

UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR

CEZAR PAULO LAZZAROTTO

O PRAZO RAZOÁVEL DA PRISÃO CAUTELAR

**UMUARAMA
2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CEZAR PAULO LAZZAROTTO

O PRAZO RAZOÁVEL DA PRISÃO CAUTELAR

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Mestrado em Direito Processual e Cidadania, área de concentração em Processo Penal, pela Universidade Paranaense – UNIPAR.

Professor Orientador: Dr. José Laurindo de Souza Netto.

**UMUARAMA
2006**

E vi mais debaixo do sol: no lugar do juízo, impiedade; e no lugar da justiça impiedade ainda.

(Eclesiastes, 3:16)

RESUMO

A opção pelo Estado Democrático de Direito conduz à noção de instrumentalidade do processo, enquanto limite ao poder estatal e instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais. De fato, a inserção de diversos direitos individuais no ordenamento jurídico pátrio, exige a estrita delimitação da intervenção estatal, admitida somente em casos legais excepcionalíssimos, na medida do razoável e por tempo determinado. Com a superação das penas corporais a prisão processual passa a identificar-se com a própria pena em eventual condenação, motivo porque as hipóteses de sua incidência devem ser ainda mais restritas. No entanto, os prazos estipulados pelo Código de Processo Penal de 1941, para a prática dos atos processuais isolados, passaram a ser descumpridos, mediante construção jurisprudencial que admitia o excesso se a prisão cautelar não superasse 81 dias até o julgamento do acusado, cujo contorno à barreira legal ensejou diversas criações judiciais. Todavia, apesar das fantásticas inovações tecnológicas e democratização do país, no início da década de 1990, aduzindo a necessidade de interpretação da lei velha de forma moderna e, ante, apontado crescimento das dificuldades da investigação e instrução criminal, forjado na mais completa confusão teórica e ancorado na retórica, emergiu o propalado “critério da razoabilidade”, segundo o qual o prazo legal não é soma aritmética, devendo ser aferido pelo juiz no caso concreto. O intérprete passa a verificar a razoabilidade de seu próprio excesso, desencadeando as mais variadas e criativas “justificativas”, reduzindo a obediência dos prazos legais a gloriosas exceções. A lei 9.034/95 adotou o prazo de 81 dias para o término da instrução criminal nos crimes praticados por organizações criminosas, portanto, estendendo-se aos demais em razão dos princípios regentes do processo penal, porém admitido o excesso razoável pela jurisprudência. Entretanto, direito a ser julgado em prazo razoável, princípio da razoabilidade e lógica do razoável não podem ser confundidos, tampouco usados para justificar a desídia estatal, pois, a dilação do prazo legal somente é viável quando prevista em lei, mediante a aferição da razoabilidade de tais hipóteses, sob pena perversão do princípio e violação dos direitos e garantias fundamentais e do próprio escopo da jurisdição.

Palavras chaves: prisão cautelar. prazo. excesso. razoabilidade.

ABSTRACT

The option for the Democratic State of Right leads to the notion of instrumental process, while it has limited to the state power and instrument the basic service of the maximum effectiveness of the rights and guarantees. In fact, the insertion of diverse individual rights in the native legal system, demands the strict delimitation of the state intervention, only admitted in the bonanza legal cases, the reasonable measure of and for time determined. With the overcoming of the corporal penalties the procedural arrest starts to identify itself with the proper penalty in eventual conviction, reason because the hypotheses of its incidence must still more be restricted. However, the stated periods stipulated for the Code of criminal procedure of 1941, to the practical one of the isolated procedural acts, had passed to be disregarded, by means of jurisprudence construction that admitted the excess if the action for a provisional remedy arrest did not surpass 81 days until the judgment of the defendant, whose contour to the legal barrier tried diverse creations judicial. However, although the fantastic technological innovations and democratization of the country, at the beginning of the decade of 1990, alleging the necessity of interpretation of the old law of modern form e, before, pointed growth of the difficulties of the inquiry and criminal instruction, forged in the most complete theoretical confusion and anchored in the rhetoric, emerged the divulged "criterion of the reasonableness", according to which the legal stated period are not arithmetical addition, having to be surveyed by the judge in the case concrete. The interpreter starts to verify the reasonableness of its proper excess, being unchained the most varied and creative "justifications", reducing the obedience of the legal stated periods the glorious exceptions. Law 9,034/95 adopted the stated period of 81 days for the ending of the criminal instruction in the crimes practiced for criminal organizations, therefore, extending excessively in reason of the principles the regents to it of the criminal proceeding, however admitted the reasonable excess for the jurisprudence. However, right to be judged in reasonable term, principle of the reasonableness and logic of the reasonable one cannot be confused, neither used to justify the state laziness, therefore, the delay of the legal stated period viable when are only foreseen in law, by means of the gauging of the reasonableness of such hypotheses, under penalty perversion of the principle and basic breaking of the rights and guarantees and the proper target of the jurisdiction.

