

PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Guilherme Henrique Vieira Carrero
Maíra Sá Araújo

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso da graduação de Direito da Faculdade Esamc Uberlândia tem como escopo principal a prisão preventiva, dando-se um enfoque na problemática do prazo em que um investigado que tem sua prisão preventiva decretada poderá responder em cárcere. A maior inspiração para fazê-lo nasceu do contato diário com o direito na prática, seja dentro de um escritório de advocacia, seja em um órgão do judiciário. No decorrer deste trabalho, serão abordadas questões de relevância ao ordenamento jurídico, levando-se em consideração que hoje se discute a liberdade de um investigado em que toda uma sociedade aponta como culpado, mas amanhã poderá ser qualquer um de nós a colidir com uma situação semelhante. Para tanto, buscou-se embasamento em jurisprudências, doutrinas de vários autores especialistas no tema e só assim conseguiu-se alcançar a solução desta problemática.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Prazo; Excesso de prazo; Constrangimento ilegal; Razoabilidade.

RESUMEN

El presente trabajo de conclusión de curso de graduación en Derecho de la Facultad Esamec Uberlândia, tiene como alcance principal la prisión preventiva, con enfoque en la problemática del plazo en que un investigado que tiene su detención preventiva decretada podrá responder en cárcel. La mayor inspiración para hacerlo surgió a partir del contacto diario con el derecho en la práctica, sea dentro de un escritorio de abogacía, sea en un órgano judicial. A lo largo de este trabajo, serán tratados puntos relevantes al ordenamiento jurídico, tomando en cuenta que hoy se discute la libertad de un investigado en que toda una sociedad señala como culpable, pero mañana podrá ser cualquier de nosotros a encontrarse en una situación similar. Para esto, se buscó fundamento en jurisprudencias, doctrinas de diversos autores expertos en el tema y únicamente de esta manera se logró alcanzar la solución de esta problemática.

Palabras-clave: Detención Preventiva; Plazo; Exceso En El Plazo; Confinamiento Ilegal; Carácter Razonable.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PRISÃO PREVENTIVA.....	7
2.1 Decretação	7
3 PRESSUPOSTOS	10
3.1 Da Garantia da Ordem Pública e Econômica	10
3.2 Da Conveniência da Instrução Criminal.....	11
3.3 Da Garantia da Aplicação da Lei Penal.....	11
4 DA LEGITIMIDADE	13
4.1 Princípio da Presunção de Inocência	13
4.2 Princípio da Razoável Duração do Processo	14
5 DO PRAZO	17
5.1 Da Contagem do Prazo Global ou Isolada.....	20
6 DO SURGIMENTO DA LEI 12.403/11.....	23
6.1 Das Medidas Cautelares Alternativas.....	25
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

Com o fito de trazer à tona um tema pouco abordado em trabalhos científicos, mas de grande relevância, foi necessária a imersão em estudos doutrinários e posições jurisprudenciais de nossos Tribunais, incluindo também minuciosa observação à Constituição Federativa do Brasil, bem como um olhar humanitário ao indivíduo que tem sua liberdade ceifada, antes mesmo de uma condenação penal transitada em julgado.

O trabalho tem como escopo principal abordar como e quando poderá a prisão preventiva ser decretada, apresentar seus fundamentos e requisitos, e salientar o tempo que o investigado em um inquérito policial, ou o réu de uma ação penal, poderá permanecer em cárcere.

Busca-se nivelar teoria e prática, baseando-se no cotidiano dos profissionais do âmbito criminal. Destarte, não se projeta um trabalho de conclusão de curso de caráter fatigante, visto que possui conteúdo eminentemente prático.

No decorrer do trabalho serão analisadas situações que irão descortinar o constrangimento ilegal vivido pelo acusado, a ausência de obediência à Constituição e a morosidade do judiciário brasileiro.

Para tanto, serão explicados, de forma detalhada e ao mesmo tempo sucinta, os requisitos, princípios e pressupostos necessários para a aplicação da prisão preventiva, de forma a evitar a negligência que se percebe em relação a estes, no momento da medida cautelar, que se apresenta bastante agressiva e deveria ser utilizada como última forma de repressão. Ademais, apresenta-se solução para o problema da delonga excessiva na duração das prisões preventivas, que muitas vezes se confirma injusta ao final do processo.

2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de medida cautelar, que é imposta para assegurar que o investigado em uma ação penal não atrapalhe a devida instrução processual, tentando esquivar-se de responder o devido processo legal, ou inviabilizar a produção de provas para o processo, impedindo assim que a formação da culpa seja concluída.

Nas palavras de Ana Flávia MESSA: “em *sentido amplo*, prisão preventiva é toda privação de liberdade efetuada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; é o gênero das prisões anteriores à sentença definitiva” (MESSA, 2013, p. 207).

É uma medida cautelar processual, que consiste na privação da liberdade do indivíduo, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, sendo medida processual pessoal e intransferível, que pode ser decretada a pedido do Ministério Público, da autoridade judicial competente e *ex officio*, durante a investigação policial (inquérito) ou da instrução criminal. Na fase pré-processual, não há necessidade de haver inquérito policial para a decretação da mesma. Já na processual, pode ser decretada a qualquer momento.

A prisão preventiva é medida *ultimo ratio*, ou seja, é utilizada em último caso, quando se percebe que qualquer outra medida cautelar diversa da prisão seria ineficaz. Ainda, é medida excepcional, não sendo a regra do processo. É uma medida facultativa, no sentido de que o judiciário pode ou não decretá-la, devendo a decisão ser devidamente fundamentada, obedecendo a requisitos legais, sendo assim, uma medida judicial. Acima de tudo, devemos ressaltar que é uma medida agressiva, pois fere o direito fundamental de liberdade da pessoa, previsto em nossa Constituição Federal de 1988.

2.1 Decretação

Para que seja decretada a prisão preventiva, devem-se observar alguns pressupostos e requisitos legais, essenciais e específicos. No que tange aos pressupostos, para que possa aplicar tal medida, deve-se observar a real existência do crime, por meio da prova da materialidade deste e indícios de autoria, que serão provadas mediante exame de corpo de delito ou, na falta deste, por prova testemunhal. Não podendo, assim, restar dúvidas quanto aos fatos.

Os indícios devem ser suficientes e sólidos. A convicção deve ser firmada com clareza de que o indivíduo cometeu o crime, não podendo basear-se em meras suposições e/ou

convicção. É, ainda nas palavras de MESSA: “a probabilidade de ser o acusado ou indiciado o autor do crime” (MESSA, 2013, p. 208).

