

## A PRISÃO PREVENTIVA E O EXCESSO DE PRAZO

Roberto Varalo Inácio\*

### Introdução

A prisão preventiva, na dicção do artigo 312 do Código de Processo Penal, pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Esses são os requisitos exigidos para a sua decretação. E a medida extrema pressupõe prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria.

A natureza da prisão preventiva assim é definida por FERNANDO CAPEZ:

“A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. Tratando-se de prisão cautelar, reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculum in mora*.<sup>1</sup>”

Por sua natureza cautelar,<sup>2</sup> orientada por critério de necessidade, a decretação da prisão preventiva não é feita por prazo determinado. Uma vez

\* Procurador de Justiça/RS e ex-Diretor da Revista do Ministério Público/RS.

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 15ª ed., p. 269.

<sup>2</sup> Edilson Mougenot Bonfim aponta, neste particular, com muita propriedade, duas espécies de cautelaridade a merecer proteção: social e processual. Refere: “As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso e cautelaridade

presentes os requisitos autorizadores (*fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*) e não se mostrando adequada, na busca da efetividade do processo, nenhuma das medidas cautelares introduzidas no Código de Processo Penal pela recente Lei nº 12.403/2011,<sup>3</sup> a prisão preventiva, naquelas hipóteses admitidas em lei, pode ser decretada, não sendo exigível ao juiz, no entanto, fixar desde logo a data de revogação da medida extrema.

## 1 A prisão preventiva e o excesso de prazo: uma abordagem à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Se não é possível ao juiz estabelecer, de antemão, o prazo de duração da custódia cautelar, quando se verifica o excesso de prazo a configurar constrangimento ilegal?

A questão é debatida de longa data na doutrina e na jurisprudência. Até recentemente – mais precisamente, até o advento da Lei nº 11.719/2008, que produziu alterações no Código de Processo Penal, relativamente aos procedimentos –, prevalecia o entendimento de que a instrução processual, estando o réu preso, deveria encerrar-se no prazo de 81 dias.

processual, que garante o normal *iter* procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida.” (BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal – Comentários à Lei n. 12.403/2011*. São Paulo, 2011, p. 112).

<sup>3</sup> “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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;

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;

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;

IX – monitoração eletrônica.”



### *A prisão preventiva e o excesso de prazo*

DANTE BUSANA, em seu interessante estudo sobre o *Habeas Corpus* no Brasil, explica como se consolidou, na jurisprudência, o entendimento de que a instrução processual, estando o réu preso, deveria limitar-se ao prazo máximo de 81 dias:

“Desde o início da vigência do Código de Processo Penal, inclinou-se a jurisprudência por adotar como parâmetro para a aferição do excesso de prazo no julgamento de réu preso o critério do *prazo global*, isto é, da soma dos prazos previstos na lei para a prática dos atos do procedimento correspondente ao crime. Pouco mais de um mês após a entrada em vigor do Código, em 20 de fevereiro de 1942, a Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, em acórdãos relatados pelo Desembargador Baptista de Oliveira, decidia: “Nos crimes sujeitos ao processo comum da alçada do Juiz singular, é de 81 dias o prazo ordinário para o encerramento com a sentença final de condenação ou absolvição”; nos crimes de competência do Júri é de sessenta dias o prazo em que, de ordinário, deve ser encerrada a formação da culpa.”

Nos 66 anos seguintes, o critério foi contestado, repudiado, aplaudido, adaptado, acolhido em lei especial (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, modificada pela Lei nº 9.303, de 5 de maio de 1996) e, finalmente, adotado pela jurisprudência majoritária.<sup>4</sup>

Por sua vez, ainda sobre esse ponto, BÁRBARA SORDI STOCK assinala:

“Com exceção da prisão temporária, não há, no Brasil, prazo de duração à prisão cautelar (preventiva, decorrente de pronúncia ou da sentença penal condenatória recorrível). A indeterminação temporal à prisão cautelar fez com que a jurisprudência construísse, a partir da soma dos prazos do procedimento aplicado ao caso *sub judice*, um limite para a duração do processo. Culminou a construção jurisprudencial com a orientação de que haveria excesso de prazo para quem figurasse preso por mais de 81 dias com processo em andamento na primeira instância. A liberdade poderia ser restabelecida via *habeas corpus* (art. 648, II, CPP), sem prejuízo do regular andamento do processo. Na verdade, a tentativa foi de limitar a prisão cautelar e não propriamente estabelecer um limite para a indevida dilação processual, motivo pelo qual está sendo refutada.”<sup>5</sup>

Atualmente, a jurisprudência, incluindo os tribunais superiores, tem proclamado que o prazo para a conclusão da instrução criminal, estando o réu preso, não tem características de fatalidade e de improrrogabilidade, não podendo limitar-se, essa análise, à mera soma aritmética do tempo dos atos processuais.<sup>6</sup> Esse exame deve ser feito numa perspectiva de razoabilidade,

<sup>4</sup> BUSANA, Dante. *O Habeas Corpus no Brasil*. São Paulo, Atlas, 2009, p. 117.