Keywords: provisional arrest. term. excess. reasonableness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I	8
1. OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL E A PRISÃO CAUTELAR	8
1.1 As origens da pena privativa de liberdade e a Prisão Cautelar	13
1.2 A prisão provisória: verdadeira pena antecipada?	21
1.3 A prisão cautelar no ordenamento processual penal brasileiro	28
1.3.1 <i>Pressupostos</i>	29
1.3.2 <i>Características</i>	31
1.3.3 <i>Modalidades</i>	36
1.4 As medidas alternativas à prisão cautelar	52
CAPÍTULO II	62
2 . O PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR	62
2.1 O prazo da prisão cautelar na jurisprudência brasileira	64
2.1.1 <i>a contagem isolada</i>	67
2.1.2 <i>A contagem global</i>	70
2.1.3 <i>A formação do sumário da culpa</i>	74
2.1.4 <i>O princípio da razoabilidade como justificação do excedimento do prazo para a formação do sumário de culpa</i>	77
CAPÍTULO III	82
3. A RAZOABILIDADE E O PRAZO RAZOÁVEL	82
3.1 A Racionalidade das Leis	82
3.2 O princípio da razoabilidade (proporcionalidade)	87
3.2.1 <i>A importância e significado dos princípios</i>	87
3.2.2 <i>Definições sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade</i>	91
3.2.3 <i>Origens e fundamentos do princípio da razoabilidade</i>	95
3.2.4 <i>Os pressupostos e requisitos do proporcional e razoável</i>	101
3.3 A Lógica do Razoável	108
3.4 O direito a ser julgado em prazo razoável	113
CAPÍTULO IV	119
4. O EXCESSO DO PRAZO LEGAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	119
4.1 O prazo legal e razoável para a instrução criminal.....	119
4.2 Da (ir)razoabilidade do excesso	127
4.3 O paradigma do excesso razoável e a pós-modernidade	144
4.4 O Excedimento do prazo legal e a efetividade dos direitos fundamentais no Processo Penal	156
CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	172

INTRODUÇÃO

Somente num regime despótico seria concebível a ausência de regramento para a intervenção estatal na esfera das liberdades individuais. De fato, a noção de democracia impõe limites legais estreitos e peremptórios a toda restrição de direitos, sem que o excesso seja tolerado, pois, todo cidadão é presumidamente inocente até que seja apurada sua culpa mediante o devido processo legal.

Na medida em que as penas corporais foram superadas pela pena privativa de liberdade, a custódia do acusado para aguardar o processo passou a confundir-se com a própria pena, motivo porque a prisão para fins processuais somente cabe em casos excepcionalíssimos para evitar odiosa pena antecipada. Aliás, as penas privativas de liberdade se debatem com tamanha crise de legitimidade que o ordenamento jurídico pátrio vem adotando penas alternativas, de modo que as hipóteses de prisão sem condenação devem ser ainda mais restritas.

No entanto, o trato pretoriano às prisões cautelares e ao cumprimento dos prazos legais para a prática dos atos processuais e conclusão da instrução criminal não guardou correspondência com as conquistas da civilidade e a ruptura de paradigmas operada com a constitucionalização do processo penal brasileiro, como exige a Constituição da República de 1988, de opção democrática e fundada na dignidade da pessoa humana.

A chamada “construção jurisprudencial” contornou os limites temporais da lei para a prática dos atos processuais, postulando pela somatória dos mesmos, para desconsiderar o excesso de cada um deles e, por fim, mediante o critério da razoabilidade, outorgou ao magistrado a aferição valorativa do excesso no caso em concreto. Assim, o órgão jurisdicional pode mensurar seus próprios excessos, consoante o princípio da razoabilidade, na medida do conflito do interesse público de

punir com o direito privado à liberdade, o que comporta as mais diversas e inusitadas “justificativas” ao excedimento do prazo legal.

O direito a ser julgado em prazo razoável e sem dilações indevidas assegurado em documentos internacionais de direitos humanos, culminou por se positivizar na própria Constituição da República através da emenda constitucional nº 45, indicando que a violação dos prazos legais para o julgamento constitui ofensa a direito constitucional, inclusive de acesso efetivo à justiça.

Essa realidade suscita seja definido qual o prazo razoável para a prisão cautelar, considerada esta, para os efeitos deste trabalho, aquelas modalidades estritamente cautelares, estendendo-se desde o inquérito policial até a decisão monocrática condenatória ou de pronúncia. A prisão que se mantém ou se decreta com a decisão condenatória recorrível, ou de pronúncia, e seus respectivos prazos, devem ser estudados em outra oportunidade.