A fundamentação da decretação da prisão preventiva pelo magistrado deve ser baseada nos requisitos específicos, não bastando, apenas, fundar-se na gravidade do crime cometido, devendo extrair dos autos fatos que demonstrem a real necessidade de tal medida agressiva e excepcional, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.

Devemos observar ainda, que para a decretação da medida cautelar, deve ser observado a pena mínima em abstrato imposta ao crime, não devendo ultrapassar a prisão cautelar o prazo superior a esta. Como menciona Eugênio Pacelli, “nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar” (PACELLI, 2012, p. 500). Ressalta-se ainda, que não se aplica prisão preventiva em casos de crimes culposos, os quais o investigado ou indiciado não possuía a intenção de cometer.

Desta forma, aplica-se tal medida excepcional apenas em casos de crimes dolosos, os quais o autor da infração teve a intenção de cometer e pode, desta forma, vir a atrapalhar a construção de provas para o crime que lhe é imputado, como por exemplo, intimidação de testemunhas, vítimas, peritos ou qualquer pessoa envolvida no processo, ou alterando as provas e vestígios.

Como esmiúça Eugênio Pacelli:

9. nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 1º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a **transação penal**, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão **condicional do processo**, conforme previsto na Lei nº 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo. Em se tratando de crimes **culposos**, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado na **proporcionalidade**; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares dos arts. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação; [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 490).

Para que seja decretada a prisão preventiva, também devemos analisar os requisitos essenciais e específicos, aos quais nos referimos há pouco. Como requisitos essenciais, temos o *Periculum libertatis* e o *Fumus Comissi Delicti*.

O *Periculum libertatis*, ou seja, “perigo na liberdade” do acusado ou indiciado, trata dos riscos que o próprio representa para assegurar a aplicação da lei penal. Se, em liberdade, o investigado resolve praticar atos que prejudicarão na produção de provas da instrução processual, apresentando, de forma inequívoca, probabilidade de provocar prejuízos probatórios, executórios e/ou no meio social, este representa um risco para o processo, devendo ser privado de sua liberdade.

Quanto ao *Fumus Comissi Delicti*, ou seja, a “fumaça do cometimento do delito”, segundo Thiago Minagé, “a demonstração efetiva, de que um crime ocorreu deve estar presente em uma aceitação de probabilidade, ou seja, inadmitindo meros juízos de admissibilidade, dispensando assim o achismo que perturba os personagens jurídicos” (MINAGÉ, 2015, p. 74).

Entende-se então, que ao obedecer tal requisito, devemos analisar e tratar com certeza, ou quase, a probabilidade de tal investigado ou indiciado ter praticado o crime, não podendo tratar-se de meras suposições, mas sim de um conjunto probatório em construção que nos leva a ter plena convicção da materialidade e autoria dos fatos.

Ambos os requisitos essenciais devem ser obedecidos no sentido de que devemos assegurar a construção probatória dos fatos, que nos levam a crer na materialidade e autoria do crime, privando a liberdade do acusado que ameaçar atrapalhar o devido andamento da investigação ou processo.

3 PRESSUPOSTOS

Não só os requisitos essenciais devem ser observados, como os requisitos específicos, quais sejam: a garantia da ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal. Os quais iremos tratar a seguir em tópicos separados.

3.1 Da Garantia da Ordem Pública e Econômica

O escopo principal deste requisito indispensável para decretação da prisão preventiva é a prevenção do cometimento de novas infrações penais pelo indiciado, que na permanência da sua liberdade poderá provocar vários eventos danosos à sociedade. Conforme afirma José Frederico Marques “o periculum in mora deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilatação do desfecho do processo – na vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela” (MARQUES, 1997, p. 63).

Diante disso, a decretação da prisão preventiva ao imputado não é só um meio de restaurar a credibilidade do judiciário, mas também garantir a paz e a tranquilidade no meio social. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, “ordem pública (...) é a paz, a tranquilidade no meio social” (FILHO, 1997, p. 478).

Porém, a garantia da ordem pública não é caracterizada apenas e tão somente pela comoção social, a periculosidade do réu e de seus comparsas, a gravidade do crime e o *modus operandi* identificados nos autos são elementos suficientes para justificar tal requisito, que visa também cessar a reiteração criminosa. Nas palavras de Guilherme Souza Nucci, “a garantia da ordem pública, como fundamento para a prisão preventiva, deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente.” (NUCCI, 2008, p. 605).

Nesse tocante, cabe ressaltar que identificado os pressupostos e condições elencados no artigo 312, do Código Processual Penal, o agente mesmo ostentando bons antecedentes e sendo réu primário não será empecilho para decretação da prisão preventiva.

A par disso, também compõe fundamento para decretação da prisão preventiva, a garantia da ordem econômica, que visa frustrar o encadeamento da prática dos crimes para normalizar a economia, e que o imputado volte a cometer novos delitos econômicos, gerando assim profundo dano social, além de afetar a livre concorrência.

3.2 Da Conveniência da Instrução Criminal

Sendo este um requisito para decretação da prisão preventiva, cercear a liberdade do acusado durante o inquérito policial e até mesmo na ação penal, pode ser um mecanismo importante a ser utilizado pelo magistrado com objetivo de impedir que o investigado atrapalhe o andamento processual, destruindo provas do crime, apagando vestígios e ameaçando testemunhas, peritos ou qualquer parte envolvida no processo, e impedindo assim que a busca pela verdade real não seja de forma alguma colocada em risco.

O *periculum libertatis*, é um fundamento caracterizado em excelência pelo requisito em questão, ele consiste em um termo jurídico que indica que a liberdade do acusado oferece perigo, uma vez que a decretação da prisão preventiva tem por escopo principal proteger a produção probatória, proporcionando ao juiz as devidas condições para ao final emitir um julgamento imparcial e justo.

Resta devidamente fundamentada a decisão do E. Tribunal *a quo* que determinou que:

[...] o restabelecimento da prisão cautelar, com a expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela conveniência da instrução criminal, tendo em vista a notícia dos autos de que se as testemunhas, que poderão ser ouvidas na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, estariam se sentindo intimidadas diante de certas condutas praticadas pelos recorrentes (TJRN, Recurso Especial nº 909021/RN, 2007).

Vale dizer que, deve-se discernir o fato de que o alegado ser citado e não se apresentar para satisfazer os questionamentos existentes no processo, mesmo após a devida citação pessoal, ou então, se sequer o imputado é encontrado para citação, não autoriza a decretação da prisão preventiva.