<sup>5</sup> STOCK, Bárbara Sordi. *O Direito Fundamental a ser julgado em um prazo razoável*. Porto Alegre, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul – nº 57, Metrópole, p. 148.

<sup>6</sup> STJ, 5ª Turma, HC 124.739/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, j. 24.03.2009; STF, 1ª Turma, HC 103385, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 08.02.2011.



atentando-se para as circunstâncias do caso concreto. Eventual excesso em uma fase processual pode ser compensado na fase seguinte, pois o exame há de ser feito de forma global.<sup>7</sup>

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a alegação de excesso de prazo na prisão preventiva diante da complexidade da causa<sup>8</sup> e da pluralidade de réus,<sup>9</sup> bem como de outras peculiaridades, como a necessidade de expedição de cartas precatórias<sup>10</sup> ou o grande número de testemunhas, por vezes residentes em Estados diferentes.<sup>11</sup> Há inúmeros precedentes do STJ no mesmo sentido.<sup>12</sup>

Em decisão recente, de relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI, proferida em sede de *habeas corpus*, o STF afastou a alegação de constrangimento por excesso de prazo, ao reconhecer a excepcionalidade do caso, ainda que o réu estivesse preso preventivamente havia mais de dois anos:

“Habeas corpus – Processual Penal – Excesso de prazo – **Réu que se encontra preso cautelarmente há mais de dois anos** – Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual – **Excepcionalidade reconhecida** – Situação de injusto constrangimento não configurada – Ordem denegada. 1. O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para se definir se houve ou não excesso, não se limitando o exame à mera soma aritmética dos prazos

<sup>7</sup> Neste sentido, acórdão da 1ª Câmara Criminal do TJRS (Apelação-Crime nº 70038331112, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 15.09.2010).

<sup>8</sup> STF, 2ª Turma, HC 97299, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, j.15.12.2009. Destaca-se da ementa: “(...) 4. A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. 5. Há elementos, nos autos, indicativos da complexidade do processo, que apura a existência de organização criminosa dedicada à prática de delitos no âmbito de agência do INSS, composta por dezoito denunciados, e com necessidade de expedição de cartas precatórias para fins de cumprimento do art. 514 do CPP (defesa preliminar antecedente ao recebimento da denúncia), o que justifica a demora no recebimento da denúncia. (...)”

<sup>9</sup> STF, 2ª Turma, HC 107808, Relator Ministro CELSO DE MELLO, j. 07.06.2011; STF, 1ª Turma, RHC 92300, Relator Ministro CARLOS BRITTO, j. 30.10.2007.

<sup>10</sup> STF, 2ª Turma, HC 97891, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, j. 19.10.2010; STF, 1ª Turma, HC 95648, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 09.12.2008; STF, 1ª Turma, HC 107122, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 03.05.2011. Destaca-se da ementa desta última decisão: “Está justificado o prolongamento da instrução criminal, tendo em vista os vários incidentes processuais e a necessidade de oitiva de testemunhas por intermédio de cartas precatórias expedidas. Razoabilidade atendida.”

<sup>11</sup> STF, 1ª Turma, HC 102062, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 02.12.2010.

<sup>12</sup> Entre outros precedentes: STJ, 6ª Turma, HC 207.664/GO, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), j. 21.06.2011, DJe 10.08.2011; STJ, 5ª Turma, HC 171.353/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, j. 14.06.2011, DJe 01.07.2011.



### *A prisão preventiva e o excesso de prazo*

processuais (Precedentes do STF e do STJ). 2. Dessa forma, o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando houver demora injustificada (Precedentes). 3. Trata-se de **caso complexo, com pluralidade de réus e numerosas imputações penais**, tendo-se evidenciado conflito negativo de competência na origem. Não resta configurada, portanto, a demora injustificada. 4. **Writ denegado.**” (STF, 1ª Turma, HC 103385, Relator Min. DIAS TOFFOLI, j. 08.02.2011, DJe-071 divulg. 13.04.2011, grifos apostos).

