

# AS SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA E O PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR: UMA QUESTÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

*Jânio Pereira da Cunha\**

“A liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos dons que aos homens concederam os céus; a ela não podem igualar-se os tesouros que a Terra contém ou os que o mar encobre; (...) e, ao contrário, o cativo é o maior mal que pode suceder aos homens” (Miguel de Cervantes. Dom Quixote de la Mancha).

“Ordenada a prisão, cuide-se da celeridade do processo, lembrando-se o magistrado que as suas horas de lazer são para o detido horas de cativo” (Tostes Malta).

## RESUMO

O artigo versa sobre o excesso de prazo na prisão cautelar de investigados e acusados no Brasil. Analisa-se, particularmente, o discurso jurídico das autoridades judiciais na manutenção do cárcere provisório por prazo superior ao previsto pela normatividade. Nesse sentido, perquiriu-se se as súmulas de jurisprudência tocante ao lapso temporal da clausura cautelar compatibilizam-se ou não com os valores constitucionais vigentes. Verificou-se que o entendimento jurisprudencial dogmatizou uma série de hipóteses e situações em que, mesmo havendo ultrapassagem do tempo de clausura antecipada, não quer isto significar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do aprisionado. Tem-se, entretanto, que essa orientação judicial não condiz com o regime dos direitos e garantias fundamentais, em especial com os princípios da celeridade processual, devido processo legal, inocência e, por fim, dignidade humana.

**Palavras-chave:** Prisão cautelar. Excesso de Prazo. Súmulas do STJ. Inconstitucionalidade.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

\* Mestre e doutorando em Direito Constitucional. Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor) e da Faculdade Christus. O presente artigo contou com a valiosa colaboração e revisão do amigo José Valente Neto, Defensor Público do Estado do Ceará.

O Estado democrático e liberal de direito pauta-se pelo binômio direitos fundamentais e regras do processo político decisório. A positivação de tais bens em textos constitucionais ocorre justamente para gerar mais certeza e segurança jurídicas nas relações sociais, na medida em que se exige do Poder Público uma atuação limitada no tocante aos direitos e garantias essenciais à vida em sociedade.

Nessa perspectiva, destaca-se o direito individual de liberdade de locomoção física como um dos principais a caracterizar o Estado de direito moderno. Veja-se, a propósito, que a liberdade pessoal ganhou nível protetivo tão geral e amplo que aparece albergada, salvo engano, praticamente em todos os países ditos constitucionais.

Assim é o caso do Brasil.

A Constituição Federal vigente elenca a liberdade ambulatoria no rol de direitos e garantias fundamentais. E como um direito principiológico, somente pode ser excepcionado nas hipóteses taxativamente previstas no Texto Maior. Com efeito, permite-se a restrição à liberdade física, regra geral, apenas nos casos de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.<sup>1</sup>

E isso é assim porque, em Estado democrático e liberal, a liberdade representa elemento ínsito à dignidade da pessoa humana, que, entre nós, é indicada expressamente na Constituição atual como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ademais, a deferência do legislador constituinte de 1988 pela liberdade humana está ligada diretamente ao princípio da não-culpabilidade, pelo qual o ser humano é inocente, exceto se esse estado natural for desconstituindo legitimamente por uma decisão penal condenatória irreversível.

Não é demais acrescentar que a restrição à liberdade de um indivíduo, por ser fato, a rigor, extremamente danoso à personalidade humana, ainda que nos casos constitucionalmente aceitos, sem dúvida é outro fator ao repúdio legítimo ao encarceramento indiscriminado e antecipado dos indivíduos.

É sabido, entretanto, que, apesar de todas as mazelas da prisão, a idealização de uma resposta idônea e humana para determinados criminosos (aqueles de alta periculosidade) e seus delitos (caracterizados pela extrema violência contra a pessoa humana) ainda permanece aberta e a convocar inteligências. E enquanto a resposta não surgir a sociedade continuará a penalizar com a constrição à liberdade de ir e vir, ainda que já se tenha advertido que “a melhor prisão é aquela que não existe ou, no máximo, aquela que está vazia”.<sup>2</sup>

E se a custódia decorrente de prisão-pena (definitiva), máxime para delitos de menor gravidade e para criminosos de baixa periculosidade, é questionável como meio repressivo e ressocializador, ainda mais problemática é a prisão provisória, quando inexistente por enquanto um título judicial constritivo decorrente de sentença criminal transitada em julgado. E isso é assim porque “toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida

odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena”.<sup>3</sup>

E, na verdade, a segregação cautelar é extremamente complexa uma vez que, conquanto vise a segurança e paz sociais e o resultado eficaz do processo penal, limita o direito fundamental de liberdade sem grande certeza material de que indiciado ou réu de fato obrou com desrespeito aos valores protegidos pelo direito penal e processual penal.

E a questão ganha foros de alta dramaticidade no Brasil, já que é de conhecido daqueles que lidam com a matéria criminal que no País há evidente abuso das prisões efetivadas pelo Estado, notadamente as provisórias.

A abusividade no campo prisional, importa registrar, alcança os três Poderes públicos.

O Legislativo incorre em abuso quando elabora leis incriminadoras com aumento drástico da sanção estatal e restritivas da concessão da liberdade provisória<sup>4</sup>. Infelizmente, o exagero desmesurado e irracional da reprimenda penal decorre não raro da pressão exercida pelo movimento altamente repressivista e conservador da “lei e ordem”, bem como pela força teórica dos defensores do antiliberal direito penal “simbólico” ou do “inimigo”. No entanto, incorre em equívoco o legislador, ao supor que:

[...] com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras de estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.<sup>5</sup>

Já o Executivo, na medida em que não raro utiliza as ações prisionais como meio de política de Estado para tentar fazer frente ao aumento da criminalidade, como se a questão social em que o crime está envolto fosse apenas uma “questão de polícia”, resolúvel com medidas exclusivamente prisionais. A respeito disso, a socióloga Julita Lemgruber adverte, com propriedade, que quem procura resolver os conflitos sociais por intermédio do direito penal, a bem da verdade, deixa de resolvê-los.<sup>6</sup>