Destarte, embora o termo seja mencionado como “conveniência”, esta medida não surgiu para o bem-querer do magistrado, e sim para a proteção do devido processo legal, quando se mostrar necessário e imprescindível tal aplicação.

3.3 Da Garantia da Aplicação da Lei Penal

No que tange à garantia da aplicação da lei penal, medida estritamente cautelar, estamos tratando dos casos em que há fundados indícios de que o acusado ou indiciado pretende fugir, para se eximir de suas responsabilidades e burlar a aplicação da condenação a qual poderá ser submetido. Deve-se sempre ter em mente que os indícios do risco de fuga

devem ser claros e determinados, para, assim, justificar o receio de que o acusado ou indiciado irá fugir.

Em casos em que o investigado ou denunciado foge no momento da prisão em flagrante delito, por exemplo, pode este ser um indício de que, ao ser encontrado, irá ser rebelde quanto ao cumprimento de sua possível condenação, justificando, assim, sua prisão preventiva.

Outros indícios, também, são o fato de o investigado ou indiciado não possuir residência fixa, emprego fixo, apresentar mal antecedentes e não possuir vínculo com o local em que praticou o crime. Tais fatos levam à crença de que o mesmo irá fugir para abster-se de cumprir a pena a que possivelmente será acometido, tendo em vista que não há o que o prenda no local da culpa.

A fuga do acusado ou indiciado resultaria na não aplicação da lei penal, exatamente o que tal princípio busca resguardar. Porém, conforme explica Henrique Saibro, (2015, s/n), “a mera presunção de fuga não é o suficiente para o enclausuramento preventivo, pois necessária a colheita de dados fáticos veementes a ponto de motivar a potencialidade de o indivíduo evadir-se durante a *persecutio criminis*”.

Ainda, temos que, conforme Roberto Delmanto Junior (2001, p. 177), a decretação da prisão preventiva não pode fundar-se apenas na garantia da aplicação da lei penal, o que resultaria em sua inconsistência.

A decretação da prisão preventiva deve basear-se, portanto, em pelo menos um destes fundamentos aqui mencionados, para, assim, justificar a aplicação de tal medida excepcional.

4 DA LEGITIMIDADE

Antes de mencionarmos os princípios que compõem o processo penal, devemos entender o que chamamos por “princípios”.

Trata-se de regras básicas, que não devem ser questionadas ou contestadas, sendo tratadas como normas. São direitos e garantias que devem ser analisados antes da elaboração e aplicação de qualquer lei ou mandamento, não podendo ser negligenciados ou negados a uma pessoa.

Neste sentido temos que, princípios do processo penal são as normas que estão na base do ordenamento jurídico, guiando a interpretação e aplicação das leis, para garantia dos direitos fundamentais do acusado. Acabam, por si só, na ausência de regra ou lei, resolvendo certos conflitos.

Ainda, devemos ressaltar que, a análise dos princípios processuais penais deve ter ligação íntima com o direito constitucional, visto que aludem a direitos fundamentais presentes neste.

São vários os princípios processuais penais, porém, no presente artigo, trataremos apenas de dois principais, os quais são de maior relevância para o tema. São eles: princípio da presunção de inocência e princípio da razoável duração do processo, que abrangem, em sua essência, alguns outros princípios.

4.1 Princípio da Presunção de Inocência

Ao tratarmos do princípio da presunção da inocência, não podemos deixar de citar o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Tal princípio visa tutelar a liberdade pessoal do acusado.

Em análise deste, percebe-se que, em sua essência, não presume inocência, tratando o investigado como “inocente”, mas sim, presume a não culpabilidade, garantindo ao mesmo que não será considerado culpado, e não que será considerado inocente, até que haja prova dos fatos e trânsito em julgado do processo. (BONFIM, 2014, p. 89).

Com a garantia fundamental da não culpabilidade do acusado, a parte acusatória fica com o ônus de provar a materialidade do delito e o envolvimento deste com o crime, visando provar sua culpabilidade. Caso reste infrutífero, o juiz, na dúvida da autoria, não pode julgá-lo

culpado, devendo absolvê-lo. Tratamos aqui, portanto, da influência do princípio *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu) no estado de presunção da não culpabilidade.

Desta forma, temos que o princípio da não culpabilidade não é um princípio absoluto, mas sim transitório, visto que, caso a parte acusatória consiga provar o envolvimento do acusado com o crime e seja proferida sentença penal condenatória, este sai do “status” de não culpado para o “status” de culpado, no processo.

Respaldamos ainda sua extrema importância, com o art. 11, § 1º, da Declaração de direitos humanos, que diz: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. (BRASIL, 1948)

Demonstramos assim, a necessidade deste princípio ser adotado de forma basilar no processo penal, devendo sempre ser observado no decorrer das ações.

Conforme versa Renata Silva e Souza:

Durante as investigações e o processo, o réu não deve ser punido antecipadamente, e nem mesmo tratado como culpado, aplicando só as medidas necessárias, e restringindo o mínimo de direitos possíveis, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado. (SILVA E SOUZA, 2011, p. [s.n])

Assim, com o auxílio deste princípio, reforçamos que a aplicação banalizada e mal fundamentada da prisão preventiva desrespeita mais uma garantia fundamental, acobertada pela Carta Magna de nosso País e pela Declaração de Direitos Humanos. Não se deve aplicar medida cautelar restritiva de liberdade àquele o qual não foi provado seu envolvimento ou autoria do crime, tendo em vista que lhe é garantida a presunção de “não culpabilidade”.

4.2 Princípio da Razoável Duração do Processo

Não é novidade que o tempo da duração de um processo é um dos pontos mais discutidos dentro do direito e da atividade jurídica, principalmente se discutindo quanto à liberdade de um indivíduo. Por essa razão, com intuito de promover a celeridade processual, resguardando a efetividade da tutela jurisdicional, foi inserido na Constituição Federativa da República no inciso LXXVIII, do art. 5º, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL,1988), um princípio de grande importância para o processo penal, denominado de princípio da razoável duração do processo.

Entretanto, determinar o tempo da duração de um processo se torna uma tarefa extremamente difícil para o Poder Judiciário, pois qual o tempo razoável para uma lide? É nítido que a demora em demasiado coloca em risco a efetividade do processo, já que em muitos casos quando o conflito é por fim solucionado não há mais problema.

Conforme José Rogério Cruz e Tucci:

[...] é evidente que a excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional, em muitos casos, vulnera a efetividade do processo, lesando o princípio do devido processo legal processual. A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza e compromete a segurança jurídica (CRUZ E TUCCI, 1998, p.12).

