que se formaram ora em torno de uma visão global dos prazos processuais até a finalização do processo penal no rito ordinário, ora com manifestações a respeito da observância do somatório dos prazos até o encerramento da instrução criminal, razão que levou, inclusive, à edição das Súmulas ns. 21 e 52 do STJ. Em sua opinião, o prazo razoável da prisão preventiva deve pautar-se pelo prazo global de 86 dias (ou 107 dias na Justiça Federal) que o autor contabiliza desde a abertura do inquérito policial até o encerramento da instrução criminal no rito ordinário, admitindo ajustes na conta conforme alteração dos ritos ou em razão da complexidade da instrução ou mesmo da pluralidade de réus. Chega a afirmar como ponderável a alegação de que o descumprimento de qualquer dos prazos isoladamente caracterizaria o excesso de prazo, mas adverte que a posição majoritária segue em direção contrária.

Mesmo o Brasil sendo signatário de diversos diplomas internacionais destinados à proteção dos Direitos Humanos, os quais preveem maior proteção à liberdade individual, as violações de direitos fundamentais seguem sendo

⁸ Cf. *Habeas Corpus* nº 186.487; *Habeas Corpus* nº 138.736; *Habeas Corpus* nº 138.987; e *Habeas Corpus* nº 125.144, todos do Supremo Tribunal Federal.

uma constante. O âmbito da prisão preventiva é emblemático nesse sentido. Na prática, antecipa-se a pena para dar respostas à sociedade que cobra o judiciário e demanda punições – mito fundado por obsessões punitivas por saudosistas autoritários.

Talvez, um dos maiores problemas, é que a ausência de um limite para a duração da prisão preventiva no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não afasta a necessidade de sua adoção por parte dos Estados no âmbito de seus respectivos ordenamentos, uma vez que tal ausência gera efeitos que violam os mais diversos direitos e garantias fundamentais do acusado previstos na própria CADH. E, assim, desta não obrigação, podemos observar o atraso em que o Brasil se encontra, no que se refere a limitação de um prazo para prisão preventiva. Ora, vivemos (em teoria) em um Estado Democrático de Direito, passou da hora de agirmos como tal, o respeito para, com as garantias fundamentais de liberdade individual precisa caminhar muito, pensar no futuro de forma mais rápida, se libertar de conceitos que nos prendem até hoje a uma mentalidade inquisitiva. Para eficácia do direito fundamental, o mínimo é que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha como consequência automática do excesso, a soltura do réu. Vale destacar que a mera existência de uma previsão legal de prazos máximos para a prisão cautelar não afasta a necessidade de se examinar se esses prazos não são longos demais, devendo-se respeitar um limite razoável (Lopes Jr.; Badaró, 2009, p. 105), e que evite o arbítrio e diminua esta insana prática de prisões preventivas no Brasil.

5 A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A LUZ DO DIREITO COMPARADO

A prisão preventiva no sistema penal brasileiro enfrenta uma questão significativa relacionada à sua duração, que permanece indefinida, transformando-se, de fato, em uma antecipação executória da pena, podendo perdurar enquanto o juiz ou tribunal considerar presente o pressuposto do *periculum libertatis*. Ao contrário da prisão temporária, que possui um prazo

legal estabelecido, a prisão preventiva não está sujeita a qualquer limite temporal segundo o Código de Processo Penal (CPP).

Esta forma de detenção, inicialmente destinada a ser provisória, razoável e proporcional, acaba por se revelar como uma prisão de caráter definitivo, infringindo o direito fundamental à liberdade de locomoção do acusado. Além disso, essa condição viola os princípios da presunção de inocência e da duração razoável do processo, garantias previstas na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) e na CADH.

Em termos comparativos, é interessante observar que muitos países adotam limites temporais para as prisões cautelares. Na Espanha, por exemplo, existe previsão normativa de prazos máximos para a duração da prisão provisória, os quais podem variar de acordo com a pena cominada para o tipo penal, havendo possibilidade de prorrogação, de modo que o prazo máximo da medida é fixado em de 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado por mais 2 (dois) anos a depender da quantidade de pena prevista para o tipo (Santos, 2008, p. 104).

Na Alemanha, observando-se rigidamente a proporcionalidade, tem-se como regra que a duração da prisão preventiva é de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogada em casos excepcionais. Vale frisar que a prorrogação do prazo da prisão preventiva é uma das providências mais excepcionais no sistema de justiça criminal alemão, de modo que a competência para essa prorrogação inclusive é desloca-se para um tribunal superior (Santos, 2008, p. 104).

Para fecharmos nossa visita europeia, uma antiga conhecida brasileira, da qual já importamos semelhanças, a Itália. O ordenamento jurídico italiano tem previsões para duração da prisão preventiva de forma autônoma e para diversas fases, seja no curso do processo penal, seja do inquérito, com a estipulação do tempo máximo de 4 (quatro) anos para crimes com pena não superior a 20 (vinte) anos e 6 (seis) anos para crimes com pena superior a 20 (vinte) anos.