Ademais, não se deve deixar de registrar a escalada de prisões efetivadas de questionável juridicidade, muitas vezes desnaturadas pela falta, por exemplo, do estado real e contemporâneo de flagrância, que as forças policiais de segurança pública levam a efeito, principalmente contra aqueles sujeitos mais excluídos socialmente, isto é, mais desprotegidos juridicamente, tais como pobres, negros e analfabetos.<sup>7</sup>

Nessa linha, pondera Löic Wacquant:

[...] em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e

absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade do aparelho polícia e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.<sup>8</sup>

Pondere-se, ademais, que o Poder Público, leia-se, Executivo, dispensa aos encarcerados um tratamento afrontoso aos mínimos direitos fundamentais do homem. Veja-se que “as condições de detenção existentes em numerosas prisões e delegacias brasileiras são pavorosas e equivalem a formas cruéis, desumanas e degradantes de tratamento e punição”<sup>9</sup>. Tanto é assim que “uma equipe de especialistas teve acesso a prédios [cárceres brasileiros] superpopulosos que foram comparados a pocilgas e nos quais segundo se denunciou, seres humanos eram tratados de forma inferior ao gado recolhido para o abate num matadouro”<sup>10</sup>.

Já no tocante ao Judiciário, saliente-se que, apesar da missão institucional de controlar os demais Poderes do Estado, não escapa ao fenômeno do abuso que acomete o Legislativo e o Executivo. Veja-se que a abusividade judicial não decorre eventualmente apenas de erro no julgamento quanto à pessoa responsável pela infração penal ou no desencarceramento tardio do condenado definitivo. Ocorre principalmente no aprisionamento cautelar de indiciados e acusados, por meio de decisões processuais que mantém investigados e réus encarcerados além do prazo legal para julgamento da causa, com fundamento em construções jurisprudenciais incompatíveis com os valores jurídicos albergados pelo nosso ordenamento constitucional vigente, em especial os princípios da celeridade processual, devido processo legal, inocência e dignidade humana.

Na verdade, a centralidade do presente artigo reside em demonstrar que as súmulas de jurisprudência sobre o prazo de prisão cautelar não se compatibilizam com o regime dos direitos e liberdades públicas da Constituição atual, impondo-se, com efeito, uma releitura do tempo de prisão sem condenação à luz dos novos paradigmas do Estado democrático e de direito brasileiro<sup>11</sup>, inclusive dos direitos e garantias internacionais, de tal sorte que a liberdade dos indivíduos no Brasil não fique sujeita como sói acontecer ao subjetivismo e à arbitrariedade do julgador penal.

Portanto, o presente estudo objetiva desconstruir alguns parâmetros judiciais para permanência de uma pessoa encarcerada provisoriamente além do prazo legal e razoável para o encerramento do processo crime, numa tentativa de colaborar para contornar o elevado prejuízo ocasionado pelo cárcere postergado ou indefinido daqueles que são presumidamente inocentes.

## 2 O DIREITO DE SER JULGADO NUM PRAZO RAZOÁVEL

A garantia de julgamento em um prazo razoável de há muito positivou-se em diplomas de nível internacional. De fato, observa-se que declarações, pactos e tratados sobre direitos humanos são meios para enunciar o direito de alguém ser julgado na esfera penal de acordo com prazos normativos e sem dilações indevidas, mais ainda quando o réu encontrar-se preso cautelarmente.

Veja-se, de início, a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), ao estabelecer que “toda pessoa presa ou detida (...) tem o direito de ser julgado em um prazo razoável ou de ser posto em liberdade” (art. 5º, §3).

Em momento posterior, tem-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelecido pela Assembléia Geral das Nações Unidas (1966), ao prever que “qualquer pessoa, presa ou encarcerada em virtude de infração penal (...) terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade” (art. 9º, n.º. 1), bem como “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade a, pelo menos às seguintes garantias: (...) a ser julgada sem dilações indevidas” (art. 14, n.º. 3).

Igualmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em São José da Costa Rica (1969)<sup>12</sup>, trouxe previsão, em texto bastante similar aos transcritos, no sentido de que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz (...) e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (art. 7º, n.º. 5).

No mesmo sentido prevê a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), em seu art. 47, que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável. Ademais, registre-se que a Constituição européia corrobora essa orientação de forma idêntica no art. 2º-107 dessa norma.<sup>13</sup>

Vê-se daí que a ordem internacional dispensa atenção especial à garantia de julgamento rápido em se tratando de custódia cautelar, tanto que traz o imperativo de livramento do detido ou processado na hipótese de configuração de excesso de prazo para conclusão do processo penal.

No âmbito do direito interno, a Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n.º. 45/2004, estatui que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5, LXXVIII).

Com se observa, o ordenamento jurídico brasileiro, na mesma esteira dos documentos internacionais sobreditos, consagrou expressamente o direito fundamental à razoável duração do processo. Entretanto, a garantia de julgamento sem delongas indevidas já era admitido por alguns teóricos como elemento intrínseco ao preceito constitucional do devido e regular processo legal, segundo o qual a prestação jurisdicional deve ser “célere, adequada e eficaz”<sup>14</sup>, notadamente quando em discussão a liberdade física de um indivíduo.

Acresça-se que, a despeito da inexistência textual no diploma constitucional originário, “o direito de ser julgado num prazo razoável, na verdade, sempre esteve protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, por força dos diversos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário”<sup>15</sup>.

Frise-se que há várias razões para exigir-se uma tramitação sem protela-

ções desnecessárias dos feitos penais. Entre elas, pode-se destacar o fato de o processo criminal ostentar “uma carga infamante e sancionatória em si mesmo, que não deve se prolongar por muito tempo”.<sup>16</sup>

Ademais, é lícito afirmar que a delonga na tramitação das ações criminais implica em risco aos direitos fundamentais dos encarcerados, em especial ao princípio da não-culpabilidade, que “não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal”.<sup>17</sup> Em suma, “toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”.<sup>18</sup>

É por isso que o constituinte originário de 1988 impôs a obrigatoriedade de relaxamento da cautela pessoal em caso de ilegalidade. E um caso evidente de ajuridicidade das medidas cautelares é a demora injustificada no julgado da causa.