E também Sergio Demoro Hamilton:

(...) se o processo penal goza de razoável duração, como deseja a norma programática inserida pela Emenda Constitucional n° 45, o mesmo não pode ser dito em relação aos inquéritos policiais, que se arrastam por meses e anos sem solução e são fadados ao arquivamento ou extinção de punibilidade (HAMILTON, 2009, p. 284).

O tema em questão é de grande relevância e merece espaço discussão. Observado isso, ganhou destaque em tratados internacionais sobre direitos humanos, no artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por exemplo, assevera que:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Já o art. 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em 4 de novembro de 1950, em Roma, dispõe que:

Artigo 6º - Direito a um processo equitativo:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer

acusação em matéria penal dirigida contra ela (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950).

Impossível abordar este princípio sem logo mencionar outro princípio de relevância e também consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, denominado como princípio do devido processo legal. O mesmo tem a finalidade de garantir a eficácia dos direitos garantidos ao cidadão pela nossa Constituição Federal e também possibilita o mais amplo controle dos atos jurídicos, para manutenção do Estado Democrático de Direito e efetivação do princípio da igualdade.

Por isso, conforme Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (LUCON, 1999, p. [s.n]).

Ademais, diz também que:

Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do *case system* norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar in concreto se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal (LUCON, 1999, p. [s.n]).

Sendo assim, o devido processo legal tem por escopo e representatividade simbolizar a obediência às normas processuais propostas em lei, resguardando as partes de atos arbitrários das autoridades jurisdicionais e executivas.

5 DO PRAZO

Primeiramente, para falar sobre o que se entende como um prazo razoável para a aplicação da prisão preventiva, deve-se explicar o que se depreende como prazo.

Prazo é o período de tempo compreendido entre o início de uma investigação ou processo e o próximo ato processual que será praticado. Havendo um prazo especificado em lei, este deve ser entendido como o *tempo disposto à realização de determinado ato* (grifo nosso).

Como explica Vinicius Lang dos Santos, que utilizou os ensinamentos de José Carlos Teixeira Giorgis, os prazos devem ser constituídos em atendimento a dois fatores distintos: “o interesse público que exige ordem em juízo para pronta decisão e, de outro lado, o interesse particular, dando-se às partes lapso suficiente para assegurarem seus direitos” (SANTOS, 2008, p. 74). Sendo assim, prazo é o espaço de tempo entre dois momentos, de iguais direitos para as partes envolvidas no processo, nos quais os atos processuais devem ser praticados.

O prazo razoável, portanto, deve ser mensurado de forma a não prejudicar nenhuma das partes do processo, devendo assegurar o direito de defesa do acusado, assim como obedecer ao princípio da celeridade do processo, a fim de satisfazer a ordem pública e se fazer valer a justiça o mais rápido possível.

A Lei nº 9.034/95, dispunha em seu artigo 8º, que: “o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto” (BRASIL, 1995). A referida lei tratava dos crimes praticados por organizações criminosas, porém, passou a fazer-se uma analogia em relação aos prazos por ela estipulados, aplicando estes também aos crimes comuns.

Neste sentido, por analogia, passou-se a entender que o prazo razoável para duração da prisão preventiva seria o prazo estipulado por esta lei para o encerramento da instrução criminal, de 81 dias (que foi definido de acordo com a soma dos prazos estipulados pelo Código de Processo Penal, a cada ato da instrução processual), podendo ser prolongado para até 120 dias, como permitia a lei para instrução criminal de crimes investigados com réus soltos.

Diante desta análise, manter um investigado ou acusado preso por mais de 81 dias já caracterizaria excesso de prazo, porém, poderia ser prolongado para 120 dias. Qualquer manutenção de prisão provisória que ultrapassasse 120 dias, independente da complexidade do

caso e de suas circunstâncias (a não ser que a demora se dê por culpa exclusiva da defesa), caracterizaria excesso de prazo, configurando constrangimento ilegal.

Conforme se pode averiguar na ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a analogia foi de fato aplicada para caracterizar constrangimento ilegal:

EMENTA: PRISÃO PROVISÓRIA. PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO PROCESSO. PREVISÃO EM LEI ESPECIAL QUE DEVE SER APLICADA A TODOS OS CASOS. O art. 8º da Lei 9.034/95, ao estabelecer o prazo de cento e vinte dias para o encerramento dos processos, fixou o tempo máximo de prisão provisória para todas as hipóteses (art. 648, II, CPP). Ou seja, o prazo de oitenta e um dias continua sendo um marco, para se avaliar eventual constrangimento ilegal. E o cento e vinte dias passam a ser o limite máximo, quando não mais se admitirá qualquer excesso, ficando o Juiz impedido de justificar o atraso, ainda que em razão de situações especiais. A situação em julgamento se enquadra na hipótese, uma vez que o paciente está detido a mais de oito meses, ultrapassando, inclusive, o prazo mais dilatado admitido, ou seja, de cento e oitenta dias. Ademais, o atraso na conclusão do procedimento com relação ao paciente se deve à erronia do juizado. DECISÃO: Habeas-corpus concedido. Unânime. (TJRS, Habeas Corpus nº 70015566607, 2006).

Porém, com a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em agosto de 2008, foram modificados os prazos para cada ato processual, o que modificou a soma de todos os prazos, provocando a “queda da doutrina de 81 dias”, como denominam Viviane de Freitas Pereira e Ana Carolina Mezzalira (2010, p. s/n).

Com a referida reforma, novamente o legislador se absteve de estipular prazo de duração para a prisão preventiva, voltando à **“estaca zero”**, em que o prazo para configurar constrangimento ilegal seria novamente ditado de acordo com a opinião pessoal do magistrado (grifo nosso). Eis que, diante disso, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar o **princípio da razoabilidade** como princípio base, norteador, para a duração da prisão preventiva, no qual seriam analisados três requisitos: “complexidade do caso, conduta do acusado e defesa ao longo do feito e a conduta das autoridades judiciárias”, conforme explicam Viviane Pereira e Ana Carolina Mezzalira (2010, p. s/n). [grifo nosso]

É unânime o entendimento do STF quanto à necessidade de analisar tais requisitos para manifestar-se em relação ao excesso de prazo relativo à manutenção da prisão preventiva, baseando-se sempre no princípio supramencionado.

Quanto à complexidade do caso, há de se analisar a forma como o crime foi praticado, assim como a quantidade de investigados e testemunhas, o que, havendo muitos envolvidos, pode retardar o andamento do processo.