Na América Latina, temos como exemplo o Código Processual Penal da Província de Buenos Aires (Lei nº 11.922, de 1998), que, em seu artigo 146, alínea "b", estipula como um dos requisitos para a decretação da prisão

preventiva a "proporcionalidade entre a medida e o objeto de tutela". A Argentina adotou o prazo máximo de dois anos para a duração da prisão preventiva, desde que não tenha sido proferida sentença de primeira instância, podendo ser prorrogada por mais um ano em casos mais complexos (Santos, 2008).

Os exemplos apresentados demonstram que é possível a fixação de prazos máximos para a duração da prisão preventiva. A realidade brasileira, marcada pelo hiperencarceramento e por violações de direitos humanos dele decorrente, junto às medidas que foram implementadas pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), como a vedação taxativa do uso da constrição cautelar como forma de antecipação da pena; a obrigatoriedade de motivação e fundamentação idôneas em fatos contemporâneos ou novos que demonstrem a necessidade do cerceamento cautelar da liberdade; e a audiência de custódia, dentre outras, demonstra o quão importante e urgente é a fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva.

Em temo, curial sublinhar que permitir ao imputado conhecer o tempo pelo qual poderá perdurar sua segregação provisória, prazo este que também deverá balizar a prolação da decisão judicial sobre o caso em um prazo razoável, é mais que uma questão processual, pois consiste em uma questão humanitária, que é medular em um regime democrático guiado pela presunção de inocência e outras garantias que devem efetivamente limitar o poder punitivo estatal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como escopo analisar a ausência de limites temporais para a duração da prisão preventiva e seus principais reflexos.

A análise dos dispositivos legais que disciplinam a prisão preventiva e dos elementos epistemológicos que alicerçam o atual Código de Processo Penal revelou a necessidade premente de que a interpretação relacionada ao tempo de duração da prisão preventiva seja feita à luz da Constituição da República de 1988. Trata-se do único modo de evitar que a omissão legal

sobre o prazo da medida produza violações de direitos, sobretudo do direito à liberdade.

A ausência de parâmetros temporais claros para a prisão preventiva resulta em desafios significativos. Embora tenham sido empreendidas tentativas judiciais para conter excessos temporais, as abordagens atuais ainda carecem de consistência, frequentemente se baseando em análises casuísticas e ficando suscetíveis a manipulações discursivas.

Apesar da Lei n.º 13.964/2019 (do mesmo modo como ocorreu com a Lei nº 12.403/2011) ter negligenciado o prazo da prisão preventiva, não se pode negar que ela, pelo menos no ponto em que reformou o sistema de medida cautelares, representou um esforço para abordar essa lacuna ao introduzir novos requisitos de fundamentação, buscando conferir maior rigor e transparência ao processo decisório. No entanto, no que diz respeito ao prazo de duração da constrição, diante do que expusemos ao longo do escrito, inferimos que a eficácia dessas mudanças legislativa está vinculada ao estabelecimento de um prazo definido.

A natureza do processo penal, em si, impõe estigma e angústia ao acusado, uma condição que se agrava quando este permanece detido. O excesso de tempo em prisão transforma uma medida processual em um dano sério, infringindo a presunção de inocência e alcançando níveis de inconstitucionalidade.

Dito isso, concluímos que a imposição de um limite máximo para a prisão preventiva, alinhado aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade consagrados na Constituição, emerge como uma salvaguarda crucial contra a prolongação injustificada da privação de liberdade, preservando assim os direitos fundamentais do indivíduo. Essa medida, quando complementada por revisões periódicas efetivas, representa uma estratégia eficaz para controlar abusos no âmbito das cautelares pessoais, reduzindo os prejuízos decorrentes de revisões meramente protocolares.

Ao adotar uma abordagem balanceada que harmoniza os imperativos da justiça com os direitos individuais, é possível promover um sistema penal mais equitativo e respeitoso, onde a prisão preventiva, quando necessária, não

ultrapasse os limites estabelecidos pela razoabilidade jurídica. Este ajuste não apenas atende aos princípios fundamentais da Constituição, mas também contribui para a construção de um sistema judicial mais justo e eficiente na tutela dos direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 591.759**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática. Brasília, 1 de julho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3HGM2fl>. Acesso em: 15 dez. 2023.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura: seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: Empresa Graphica da “Revista dos Tribunais”, 1940.

CHAVES, Paulo Victor Leôncio. **Os paladinos da ordem pública**. Juízes e a (re)produção dos discursos legitimadores do encarceramento dos indesejados. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011**. São Paulo: Forense, 2011.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN) – SISDEPEN - **Dados sobre o sistema prisional brasileiro**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 18 out. 2023.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN); INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**. 2023. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em: 02 out. 2023.

DE GIORGI, Alessandro. **A Miséria Governada Através do Sistema Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Néelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, Miranda Coutinho, 2018.

MISSE, Michel. **Malandros, marginais e vagabundos: A acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2023.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PALIERO, Carlo Enrico. Legittimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). **Democrazia e autoritarismo nel diritto penale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória: Comentários aos artigos 311- 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da; CASTILHOS, Tiago Oliveira. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**, v. 30, n. 2, p. 330-346, maio./ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v30i2.5145>

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

VASCONCELLOS, Marcos de. **No Brasil, exceção virou regra: prende-se para depois apurar, diz Marco Aurélio**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>. Acesso em: 23 nov. 2023.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonialismo y Derechos Humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo**. Madrid: Taurus, 2022.