Na mesma seara, o legislador ordinário previu de forma mais direta e literalmente que “a coação considerar-se-á ilegal quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei” (art. 648, II, CPP).

Nesse sentido, é força registrar o avanço da legislação supranacional e pátria em matéria de proteção da rapidez processual, inclusive trazendo a consequência do desencarceramento na hipótese de coação por ultrapassagem do tempo de prisão cautelar, tanto que Norberto Bobbio assevera com acerto que o problema atual não reside mais em positivar os direitos humanos, mas efetivá-los política e juridicamente, “para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.<sup>19</sup>

### 3 O PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR NA JURISPRUDÊNCIA SUMULAR DOS TRIBUNAIS

A problemática do prazo de duração da prisão antecipada é uma constante nas decisões monocráticas e colegiadas do Poder Judiciário. E ajuda a tornar a temática mais árida e complexa a inexistência de um prazo limite na legislação processual penal. Historicamente a lacuna legal vem ocasionando uma série de problemas para aqueles aprisionados provisoriamente, já que ante a ausência de um prazo máximo para manutenção da privação da liberdade podem ficar indefinidamente encarcerados.

Ocorre que um acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o fito de evitar a questão da procrastinação do sentenciamento de acusados presos, estabeleceu o prazo de oitenta e um dias para o término do processo criminal perante a primeira instância<sup>20</sup>, de tal sorte que se impunha a concessão da liberdade do encarcerado em decorrência da extrapolação desse prazo para ultimação do feito, visto que a custódia tornar-se-ia ilegal.

Noutras palavras, “conquanto o CPP não tenha estabelecido expressamente um limite para a duração da custódia cautelar, a jurisprudência, reconhecendo a gravidade que representa toda restrição antecipada da liberdade

(...) estabeleceu o limite de oitenta e um dias”.<sup>21</sup>

Adite-se que, a despeito da intenção garantista da sobredita decisão, verifica-se que a jurisprudência dos tribunais vem desnaturando dia a dia a idéia de um lapso temporal máximo para a conclusão da demanda penal, tornando, assim, na prática, sem aplicabilidade o prazo de oitenta e um dias [hodiernamente, 95 a 125 dias] para o encerramento da prestação jurisdicional criminal.

E a distorção do espaço temporal em questão materializa-se pelo fato de a jurisprudência valer-se de “certos casuísmos para não conceber o excesso de prazo” ilegal<sup>22</sup>, extraídos principalmente da suposta complexidade do processo, da atividade processual da defesa/acusado e da atuação da máquina judiciária, de tal modo que a prisão cautelar passou a perdurar por mais tempo do que o previsto na lei processual penal.<sup>23</sup>

Na verdade, o marco temporal anterior de referência da duração da prisão provisória (81 dias) sofreu alteração por parte de juízes e tribunais, na medida em que a prática judicial deturpou a “fórmula de contagem dos prazos processuais, estendendo indefinidamente a duração da prisão cautelar sob justificativas que revelam uma posição autoritária e ultrapassada de Processo Penal”.<sup>24</sup>

Uma das objeções que o Poder Judiciário levantava para obstar a soltura do aprisionado cautelarmente era a superação de certas etapas do processo crime, que tornavam devida o excesso do prazo de prisão para os crimes apenados com reclusão, impedindo, por isso, o relaxamento do cárcere provisório, já que não haveria constrangimento ilegal à liberdade de locomoção a ser sanado.

Veja-se que, se inicialmente o prazo da regra dos oitenta e um dias englobava todas as fases do processo crime, inclusive a de prolação da sentença, depois a orientação jurisprudencial modificou esse entendimento em termos de que o referido prazo só era exigível (contado) até o término da instrução criminal e não para entrega da prestação jurisdicional penal.

Essa orientação restou consolidada na Súmula número 52 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na qual se lê que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal”. E a razão disso, justifica o Poder Judiciário, seria o fato de que, superada fase mais complexa, árdua e longa do processo, isto é, a instrução criminal, em breve tempo haveria o julgamento da causa.<sup>25</sup>

Ocorre que o término da instrução processual não significa, à evidência, o encerramento do processo. E, sem maiores esforços hermenêuticos, é lúdimo de dúvidas de que o direito daquele que o Estado lhe imputa um ilícito penal é de ter o processo concluído num prazo razoável e “não de ter seu processo instruído num tempo razoável”<sup>26</sup>, haja vista que o término da instrução criminal não encerra o processo, dado que o feito “carece ainda de vários outros atos para sua completude”<sup>27</sup>, seja na sistemática processual pretérita, seja na nova reforma do Código de Processo Penal, tais como, diligências finais, alegações, prolação da sentença e, eventualmente, recursos cabíveis.

Em relação à súmula em foco, aduzem Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró que:

[...] tal posicionamento tem feito com os juízes, em casos de réu preso, dêem uma tramitação rápida ou, ao menos, mais célere aos processos, somente até o término da audiência de oitiva de testemunhas de defesa. Depois disto, a realização das diligências complementares, a apresentação das alegações finais e a prolação da sentença, seguem uma tramitação lenta, como se não mais houvesse qualquer necessidade de uma solução rápida do feito.<sup>28</sup>

Na verdade, “a simples superação de uma fase processual não pode ter (mas, infelizmente, tem) o poder de sanar o constrangimento ilegal de que padece o acusado, pois “a superação da fase instrutória [leia-se, hoje, da audiência de instrução e julgamento] não pode ser justificativa convincente para a superação do constrangimento ilegal”.<sup>29</sup>

Mas a problemática não parou por aí.