Em relação à conduta do acusado e defesa, há de se analisar se, propositalmente, não estão provocando a lentidão do tramitar do processo por meio de torpeza, para se beneficiar com o suposto excesso de prazo.

E, por fim, ao analisar a conduta das autoridades judiciárias, o objetivo é verificar se não está ocorrendo um descaso por parte destas, motivo pelo qual estaria a delongar o andamento do processo.

Diante da averiguação desses três requisitos, é que se deve mensurar o prazo ideal e justo para a manutenção da prisão preventiva, buscando-se obedecer ao princípio da razoabilidade, para que não se configure um prazo abusivo para o investigado, assim como não permitir que o mesmo se aproveite de algumas situações para manter-se em liberdade e, em determinados casos, prejudique a produção de provas.

Porém, depara-se diariamente com a negligência das autoridades em relação ao princípio da razoabilidade aqui exposto, visto que mantem-se presos preventivamente investigados de crimes de simples dissolução por prazos exorbitantes, de acordo com suas opiniões pessoais ou, na maioria das vezes, por descaso. Um total desrespeito à dignidade humana e, principalmente, aos princípios norteadores da aplicação de tal medida repressiva que, *a priori*, deveria ser utilizada em último caso, e não apenas para manter o investigado em cárcere de acordo com a vontade e entendimento próprio de cada autoridade, como ocorre atualmente.

Como ressalta Delmanto, sobre as palavras de Fernando Fabião, *in verbis*:

A fixação de apertados prazos de duração da prisão preventiva é um processo que, embora não remedeie completamente, pelo menos, *muito atenua*, na medida em que reduz a sua duração, *a injustiça da prisão de um indivíduo* que, posteriormente, se averigua estar inocente, ou mesmo culpado mas não condenado em prisão efetiva, ou condenado nesta última, quando de menor duração que a prisão preventiva sofrida. [grifos do autor] (DELMANTO, 2001, p. 237).

Além disso, Delmanto também esclarece com a opinião de Luigi Lucchini, que, a prisão preventiva, na condição de última solução coercitiva, utilizada apenas em casos excepcionais, deve possuir “limites inexcedíveis de duração”, para que não favoreça a “inércia e comodidade dos juízes”. (DELMANTO, 2011, p. 237).

Em continuidade deste pensamento, Delmanto ainda menciona Alberto Silva Franco, que defende:

A duração temporal do processo tem que ser *devidamente demarcada*, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo sem limitação temporal, do encerramento do processo penal. [grifo do autor] (DELMANTO, 2001, p. 237/238).

Sabe-se que a prisão preventiva não tem o mesmo título jurídico que a pena, não podendo ser ambas consideradas iguais ou semelhantes, porém, na prática que vivenciamos, percebemos que ambas apresentam praticamente as mesmas características, tendo em vista que as duas afetam negativamente a liberdade do investigado ou condenado.

Em relação à falta de determinação expressa do prazo ideal para a prisão preventiva, que fica a critério do magistrado ser estipulado, concorda-se com as palavras de Delmanto, que afirma que “em matéria de prisão cautelar, não há falar-se em *prazos judiciais* (fixados pelo juiz), mas somente em *prazos legais* (fixados pela lei)”. [grifos do autor] (DELMANTO, 2001, p. 241).

Desta forma, está-se diante de um modo de determinação de prazo arbitrário, que fica a critério do julgador, tendo em vista que não há, previsto em lei, um prazo determinado a ser obedecido para a duração da prisão preventiva.

5.1 Da Contagem do Prazo Global ou Isolada

Com relação aos excessos de prazo, que ocorrem recorrentemente em nosso País, ao julgarem pedidos de revogação da prisão preventiva, relaxamento de prisão e ordens de *habeas corpus*, os Tribunais se depararam com a seguinte questão: devem ser considerados excedidos os prazos que não forem cumpridos isoladamente em cada fase do processo (como quando se extrapola o prazo para a formulação do inquérito, ou para o oferecimento da denúncia, etc.)? Ou deve-se somar os prazos, não importando que se extrapole alguns, desde que seja compensado na celeridade de outros, não ultrapassando a somatória de todos os prazos?

Existem duas correntes quanto à contagem do prazo para configurar seu excesso na prisão provisória. São elas: contagem global e contagem isolada.

Aqueles que são a favor da corrente que defende a contagem isolada dos prazos, alegam que este deve ser considerado excedido, resultando em coação ilegal, quando ultrapassado qualquer um dos prazos estipulados no nosso Código de Processo Penal, devendo ser o acusado colocado em liberdade imediatamente após a extrapolação de algum dos prazos determinados em lei.

Roberto Delmanto Junior cita Edgard Magalhães Noronha, que defende tal contagem, dizendo:

Em se tratando de liberdade da pessoa, a lei sempre tem o cuidado de fixar prazos, como se verifica dos arts. 46 (para oferecimento da denúncia), 401 (para audiência de testemunha) etc. Consequentemente, no caso do art. 304, § 1º, as diligências policiais deverão estar findas naqueles dez dias, devendo o acusado ser solto se tal não ocorrer (JUNIOR, 2001, p. 245).

Já na contagem global, corrente que alega que o prazo deve ser contabilizado como um todo, devendo configurar coação ilegal apenas após exceder o prazo total da somatória de cada prazo isolado, podendo-se extrapolar alguns, desde que compense na economia de outros, não ultrapassando a somatória de todos, temos a manifestação positiva de Bento de Faria, também citado por Delmanto Junior, que diz:

[...] como admitir-se que se dê a liberdade a um réu confesso, que cometeu um homicídio hediondo, sem nenhuma dirimente ou justificativa, só porque foram excedidos os prazos da formação da culpa! É bem de ver-se que solto por via de *habeas corpus* um réu em tais condições, a primeira coisa que fará será foragir-se em lugar incerto e não sabido (JUNIOR, 2001, p. 246).

Até a reforma do Código de Processo Penal, em agosto de 2008, a jurisprudência acordava com a contagem global dos prazos, na qual eram somados os prazos estipulados em lei e este deveria ser o prazo ideal para a manutenção da prisão preventiva.

Entretanto, após a referida reforma, quebrou-se a teoria dos “81 dias” (soma dos prazos para cada ato processual, à época), tornando-se a ficar, novamente, a determinação do prazo ideal para manutenção da prisão preventiva, a critério dos julgadores, visto que, mais uma vez, o legislador não definiu prazo em lei, deixando outra vez esta questão diante de uma grande lacuna.