A linha definidora do excesso de prazo é o limite do razoável, não a mera soma aritmética do tempo dos atos processuais. Na prática forense, observam-se com frequência situações em que, ausente qualquer complexidade no feito (por exemplo: um único réu preso em flagrante por tráfico de drogas, acusado de um único fato, tendo como testemunhas, via de regra, apenas os policiais responsáveis pela ocorrência), alguém permanece sob custódia cautelar por seis meses ou por tempo mais dilatado, apenas porque o Estado (no caso, a máquina judiciária) não conseguiu imprimir eficiência na sua atuação. Nessas situações, em que o atraso não pode ser atribuído à defesa do réu preso provisoriamente, mas a razões diversas (adiamentos de audiências, por ex., por falta de condução dos presos ao prédio do Foro ou por não-comparecimento de testemunhas de acusação), haverá constrangimento ilegal a ser declarado – porque a desídia, em tais situações, somente pode ser atribuída ao Estado. Se o próprio juiz, nesses casos, não determinar a soltura do agente, o *habeas corpus* será o remédio cabível para fazer cessar o abuso.

Há casos, por esse Brasil afora, em que a prisão preventiva se estende muito além do razoável, transformando-se em verdadeira antecipação da pena privativa de liberdade, o que é inaceitável.<sup>13</sup>

Vejamos esta decisão do STF:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO PACIENTE NO TRIBUNAL DO JÚRI. ALONGAMENTO PROCESSUAL PARA O QUAL NÃO CONCORREU DECISIVAMENTE A DEFESA. DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, **a custódia instrumental do paciente já ultrapassa 4 (quatro) anos, tempo superior até mesmo a algumas das penas do Código Penal.** Prazo alongado, esse, que não é de ser debitado decisivamente à defesa. 3. A gravidade da increpação não

<sup>13</sup> Essas situações de manifesto desrespeito aos direitos e garantias individuais representam verdadeira falência do Estado, no que se refere à administração da Justiça, e justificam plenamente iniciativas de reexame da estrutura prisional do país, como o recente Mutirão Carcerário implementado pelo CNJ.



obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida.” (STF, 1ª Turma, HC 98384, Relator Ministro CARLOS BRITTO, j. 29.09.2009, DJe-228 divulg. 03-12-2009, grifos apostos).

Em outro julgamento de *habeas corpus*, mais recente, oriundo do Estado do Pará, a prisão preventiva dos pacientes se estendia por tempo quase inacreditável:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. **EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DOS PACIENTES NO TRIBUNAL DO JÚRI.** ALONGAMENTO PROCESSUAL PARA O QUAL NÃO CONCORREU DECISIVAMENTE A DEFESA. DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, **a custódia instrumental dos pacientes já ultrapassa 7 (sete) anos, tempo superior até mesmo a algumas das penas do Código Penal. Prazo alongado esse que não é de ser debitado decisivamente à defesa.** 3. A gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida.” (STF, 1ª Turma, HC 102668, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 05.10.2010, DJe-020 divulg. 31-01-2011, grifos apostos).

Por evidente, em casos tais, o constrangimento ilegal é manifesto, ausente qualquer justificativa razoável para a manutenção da prisão provisória.

Outro ponto que deve merecer atenção é a exata compreensão do contido nas súmulas 21 (“Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”) e 52 (“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”) do STJ. A pronúncia ou o encerramento da instrução põem fim a qualquer alegação de excesso de prazo, mas com o olhar para trás. A partir de então, a marcha do processo, estando o réu preso preventivamente, deverá continuar a merecer exame numa perspectiva de razoabilidade. O constrangimento por excesso de prazo pode, é certo, ser identificado após a pronúncia ou o encerramento da instrução processual.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Neste sentido: “*HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO.* 1. A Constituição Federal assegura no art. 5º, inc. LXXVIII, o direito de ser julgado num prazo razoável. Entretanto, não há delimitação do que seja razoável. O caso concretizado é que informará se houve ou não o excesso. 2. No caso em apreço, o réu esta preso preventivamente há dois anos e sete meses e o recurso da decisão de pronúncia tardou onze meses para ser julgado neste Tribunal, circunstância que afasta qualquer razoabilidade na demora processual, não imputada ao paciente. ORDEM CONCEDIDA.” (TJRS, 3ª Câmara Criminal, HC nº 70039064985, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 11.11.2010).



### **Conclusão**

A prisão preventiva, na sua decretação e na sua manutenção, deve orientar-se por critérios de necessidade, uma vez satisfeitos os requisitos legais. O constrangimento por excesso de prazo deve ser aferido numa perspectiva de razoabilidade, atentando-se para as circunstâncias do caso concreto, pois a instrução processual não comporta análise rígida pela soma aritmética do tempo dos atos. Circunstâncias como a complexidade do feito, o número de réus ou testemunhas e a necessidade de expedição de precatórias podem afastar a alegação de excesso de prazo.

O constrangimento por excesso de prazo pressupõe demora injustificada, desídia atribuída ao Estado. Nessas situações, a prisão se torna ilegal.