Registre-se que a jurisprudência vinha encurtando o número de atos procedimentais para aferição do prazo (in)devido de duração da prisão cautelar, eis que retraiu o lapso temporal anterior de oitenta e um dias - que antes englobava a inquirição das testemunhas de acusação e defesa-, para alcançar esse íterim temporal tão-somente a oitiva das testemunhas de acusação, de tal maneira que deixaria de se configurar, daí para frente, constrição ilegal à liberdade do acusado preso. Por conseguinte, concretamente, o único caso de um encarcerado ser livre por excesso de prazo da cautela pessoal seria na situação de o juiz condutor do processo não efetivar o interrogatório de todas as testemunhas de acusação no prazo de oitenta e um dias.<sup>30</sup>

Essa orientação judicial baseava-se na ilação de que, encerrada a ouvida das testemunhas de acusação no prazo marco sobredito, a eventual demora no julgamento ficaria na responsabilidade da defesa, e não mais na conta do Estado-Juiz. Vale dizer, o retardamento na conclusão do processo, nessa hipótese, seria provocado pela defesa.<sup>31</sup>

Destaque-se, a propósito, que o Superior Tribunal de Justiça cristalizou o entendimento sobredito na Súmula nº. 64, na qual consta que “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Em relação a essa súmula, impõe-se uma ordem de consideração mais ampla.

É que a reação defensiva à acusação, com todos os meios e recursos admitidos em direito, excepcionalmente aceitando inclusive a prova ilícita, constitui um sagrado e inviolável direito fundamental do acusado, de tal sorte que, a princípio, não pode existir nenhum obstáculo e prejuízo para a defesa pelo exercício desse direito individual.

Nesse sentido, a motivação jurisprudencial para legitimar a extrapolação



do prazo de prisão provisória na hipótese em comento “se traduz em violação da garantia constitucional da ampla defesa, pois, para exercê-la, em casos muitas vezes complexos – onde a defesa é conseqüentemente mais difícil -, teria o acusado que ‘pagar um preço’, ficando preso até que a ‘sua prova’ seja produzida”.<sup>32</sup>

Advirta-se que a defesa do acusado não pode ser submetida a restrições, porquanto o princípio da ampla defesa e contraditório pressupõe completa igualdade de “armas” entre acusação e defesa.<sup>33</sup> Noutras palavras, a parte ré, pelo princípio constitucional do contraditório, inerente ao devido processo legal e uma das formas de materialização de uma prestação jurisdicional garantista, tem a prerrogativa intangível de ser ouvida e influenciar, com idéias, fatos, testemunhas, argumentos jurídicos, enfim, com a contraprova, o conteúdo da decisão.<sup>34</sup>

A propósito, calha anotar que nos lindes da construção sumular em questão tem-se certa admoestação ao imperativo constitucional da ampla defesa, já que a defesa técnica pode ser intimidade na apresentação de elementos quiçá idôneos para o pleno contraditório, tendo em vista que o excesso de prazo da cautela provisória será tido como legítimo, em situações que tais.

Vê-se, daí, que a prática pretoriana, em grande medida, afronta, não apenas o princípio da ampla defesa, da inocência e do devido processo legal, mas, igualmente, o imperativo da igualdade na oportunidade de requerer a produção da prova<sup>35</sup>, e, conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet, “onde a igualdade não for garantida (...), não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”.<sup>36</sup>

Por fim, adite-se que, malgrado a possibilidade de eventual utilização abusiva, isto é, com intuito protelatório, da ampla defesa, que talvez sói acontecer com qualquer outro direito, isso não justifica transformar o exercício legítimo e muitas vezes indispensável da reação defensiva num paradoxo: a utilização dos meios necessários e integrais a produção da contraprova para apuração da verdade real pode significar a permanência do acusado por mais tempo do que o prazo legal máximo da custódia provisória.

Portanto, é lícito sustentar que o princípio do direito à amplitude da prova é uma garantia do acusado em Estados constitucionais de direito, inclusive um imperativo de ordem moral e ética, de tal maneira que o respeito a esse postulado fundamental é condição indispensável para a efetividade de um processo penal garantista, liberal, e, em última análise, democrático.

Em suma, a eventual má-fé da defesa deve ser vista com muita cautela pelos órgãos jurisdicionais, tanto que, se não restar claro e lídimo de dúvidas o expediente malicioso da reação defensiva, deve-se permitir, sem nenhum prejuízo para o imputado, a maior amplitude possível para contraditar a acusação; porquanto, entre o risco de ferir a manifestação defensiva e a possibilidade de uso torpe dela, fica-se com o perigo representado pela primeira.<sup>37</sup> Na medida em que assegurar as formas procedimentais em campo tão sensível do direito – o processual penal,

no qual o objeto é a liberdade individual - acaba por se configurar num ônus a ser suportado pelo Estado, mas jamais debitado à custa do imputado.

Retornado ao estudo da jurisprudência no tocante ao excesso de prazo, outras hipóteses foram idealizadas para legitimar o prazo excedente da custódia provisória.

Assim, infere-se de inúmeras decisões que se o feito penal já se encontrar na fase diligencial ou na etapa das alegações derradeiras das partes e, mais ainda, na fase de elaboração da sentença, com os autos conclusos ao juiz, elidida-se qualquer argüição de extrapolação do prazo legal para encerramento do processo, ainda que anteriormente o lapso temporal padrão tenha sido, de fato, excedido.

E a razão disso, explica-se, é que o prazo regra dos 81 dias passou a ser contabilizado - diferentemente da inteligência inicial, que abrangia a prolação da sentença -, somente até o fim da instrução acusatória, fato esse que acabava por autorizar que “a partir de então, seja desconsiderado o excesso de prazo dos atos processuais, sujeitando-se o acusado a permanecer preso até que eventualmente se entenda, por mera liberalidade do tribunal, não mais razoável ou justificável a manutenção do encarceramento cautelar”.<sup>38</sup> Na mesma esteira é a observação de Hélio Bastos Tornagui, para quem “infelizmente, encerrada a prova da acusação, o réu fica ao desamparo, pois pode o juiz protelar indefinidamente a marcação de datas para a de defesa”.<sup>39</sup>

Acresçam-se outras justificativas que a *praxis* jurisprudencial cristalizou para excepcionar a custódia ilegal por demora no julgamento da causa, a fim de manter o encarceramento do réu, numa total desnaturação da regra de ouro de fixação dos prazos legais para a prestação jurisdicional penal, inclusive, anteriormente aceita pelo próprio Poder Judiciário.