Acaba ficando a critério dos juízes a decisão quanto ao excesso, ou não, da manutenção do cárcere preventivo. Assim, continua-se a se deparar, recorrentemente, com prazos arbitrários, determinados de acordo com o bem entender dos juízes de cada caso, desrespeitando a dignidade do preso. O que resta crer que, a única solução para este problema

em nosso País, seria aprimorar a eficiência da produção da culpa, agilizando o encerramento da instrução do processo. Ou, caso não seja uma medida viável ao nosso País, que está abalroado de processos e inquéritos por fazer, deveria o legislador estipular, em lei, o prazo máximo para a manutenção do cárcere preventivo, de acordo com a gravidade do crime.

6 DO SURGIMENTO DA LEI 12.403/11

A fim de maior valorização dos princípios já mencionados neste artigo, assim como para mais respeitar a dignidade humana daqueles envolvidos em investigações penais, principalmente os presos em flagrante e preventivamente, foi aprovada, no dia 04 de maio de 2011, a Lei nº 12.403, que trouxe diversas alterações em relação às prisões cautelares, fornecendo-nos novas medidas cautelares, de caráter pessoal, a serem aplicadas em benefício do acusado ou investigado.

As medidas cautelares de caráter pessoal, chamadas também por medidas cautelares subjetivas, instituídas pela Lei 12.403/11, modificaram o art. 319, do CPP, estando elencadas em seus incs. I a IX. São medidas de caráter pessoal por analisarem subjetivamente o investigado, sua vida pregressa, suas condições únicas e pessoais de sobrevivência, como trabalho fixo, residência fixa, além da pena aplicada ao crime cometido, etc.

A partir da análise subjetiva do investigado, determina-se a aplicação de determinada medida cautelar, a fim de evitar a decretação da prisão preventiva, que é medida excepcional, *ultima ratio*, conforme já explicamos.

Ao serem determinadas medidas cautelares diversas da prisão, devemos entender que estas são, assim como a prisão em flagrante ou preventiva, provisórias. Conforme explica Pacelli, “o que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra” [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 488). Vale ressaltar o fato de o autor comparar as medidas cautelares com a prisão preventiva ou provisória, no sentido de que **tais medidas também se enquadram como restrições a direitos subjetivos**, (grifo nosso), não devendo, portanto, serem mantidas *ad eternum*, ou, claramente falando, perpétuas, independentemente do resultado do processo.

Mencionado o caráter provisório das medidas cautelares, devemos também mencionar outras características das mesmas, que são: revogabilidade; substitutividade; e excepcionalidade.

Ainda em relação à provisoriedade, mencionada anteriormente, para que melhor fique o entendimento, será explicado aqui, conforme os ensinamentos de Mougenot, o porquê de tal característica.

As medidas cautelares visam assegurar determinada providência, necessária para o êxito da investigação criminal, ou do andamento do processo. A partir do momento em que não se vê mais riscos a tal procedimento, ou que já obteve êxito na produção das provas, não

há mais necessidade de manter a medida cautelar imposta a este quesito, devendo ser revogada. Tal possibilidade de revogação demonstra a provisoriedade das medidas cautelares.

Em relação à revogabilidade, conforme já foi adiantado no parágrafo anterior, característica diretamente atrelada à característica provisória da medida cautelar, temos que, de acordo com Mougenot, o fato de a medida ser revogável é associado à cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão). Se não mais se faz necessária determinada medida, conforme exemplificado acima, devido ao fato de as circunstâncias que provocaram a determinação desta serem totalmente mutáveis, não “permanecendo como estão”, é perfeitamente revogável sua aplicação (BONFIM, 2014).

Este preceito está previsto no art. 282, § 5º, 1ª parte, do CPP, que versa que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941).

Acrescentamos ainda que, conforme versado no artigo supra, caso venha o juiz a determinar a revogação de certa medida e, posteriormente, esta venha a ser novamente necessária, este pode decretá-la novamente, assim como decretar qualquer outra necessária no decorrer do processo, evitando, assim, a prisão preventiva do investigado.

Quanto à substitutividade, de acordo com o art. 282, §§ 5º e 6º, do CPP (BRASIL, 1941), é perfeitamente possível que o juiz venha a substituir determinada medida cautelar aplicada, caso não enxergue motivos para não fazê-lo, em benefício do investigado, podendo atuar *ex officio*, ou a requerimento das partes.

Ainda como evidência da substitutividade das medidas cautelares, temos o que é estabelecido em lei, que prega que a prisão preventiva apenas deve ser aplicada *ultima ratio*, como medida excepcional, se não for possível a sua substituição por qualquer medida cautelar, visando sempre a menor onerosidade para o investigado.

Por fim, ainda ressaltando o caráter excepcional das medidas cautelares, temos o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal/88, que preceitua o princípio da não culpabilidade do investigado, que também já foi tratado, afirmando que toda medida cautelar, seja de prisão, seja alternativa desta, deve ser aplicada excepcionalmente, pois, conforme nos explica Edílson Mougenot Bonfim, “se a imposição da medida vier a caracterizar efetiva antecipação da pena, inverter-se-ia o referido princípio, passando a ter o acusado como presumidamente culpado enquanto não definitiva a decisão sobre o processo no qual figure como réu” (BONFIM, 2012, p. 23).

Ainda conforme o mesmo autor, e para concluir-se a questão das características mencionadas, finalizar-se-á com seu ensinamento:

Se, no caso concreto, o acusado não oferecer qualquer risco ao escorreito tramitar da ação penal, não oferecer qualquer indício de que irá tumultuar o curso do processo, tampouco atrapalhar a instrução criminal, bem como não demonstrar ser propenso à reiteração criminosa, **nenhuma das medidas deverá ser aplicada ao caso**. Fala, aqui, pois, o primado da dignidade humana, do qual decorre o também constitucional princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, albergado pela Lei maior e reiterado, como escopo, pelo legislador infraconstitucional [grifo nosso] (BONFIM, 2012, p. 25).

6.1 Das Medidas Cautelares Alternativas

Será explicado aqui, de modo sucinto, as nove medidas cautelares alternativas da prisão. Diz-se de modo sucinto, pois, como há de se perceber no decorrer da explicação, estas são muito bem definidas, tornando-se autoexplicativas. Porém, não impede de clarear um pouco mais suas intenções.

O art. 319, do Código de Processo Penal, versa: “São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;” (BRASIL, 1941).

Como bem compara Pacelli (2012, p. 502), tal providência já existe em nossa jurisdição processual penal, conhecida como *suspensão condicional do processo*, medida que é utilizada quando a pena mínima cominada ao crime cometido é igual ou inferior a um ano, prevista pelo art. 89, da lei nº 9.099/95. Porém, a suspensão condicional do processo só será aplicada caso seja proposta ao acusado, aceita por este e decretada pelo juiz. Uma vez aplicada a suspensão, o acusado não está mais sujeito às outras medidas cautelares previstas por este artigo.

Como conceitua Mougenot “A suspensão condicional do processo pode ser definida como a interrupção do curso processual, com a imposição de uma série de condições ao beneficiado, durante um período de prova, que poderá levar à extinção da punibilidade” (BONFIM, 2007, p. 521),

Conforme preceitua o art. 282, inc. II, do CPP, cabe ao juiz definir a devida proporção de periodicidade do comparecimento do acusado, de acordo com a gravidade do crime e suas condições particulares (BRASIL, 1941).

Conforme bem explicita Pacelli, o Estado não pode punir mais ou menos o investigado que possui ou não labor definitivo, não obtendo o acusado a obrigação de possuí-lo, mas sim, o dever de justificar os recursos que obtém para sobreviver (PACELLI, 2012, p. 503).

Em continuidade, o inc. II, do art. 319, do CPP, versa a segunda medida cautelar diversa da prisão, o qual dispõe que: “II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;” (BRASIL, 1941).

Apesar de autoexplicativa e aparentemente de fácil aplicação, não há, atualmente, um modo eficiente e de fácil acesso para monitorar a presença ou não do investigado em lugares que lhe forem proibidos, que não seja a monitoração eletrônica. Entretanto, no Brasil, tal monitoramento ainda é de difícil acesso, devido a falta de tecnologia.

Mesmo sendo eficiente a medida imposta no inc. II do art. 319 do CPP, torna-se de difícil aplicabilidade e eficácia, dependendo, neste caso, da eficiência da polícia repressiva e da colaboração de cidadãos que possuem conhecimento do fato, o que não é comum.

Previsto no inc. III, do art 319, do CPP, temos “III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;” (BRASIL, 1941).

Mais uma medida de difícil aplicabilidade, tendo em vista que novamente depende sua eficácia da colaboração de cidadãos que tenham conhecimento do fato. O que facilita a aplicação da norma, é que envolve diretamente vítimas e seus familiares, os quais, com certeza, no ímpeto de não serem prejudicados, ou mesmo por medo, avisarão as autoridades caso o investigado venha a descumprir a medida.

Ainda, nos deparamos com a dificuldade de evitar todo e qualquer lugar que vítima e investigado possam se “esbarrar” na sociedade. Portanto, é majoritário o entendimento de que o que a medida pretende impedir é que o investigado procure a vítima, tente manter contato, tente se aproximar ou comunicar com a mesma. Tem que haver o dolo, a vontade de fazer, o propósito.

Mais uma medida cautelar arrolada pelo art. 319, do CPP, é “IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;” (BRASIL, 1941).

Tal medida visa assegurar a garantia da aplicação penal, tendo em vista justificado receio de que, ao ausentar-se da Comarca, o investigado pode vir a não retornar, prejudicando o andamento do processo, produção de provas e etc.

Mesmo diante da garantia de não autoincriminação, o investigado ainda está sujeito a não atrapalhar a produção de provas, principalmente quando se tratar de reconhecimento pessoal, pelo o qual, neste caso, é o acusado obrigado a comparecer quando intimado.

Conforme bem explica Pacelli:

[...] a garantia contra a não autoincriminação não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo. O que existe, como regra, é a proibição de a pessoa ser *compelida, contra a sua vontade*, a realizar os exames previstos em lei. De fato, não se pode forçar ninguém a *soprar* o bafômetro, e, tampouco, a *escrever de próprio punho* para comparações grafotécnicas. [...] Já para o reconhecimento de pessoa, no caso em que a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas oculares do fato, não há como recusar a validade da medida, podendo o juiz, inclusive, determinar a condução coercitiva do acusado *para esse fim* (art. 260, parte final, CPP). [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 504/505).

Ainda como opção de medida cautelar aplicável, temos o inc. V, do art. 319, do CPP, que diz “V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;” (BRASIL, 1941).

Em primeira mão, nos vem à cabeça que tal medida se trata de uma *prisão domiciliar*. Porém, apesar de parecer, não podemos confundi-la. De fato, trata-se de uma medida cautelar restritiva de direitos, assemelhando-se à prisão, enquadrando-se como uma substitutiva da prisão preventiva.

Para ser decretada tal medida, devido à sua gravidade e caráter restritivo, deve-se observar algumas peculiaridades do investigado, que nos são expostas no art. 318, do CPP, devendo o juiz se atentar a tais condições para decretá-la.

Mais uma alternativa das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, temos o inciso VI, que diz: “VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;” (BRASIL, 1941).

Como explicado no fim do texto desta medida, aplica-se a cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira, caso o juiz perceba que, diante de tais circunstâncias, o investigado possa ter acesso à destruição de provas úteis à investigação, assim com ao impedimento de colhimento destas.

Ademais, adverte quanto à relevância que tem a posição ocupada pelo investigado, seja em cargo público ou em instituição econômica ou financeira, o que pode conferir-lhe uma facilitação para a prática de novo crime ou destruição de provas.

Como explica Pacelli, entende-se por *função pública*, “toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o *emprego público* sob o regime trabalhista.” [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 508).

Ainda de acordo com o mesmo autor, “atividades econômico-financeiras” abrangem um grande leque de possibilidades, devendo ser observado o crime cometido pelo investigado e a relação que este possui com o desenvolvimento de seu serviço.

Outra medida cautelar diversa da prisão, é a prevista no inc. VII, do art. 319, do CPP, que leciona “VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26. do Código Penal) e houver risco de reiteração;” (BRASIL, 1941).

Esta medida deve ser aplicada apenas mediante apresentação de incidente de insanidade mental do acusado, especificado no art. 149, do CPP e tratado nos artigos subsequentes (arts. 150 a 154, do CPP).

Há de ser comprovado, mediante perícia, o verdadeiro risco de reiteração do crime por parte do acusado, devido a debilidade mental, permanente ou não, no momento do crime.

Mais uma alternativa proposta pelo art. 319, está em seu inc. VIII, que versa “VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;” (BRASIL, 1941).

Tal medida alternativa, de caráter patrimonial, apresenta a possibilidade de o investigado deixar como fiança dinheiro ou bens de valor, a fim de assegurar que este obedeça às obrigações presentes nos arts. 327 e 328, do CPP.