Destarte, reconhecem-se legítima a coação à liberdade física, ainda que ultrapassado o tempo de prisão estabelecido em lei, quando esse excesso for justificado pela dificuldade na instrução probatória, ocasionada, entre outras razões, pela necessidade de intimações e inquirições de testemunhas e acusados, por meios de cartas precatórias; pluralidade de réus, principalmente quando assistidos por defensores diversos; número exagerado de testemunhas arroladas pelas partes e instauração de incidente de insanidade mental<sup>40</sup>; bem como pelo fato de o crime ser abstratamente grave e o agente ostentar periculosidade.<sup>41</sup>

A base de fundamentação das hipóteses referidas encontra-se no critério do juízo de razoabilidade para aferição da ocorrência ou não de excesso ilegal no prazo de duração do ergástulo público. Tal parâmetro foi introduzido pelo famigerado acórdão da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro do Superior Tribunal de Justiça, em 1991, no qual se extrai a passagem clássica tantas vezes utilizada e repetida à exaustão por juízes de primeiro grau e desembargadores de tribunais nas decisões denegatórias de *habeas corpus* impetrado para legitimar a prisão cautelar ainda quando haja excesso de prazo:

O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data de início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução são cada vez maiores. O prazo da conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal.<sup>42</sup>

Nada obstante a inteligência do critério da razoabilidade para apuração de excesso devido ou ilegal da custódia provisória, parece-nos que a sua utilização, a rigor, para legitimar a continuidade do acusado recolhido ao ergástulo público impõe ser desconstruída doutrinária e concretamente, nos lindes de parâmetros garantistas e democráticos. Uma vez que “não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o (...) no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate”<sup>43</sup>.

Em primeiro lugar, é força convir que é desarrazoada essa construção jurídica, que “acaba por impor duração absolutamente indeterminada à prisão provisória, de todo incompatível com o ordenamento processual penal de qualquer Estado Democrático de Direito”<sup>44</sup>.

Em segundo plano, a substituição dos critérios objetivos fixados em lei por outros de natureza abertamente subjetiva conduz ao arbítrio, a incerteza e insegurança, que são situações exorbitantes do sistema jurídico de um país avançado.<sup>45</sup>

Adite-se que a aplicação do axioma da lógica do razoável na prática jurisprudencial de nossos tribunais é fruto de interpretação incompatível com a Constituição Federal vigente, visto que a duração razoável do processo encontra-se no rol dos direitos e garantias fundamentais individuais e, como tal, deve ser aplicado sob às luzes de um processo penal democrático.

Entretanto, a interpretação judicial não raro vem distorcendo essa inarredável garantia individual no que tange à tramitação do processo penal, posto que a razoabilidade, em vez de proteger os acusados, é manejada justamente contra aqueles que se encontram recolhidos ao cárcere, no intuito de “permitir que o cidadão [pois ainda inocente] permaneça encarcerado antes da decisão final por tempo superior àquele previsto legalmente”.<sup>46</sup>

Noutras palavras, o critério da razoabilidade “só aproveita ao Poder Judiciário e, a exemplo de algumas posições jurisprudenciais precipitadas que tendem a justificar [o] excesso de prazo, também opera em detrimento do acusado”.<sup>47</sup> Isso em razão do fato de “a razoabilidade ser invocada justamente para dilatar o prazo (...). Ou seja, a própria razoabilidade milita em seu desfavor [do

encarcerado] (...), para justificar a segregação cautelar por mais tempo do que determina a lei. Noutras palavras, tem-se invocado a razoabilidade em favor do arbítrio estatal contra o acusado”.<sup>48</sup>

Não se pode furtar-se a acrescentar que a lógica do razoável trata-se de um parâmetro extremamente variável, fluído e plástico, podendo ser aplicado de forma indiscriminada a qualquer caso concreto, posto que se trata de “um clichê da jurisprudência, adaptável a qualquer circunstância”.<sup>49</sup>

Em última análise, corrobora a crítica à aplicação da razoabilidade em desfavor do direito de liberdade do imputado preso a lição do jurista Roberto Delmanto Junior, ao colacionar que “a exigência de previsão legal de prazo máximo e peremptório para a duração da custódia cautelar (...) não se coaduna com a atual discricionariedade das decisões do Poder Judiciário, já que extremamente casuístas e subjetivas”<sup>50</sup>; lembrando ainda o autor citado que “a incerteza e o arbítrio são incompatíveis com a vida jurídica”.<sup>51</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que a prisão é um meio falido para lidar com a criminalidade, na perspectiva tanto da repressão quanto da reinserção de apenados ao convívio em sociedade, isto não constitui nenhuma novidade para os estudiosos progressistas e engajados socialmente.

De fato, a prisão, além de, a rigor, não ressocializar incriminados, acaba, pelas condições subumanas ou quase subumanas dos cárceres, impingindo-lhes sofrimento e angustia aviltantes dos direitos e liberdades públicas fundamentais dos encarcerados e, em última instância, da própria dignidade da pessoa humana.<sup>52</sup> Adite-se, a propósito, que não se pode negar a “realidade nua e crua dos cárceres brasileiros. As penas são elencadas de maneira taxativa (...). Não existe a pena de desconstituição da dignidade humana. Entretanto, o estigma da prisão e seus conseqüências trataram de normatizá-la, de fato”<sup>53</sup>.

Se a prisão pena já coloca em risco os direitos constitucionais do apenado, com mais forte razão, a clausura provisória tem maior potencialidade de ferir garantias fundamentais, notadamente quando há a ocorrência de excesso de prazo na custódia, levando-se em consideração que ainda não se tem um título judicial definitivo e o prisioneiro é inocente.

Por tudo isso, a prisão provisória não deve ser dilatada demais no tempo a ponto de plasmar-se ilegitimamente em pena antecipada, impondo-se uma tramitação célere, mas sem qualquer precipitação que possa colocar em perigo as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório e do estado de inocência do acusado. Não se admite a flexibilização irracional das garantias processuais eleitas pela Constituição, dado que a forma ritualística do processo penal constitui, por si só, uma garantia imprescindível para assegurar um processo criminal compatível com o respeito aos direitos e

garantias individuais. Ademais, importa aditar que “quase sempre a economia de prazos envolve um aqodamento, uma precipitação, com sérios prejuízos para a administração da justiça”.<sup>54</sup>

Ressalte-se, a propósito, que a lógica do processo civil - com destaque para a teoria das nulidades, pela qual só se reconhece uma nulidade quando o ato não atinge sua finalidade – não se aplica ao raciocínio do processo penal, uma vez que não somente o conteúdo da decisão é o que interessa, mas também o próprio *modus operandi* é indispensável para validade e legitimidade da prestação jurisdicional de mérito.

Nesse sentido, frise-se que o direito a ser julgado num prazo razoável, leia-se, nos prazos limites fixados em lei -, representa condição *sine qua non* para justificar a permanência da cautela provisória. Entretanto, apesar da previsão legal de prazos máximos para a realização dos atos procedimentais no processo penal, a jurisprudência dos tribunais pátrios vem passo a passo desconstruindo a fórmula legal de que o prazo razoável para o processo ordinário de crimes apenados por reclusão é de 81 dias [diga-se, 95 a 125 dias, atualmente], já que esse lapso temporal padrão não poderia ser aplicado matematicamente, devendo-se levar em consideração o eventual excesso existente à luz de um raciocínio de ponderação.

Com efeito, o somatório dos prazos previstos para tramitação do processo penal, que é utilizado como referencial para fixação do tempo máximo de privação provisória da liberdade - ante a inexistência de um prazo normativo limite para a custódia cautelar -, é constantemente relativizado pela jurisprudência, tanto que se admite que o investigado ou réu permaneça encarcerado por tempo superior aos prazos do rito processual penal, sem que isso importe excesso prazal indevido e ilegítimo a ensejar o relaxamento da custódia antecipada por constrangimento ilegal à liberdade de locomoção física.

Destarte, vê-se numa rápida pesquisa à jurisprudência de nossos tribunais uma infinidade de hipóteses justificadoras da extrapolação do tempo legal de prisão cautelar, tendo inclusive servido para a construção das já analisadas Súmulas 21, 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

O que se observa, na lição de Aury Lopes JR e Gustavo Henrique Badaró, é que “o passar dos anos, (...) mostrou que tampouco esse prazo de 81 dias [atualize-se, 95 a 125 dias] está sendo respeitado e, principalmente, não está ocorrendo o desencarceramento diante do excesso de prazo. Tem falado mais alto a pressão repressiva de movimentos como da “lei e ordem” e o absoluto desrespeito pelo tempo do réu preso”.<sup>55</sup>

No entanto, tem-se que as orientações sumulares em estudo não podem subsistir, ante a incompatibilidade com a Constituição Federal vigente. Na verdade, o Texto constitucional é notadamente garantista, logo, coloca os direitos e garantias fundamentais em lugar de destaque na proteção dos imputados em geral.

Não se pode admitir mais a aplicação mecânica e acrítica de entendimentos jurídicos que, além de anacrônicos, se afastam diametralmente dos valores constitucionais e das liberdades e garantias individuais. É forçosa uma releitura, à luz do direito constitucional democrático, dos parâmetros judiciais já consolidados pela jurisprudência, a fim de romper em definitivo com a altamente prejudicial “interpretação retrospectiva” da legislação infraconstitucional e das orientações pretorianas já petrificadas. Por esse raciocínio hermenêutico, interpreta-se:

[...] o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar ‘retrospectiva’: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fatasmagórica.<sup>56</sup>

Anota Luís Roberto Barroso que a “interpretação retrospectiva”, por ser uma das patologias inveteradas da interpretação brasileira, deve ser rejeitada, tendo-se em vista que tal método exegético implica numa (re)interpretação automática e acrítica das normas legais anteriores à Constituição utilizando-se de jurisprudência desenvolvida no regime pretérito.<sup>57</sup>

Nesse sentido, impõe-se uma meia-culpa por parte dos operadores do direito, no que toca o excesso de privação de liberdade. Na medida em que, em vez de manejarem umas das armas principais dos defensores dos direitos humanos – o *jus postulandi* – para criticar e objetar velhos e inconstitucionais paradigmas no direito, perde-se enorme tempo nas petições e demais trabalhos jurídicos com contorcionismos hermenêuticos, na tentativa geralmente frustrada de demonstrar que o seu cliente, no caso, paciente, não se enquadraria nas súmulas de jurisprudência do STJ (números 21, 52 e 64) e demais orientações dos tribunais em material processual penal, com o intuito, pouco frutífero, de libertá-lo do cárcere provisório indefinido.

Melhor usar, nesse duro e permanente combate, princípios interpretativos do novo constitucionalismo, pautado pela teoria dos princípios (força normativa da constituição) e dos direitos e garantias fundamentais (aplicação direta e imediata), para questionar nas raízes e, sob todos e quaisquer ângulos de observação jurídica, a inconstitucionalidade flagrante da maioria das construções pretoriana de aplicação recorrente na esfera da duração da prisão cautelar por parte de magistrados de primeiro e segundo grau, e, o que é pior, pelos membros do Órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Na realidade, ou se combate com as armas normativas e democráticas disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro e internacional a *praxis* judiciária, especificamente relacionada com o excesso de prazo da custódia, ou

continuaremos nos ressentindo de um processo criminal com forte herança autoritária e ditatorial.

É inaceitável que a garantia da legal e razoável duração do processo criminal não se efetive, tornando-se, como tantas outras, uma norma constitucional meramente programática, desprovida de eficácia direta e destituída de sanção estatal para as autoridades públicas, em especial, as judiciárias, pelo não-cumprimento imediato da cláusula da celeridade processual.<sup>58</sup>

Finalizando, torna-se imprescindível a construção de um raciocínio teórico de índole constitucional e democrática, de modo a favorecer a institucionalização de um modelo garantista de direito e processo penal<sup>59</sup> e a formação de uma cultura jurídica de respeito integral aos direitos e garantias humanas, em especial aos direitos fundamentais dos presos, tudo em razão última de que os seres humanos, independentemente de eventual culpa, são iguais em dignidade e direitos.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Brasil: **Aqui ninguém dorme sossegado**. Violações dos direitos humanos contra detentos. Porto Alegre: Seção brasileira da Anistia Internacional, 1999.