O termo “em caso de resistência injustificada à ordem judicial”, se refere ao caso de o investigado não obedecer alguma obrigação ou ordem delegada a ele, como as presentes no Termo de Fiança, mencionadas nos artigos supramencionados, ocasião em que será considerada quebrada a fiança e desrespeitada a medida cautelar.

Como última, mas não menos importante, medida cautelar, o art. 319, do CPP nos traz seu inc. IX, que apresenta “IX – monitoração eletrônica.” (BRASIL, 1941).

Método ainda pouco utilizado no Brasil, tal monitoramento permite a locomoção do investigado a determinados locais, recebendo, os responsáveis à monitoração, um aviso, caso este venha a comparecer em local que lhe foi proibido ou a se ausentar de local ao qual esteja obrigado a permanecer.

Devido ao custo dispendido a tal tecnologia, e mesmo à dificuldade de acesso à própria, ainda temos poucas referências ao uso no Brasil.

Porém, acreditamos na eficiência de tal medida, podendo ser cumulada com outras medidas supracitadas, como a de proibição de ausentar-se da Comarca e a de recolhimento domiciliar.

Ao fim das nove medidas cautelares alternativas da prisão arroladas no art. 319, do CPP, contamos ainda com uma décima medida alternativa, acrescida pela Lei 12.403/11, tipificada no art. 320, do CPP, a qual se trata da proibição de ausentar-se do País.

Temos que “Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (BRASIL, 1941).

Nas ocasiões em que, por motivos laborais, ou quaisquer que sejam, o investigado tem o costume de se ausentar do País, poderá ser decretada essa medida, devendo o mesmo entregar seu passaporte às autoridades federais das fronteiras. Porém, o que complica a aplicabilidade desta norma, conforme explica Pacelli (2012, p. 510), é o fato de que, para nem todos os Países (como Mercosul, ou em caso de transporte viário), é necessária a utilização de passaporte, conseguindo o investigado, em determinado momento, desvencilhar-se das autoridades.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um estado democrático de direito, a liberdade é um dos valores supremos de um indivíduo, direito fundamental assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federativa da República, inciso XV, onde estabelece que, toda e qualquer pessoa é dotada do direito à liberdade de locomoção, e a única forma que admite privação deste direito é com a decretação da prisão, ato atribuído exclusivamente aos magistrados, devendo ser usado como *ultima ratio*, ou seja, o último recurso a ser usado.

Atualmente no Brasil, existem mais de 700 mil detentos (CNJ, 2014) número este que contraria vários princípios constitucionais, e coloca em jogo a real efetividade do sistema e a credibilidade do judiciário do País. Em 1987, a banda Legião Urbana lançou a música, “Que País é esse?”, em um dos seus trechos o vocalista já falecido, Renato Russo dizia: “ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação, que País é esse?”.

No País que vivemos, o judiciário é precário, moroso e farto de vaidades, onde o juiz por muitas vezes simplesmente ignora o que há em lei e segue sentenciando baseado exclusivamente em suas convicções, refletindo assim, não só nos números acima mencionados, mas também, no aumento de decisões errôneas que arruinam a vida de um cidadão de bem. É sabido o perigo que representa o encarceramento de pessoas não reconhecidamente culpadas junto aos réus condenados.

Dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 300, que, sempre que possível, indivíduos presos preventivamente ficarão separados dos que já estiverem definitivamente cumprindo suas penas após uma condenação (1941). Entretanto, não é novidade que na prática quase nunca é possível esta separação.

Destarte, a prisão preventiva, quando decretada sem a observância dos requisitos legais, causa sérios danos a quem é submetido ao sistema carcerário, posto que em nossos aglomerados presídios, aquele que lá permanece de forma indevida, tem sua dignidade pessoal ferida, pois sendo inocente, terá sua honra abatida por uma imputação que não lhe cabe.

De igual modo, a prisão preventiva fere o preceito constitucional da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência.

Por conseguinte, a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando há evidente prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o que autoriza asseverar que o decreto prisional antes da sentença penal condenatória deverá observar criterioso juízo de sua admissibilidade, ainda, que seja em sede de análise perfunctória.

Nos termos discorridos alhures, acredita-se que esta deverá ser a postura adotada pelo magistrado ao proferir sua decisão.

O presente trabalho não pretende o esgotamento do tema, não se trata de fazer ler, mas, sim, fazer pensar ou promover a discussão, no entanto, reflete o pensamento destes discentes.

Diante de tais fatos apresentados, pode-se assim chegar a uma única conclusão: a resolução desta problemática está especialmente na obediência à Constituição Federal de 1988 em que estamos subordinados. Não é defendido aqui a abolição das medidas cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, porém que elas sejam usadas com moderação, em consonância com o disposto em nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 9034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Revogada pela Lei nº 12.850, de 05 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Reforma do código de processo penal : Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 : prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo**. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1998.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 23 mai 2016.
- DELMANTO, Roberto Junior. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- FRAGA, Alberto. **Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na legislação vigente**. 2012. Disponível em < <http://goo.gl/LfKLYi> >. Acesso em 07 mar 2016.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HAMILTON, Sergio Demoro. A razoável duração do processo e seus reflexos no processo penal. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.). **Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: volume I**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR, Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/NrwcsD>>. Acesso em 23 maio 2016.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **“Garantia do tratamento paritário das partes”, in Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.
- MESSA, Ana Flavia. **Prisão e liberdade**. 2. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIN, **Heráclito Antônio**. **Curso de processo penal: Vol. 2**. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://goo.gl/4gma4M>>. Acesso em 16 mar 2016.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. **O Supremo Tribunal Federal e o prazo razoável da prisão preventiva**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/TczJjf>>. Acesso em 24 mai 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007.

SAIBRO, Henrique. **A prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal**. 2015. Disponível em < <http://goo.gl/tLGMYu> >. Acesso em 06 mar 2016.

SOUZA, Renata Silva e. **O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. Disponível em < <http://goo.gl/wzzQO0>>. Acesso em 16 mar 2016.

RT, Equipe. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: Vol. 3**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Processo penal, 3º volume**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça do Estado de. **Recurso Especial nº 909021 RN 2006/0267517-9**, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 18/12/2007, Quinta Turma Recursal, Data de Publicação: 17/03/2008. Disponível em: <<http://goo.gl/qitJFz>>. Acesso em 23 mai 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça de Estado de. **Habeas Corpus nº 70015566607**, Relator: Sylvio Baptista Neto, Data de Julgamento: 29/06/2006, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/07/2006. Disponível em: <<http://goo.gl/bKQlsU> >. Acesso em 23 mai 2016.