BARROSO, Luís Roberto: **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A era dos direitos**. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n. 4.183-8-RJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.T., julgado em 07.02.95, DJU de 02.03.95.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. HC 93.786-ES. Rel. Carlos Brito, 1.T., julgado em 17.06.2008.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal**. Curitiba: JM Editora, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu**



- prazo de duração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador (BA): Podivm, 2009, v. 1.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional.** 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. In: ZOMER, Ana Paula et al (Trad.). **Direito e razão.** Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos.** 2. ed. São Paulo: [s.d.], 1992.
- LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará,** Fortaleza, ano 7, n. 9, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Prisão: Crepúsculo de uma era.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEMGRUBER, Julita. O uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário,** Brasília, ano 1, n. 7, jan./jun. 1996.
- LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MOSSIN, Heráclito Antônio: **Comentários ao código de processo penal à luz da doutrina e da jurisprudência.** Barueri: Manole, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 6. ed. São Paulo: RT, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Advogado, 2003.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.



VALENTE NETO, José. **Petição de habeas corpus**. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. 2010. Referente ao processo crime nº. 7522-8.2008.8.06.0117/0. 2ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE.

VITA, Carolina Almeida. Instrução deve considerar inocência do acusado. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-29/tempo-instrucao-condizer-estado-inocencia-acusado?pagina=3>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

- 1 Há ainda as hipóteses de prisões militares (art. 5, LXI, CF/88) e de prisão cautelar admitida durante o estado de sítio (art. 139, II, “b”), quando a ordem prisional é exarada por autoridade competente não judiciária.
- 2 A observação é do Prof. Dr. Cesar Barros Leal, proferida em Seminário Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor), intitulado “Execução Penal na América Latina”, nos dias 28, 29 e 30 de outubro e 11, 12 e 13 de novembro de 2010.
- 3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 462.
- 4 A Lei n. 8.072/90 vedava a concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados, em total dissonância com a previsão constitucional do direito individual de responder à inculpação criminal solto, quando não se configurar uma das hipóteses de prisão preventiva.
- 5 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.
- 6 LEMGRUBER, Julita. O uso indiscriminado da pena privativa de liberdade. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário**, Brasília, ano 1, n. 7, jan./jun. 1996.
- 7 “A significativa maioria de nossa população aprisionada, provisória ou definitivamente, é composta por pessoas de baixíssima, quando nenhuma, renda, que não têm a mais mínima condição de patrocinar uma defesa mais eficaz de seus interesses” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113).
- 8 WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10.
- 9 Relatório da Anistia Internacional. Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos. Porto Alegre: Seção brasileira da Anistia Internacional, 1999. p. 2. Apesar do ano desse relatório, a problemática dos cárceres brasileiros ainda permanece viva e perversa.
- 10 LEAL, César Barros. **Prisão**: Crepúsculo de uma era. Bel Horizonte: Del Rey, 2001, p. 66.
- 11 O Estado democrático requer um processo penal democrático, isto é, um processo criminal visualizado “a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade, ainda que, se preciso for, deixe-se de aplicar legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 79.)
- 12 No Brasil, essa convenção passou a vigorar no ano de 1992.
- 13 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 679.
- 14 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 1, p. 39.
- 15 BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal**. Curitiba: JM Editora, 2006, p. 52.
- 16 LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 44.
- 17 FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 2 ed. São Paulo, 1992, p. 62.
- 18 FERRAJOLI, Luigi. In: ZOMER, Ana Paula et al. (Trad.). **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 446.
- 19 BOBBIO, Norberto. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). **A era dos direitos**. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23; 25; 36- 37.
- 20 Que correspondia ao somatório dos prazos fixados para cada ato do processo de rito ordinário, isto é, dos crimes apenados com reclusão: 10 dias (inquérito); 5 dias (denúncia); 3 dias (defesa prévia); 20 dias

- (inquirição de testemunhas); 2 dias (requerimento de diligências); 10 dias (para despacho do requerimento); 6 dias (alegações finais); 5 dias (diligências de ofício); 20 dias (sentença). Ver. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 617-618.
- 21 DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 118. Esclareça-se que, pela reforma processual penal do ano de 2008, especificamente no tocante à Lei nº. 11.689/2008, no procedimento comum ordinário, o prazo para o julgamento do processo foi alterado, de tal forma que o prazo máximo para a custódia acautelatória passou a ser de 95 a 125 dias, conforme o caso. Ver. VITA, Carolina Almeida. Instrução deve considerar inocência do acusado. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-29/tempo-instrucao-condizer-estado-inocencia-acusado?pagina=3>>. Acesso em: 04 dez. 2010. Para resumo do rito comum ordinário atualizado, ver. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, p. 69-70.
- 22 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri: Manole, 2005, p. 1398.
- 23 Ver. MOSSIN, op. cit., p. 1398-1399, para conferir as principais justificativas encontradas na jurisprudência sobre o assunto.
- 24 DALABRIDA, op. cit., p. 119.
- 25 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n. 4.183-8-RJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.T., julgado em 07.02.95, DJU de 02.03.95, p. 6145. *Mutatis mutandis*, a Súmula nº. 21 do Superior Tribunal de Justiça traz linha idêntica de orientação, ao estabelecer que, no procedimento do tribunal popular do júri, “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Por isso, as mesmas considerações e críticas direcionadas à Súmula nº. 64 do STJ são válidas, em grande medida, para a de nº. 21.
- 26 BRETAS, op. cit., p. 103.
- 27 VITA, op. cit.
- 28 LOPES; BADARÓ, op. cit., p. 111.
- 29 *Ibid.*, p. 103.
- 30 DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 325. Esse mesmo autor explica didaticamente um expediente altamente reprovável e ilegal de juízes de primeiro grau, que vivenciei pessoalmente ao exercer o cargo de assessor de desembargador no TJ-CE (2006-2008): “(...) é comum as testemunhas de acusação acabarem sendo ouvidas antes de prestadas as informações [em *habeas corpus* impetrado nos tribunais], ou, então, até mesmo em função da impetração da ordem, acabar a autoridade coatora [juiz de direito] por designar, para data próxima, audiência para a oitiva das testemunhas acusatórias faltantes. Nessas circunstâncias, os Tribunais, ao arrepio da lei, acabam, por ocasião do julgamento, entendendo superado o excesso de prazo” (op. cit. p. 330). Complete-se, ainda, que, em casos que tais, se existisse apenas a presunção de que a audiência acusatória fora encerrada na data previamente fixada, o que nem sempre acontecia de fato, não haveria mais que se alegar dilação ilegal de prazo da custódia. Essa maneira de julgar talvez fosse uma das principais causas de indeferimento de *habeas corpus* nos tribunais brasileiro, em total dissonância com o moderno direito processual penal liberal, garantista e democrático.
- 31 Anota-se que era possível o representante do Ministério Público desistir de uma testemunha de acusação ausente à audiência de instrução para evitar a soltura do réu, ainda que isso compromettesse a aferição da verdade material. Ver. DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 324.
- 32 DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 336.
- 33 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 48.
- 34 DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 57-58.
- 35 Para uma visão mais aprofundada do direito à prova, ver. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p.76-113.
- 36 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Advogado, 2003, p. 113. Fábio Konder Comparato aduz que “a proteção da dignidade da pessoa humana é finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico” (COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78).
- 37 “Deve-se saber distinguir quando o excesso de prazo deve ser debitado à defesa e quando de fato decorre da mora judicial”. VITA, op. cit.
- 38 CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111-112.

- 39 TORNAGUI, [s.d.] apud MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 193.
- 40 Ver., para uma visualização mais dilatada das hipóteses da superação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na custódia antecipada, MOSSIN, op. cit., p. 1398-1399. Além das justificativas criadas judicialmente, há outras previstas na própria lei processual penal, tal como o motivo de força maior (art. 403 do CPP).
- 41 MACHADO, op. cit., p. 191.
- 42 DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 314.
- 43 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 77-78.
- 44 Ibid., p. 316.
- 45 Ibid., p. 315.
- 46 DALABRIDA, op. cit., p. 123. Registre-se que somente nos casos em que ocorre, regra geral, excesso extremamente longo na duração do tempo de custódia cautelar é que os tribunais têm reconhecido o constrangimento ilegal à liberdade do acusado e, por conseguinte, deferido o remédio heróico do *habeas corpus*. Confira. STF Ementa: “1. (...) 2. No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada há mais de oito anos, sendo que nem sequer foram ouvidas as testemunhas que residem em comarca diversa do Juízo da causa, nada justifica a falta de realização do ato por mais de cinco anos. A evidenciar que a demora não decorre de ‘manobras protelatórias defensivas’”. (HC 93.786-ES. Rel. Carlos Brito, 1.T.,17.06.2008, v.u.).
- 47 MOSSIN, op. cit., p. 1400.
- 48 BRETAS, op. cit., p. 110.
- 49 Ibid., p. 111.
- 50 DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 340-341.
- 51 REALE, [s.d.] apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 341.
- 52 O professor César Barros Leal, com o profundo conhecimento de causa e precisão, retrata a realidade dos cárceres brasileiros: “Seja na casa de Detenção de São Paulo, onde cerca de 7.250 homens habitam a maior prisão da América Latina, ou na Penitenciária Aníbal Bruno, de Pernambuco, palco de torturas veiculadas inúmeras vezes pela imprensa, seja na decadente Lemos de Brito, de Salvador, com seu Beco da Morte, ou no Instituto Penal Paulo Sarasate do Ceará, semidestruído por presos amotinados, vi a projeção reiterada do mesmo filme, co-produzido pelo estigma, pelo preconceito e pela indiferença. Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade, carentes de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas, onde a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas improvisadas dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam as suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes como método de obter confissões; prisões onde se conservam as surdas, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, onde os presos são recolhidos por tempo indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde os detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos, continuam presos por esquecimento do juiz, que não lhes providencia o alvará de soltura; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos – que deveriam se submeter a uma observação científica – são transferidos em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos” – grifos nossos. (O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**. Fortaleza, ano 7, n. 9, 1992, p. 56).
- 53 VALENTE NETO, José. **Petição de habeas corpus** ajuizado pelo defensor público José Valente Neto perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em 02 de agosto de 2010, referente ao processo crime nº. 7522- 8.2008.8.06.0117/0, que tramita no Juízo da 2ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE.
- 54 TOURINHO FILHO, 2009, op. cit., p. 645.
- 55 LOPES JÚNIOR; BADARÓ, op. cit., p. 117.
- 56 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, v. 304, ano. 84, out-dez, 1988, p. 152.
- 57 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação constitucional e aplicação da constituição: fundamentos de**

- uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70-71.
- 58 TAVARES, op. cit., p. 680.
- 59 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 13-15; OLIVEIRA, op. cit., p. 05.

## STARE DECISIS AND THE TERM OF PREVENTIVE DETENTION: A MATTER OF CONSTITUTIONALITY

### ABSTRACT

This paper examines the excess of time in preventive detention of investigated and accused individuals in Brazil, with an emphasis on the juridical institutions, principles and rules used by authorities aimed at maintaining temporary detention for more time than allowed by existing laws. In order to do so, the author examined stare decisis regarding the term of preventive detention and their adequacy to constitutional values in force. It was possible to verify that court opinions and decisions dogmatically treat a series of hypotheses and situations in which it is considered not to be illegal to maintain detained an individual for an extended term. However, such opinions and decisions are not compatible with the present system of fundamental rights and guarantees set by the Constitution, especially as regards principles such as the due process of law, the presumption of innocence and human dignity.

**Keywords:** Preventive detention. Excess of time. Stare decisis from the Higher Court of Justice (STJ). Unconstitutionality