Neste trabalho, partindo da compreensão que a acolhida constitucional do direito a ser julgado em prazo razoável não derroga a legislação pátria em vigor que estabelece prazos para a prática de atos processuais isolados, bem como para o término da instrução criminal, buscaremos delimitar a ocorrência do excesso indevido do prazo legal e apontar caminhos para a efetividade dos direitos e garantias do cidadão presumido inocente sob custódia cautelar.

Com efeito, a prisão cautelar sendo excepcional e com tempo legal delimitado, é de se questionar a aplicação do princípio da razoabilidade como justificativa de qualquer dilação, eis que referido princípio exige a observância de seus pressupostos e requisitos e tem vocação protetiva dos direitos e garantias assegurados na lei e na Constituição da República.

CAPÍTULO I

1. OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL E A PRISÃO CAUTELAR

Quando em 1215 os barões ingleses impuseram ao soberano o devido processo legal para qualquer restrição a seus direitos e liberdades ergueram importante barreira ao arbítrio estatal.

No entanto, especialmente nas contramarchas históricas propiciadas pelos regimes totalitários, o processo foi concebido como apêndice do direito penal com o propósito de viabilizar a sanção ao caso concreto: o “caminho necessário para a pena.”¹

Para Manzini,² a finalidade do processo penal é comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto, já que, apesar de assegurado o direito de defesa a fim de evitar erros e arbitrariedades, não se pode confundir esse aspecto do processo com sua finalidade prevalente de realizar a pretensão punitiva estatal.

Por mais que tenha denunciado as misérias do processo penal de seu tempo, Carnelluti também o percebia com escopo estatal, como

conjunto de actos, que se llevan a cabo, en su mayor parte, e el palacio de justicia, por obra de varios agentes (agentes y oficiales de policía judicial, jueces, funcionarios del ministerio público, defensores, secretarios, oficiales judiciales, asesores técnicos, oficiales y agentes de la fuerza pública) respecto de diversos interesados (imputados, partes perjudicadas, testigos) **a fin de comprobar el delito y de determinar la pena** (grifei).³

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 4.

² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo & Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, vol. I, p. 255.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch Casa Editorial, 1950, vol. I, p. 63.

No Brasil, o Código de Processo Penal em vigor é de confessa inspiração no Código Rocco,⁴ levado a efeito para satisfação dos interesses fascistas então dominantes na Itália, pugnano pela franca supremacia do interesse estatal em face do indivíduo.

A compreensão que sobressai no cotidiano forense e faculdades de direito brasileiras⁵ vislumbra o processo penal enquanto instrumento estatal para fazer valer o direito penal, solucionando o conflito de interesses entre o Estado e o indivíduo (*jus puniendi x jus libertatis*) mediante a imposição de pena.

Na pós-modernidade, a difusão do repressivismo do “direito penal do terror”,⁶ somada a um processo penal orientado à satisfação da pretensão punitiva estatal e imposição de seu *imperium*, enseja as mais flagrantes violações dos direitos e garantias fundamentais, eis que, se a finalidade do processo é fazer valer o direito penal, cuja tolerância ao pretense infrator deve ser zero, estão abertas todas as portas ao arbítrio.

Não resta a menor dúvida que tais movimentos de repressão trafegam na

⁴ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941: “quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, não são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.’”

⁵ A exemplo, os autores mais utilizados nas Faculdades brasileiras nos nossos dias: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. I, p. 6: “...necessidade de decisão prévia para ser imposta a pena, constitui esse julgamento o resultado do exercício, pelo Estado, da jurisdição ou função jurisdicional. E esta somente atua por meio do processo, que é o seu instrumento operacional. Não há jurisdição sem processo, nem processo sem jurisdição, visto que se trata de conceitos inseparáveis e incidíveis. A jurisdição é a força operativa, com que se exerce o *imperium* do Estado para compor um litígio e o processo, o instrumento imanente à jurisdição, para que o Estado alcance esse escopo.” MIRABETE, Julio Fabrine. *Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30: “sua finalidade é de conseguir a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, é a de aplicar o Direito Penal. Tem, portanto, um caráter instrumental; constitui o meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste na prevenção e repressão das infrações penais.” CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13: “o processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos de interesse.”

⁶ Movimentos repressivos de lei e ordem, tolerância zero, etc.

contramão do processo civilizatório, na medida em que diversos documentos internacionais e a Constituição da República asseguram a proteção aos direitos humanos, impondo limites estreitos à intervenção razoável do ente estatal na esfera das liberdades individuais.

Com amparo nesse paradoxo, é que convém reprisar os questionamentos de Aury Lopes Junior: “Processo Penal para que(m)? (...) Garantismo ou utilitarismo?”⁷

Na busca da resposta imprescindível para nortear a própria leitura do processo penal, o autor sulista⁸ invoca a reflexão de James Goldschmit, alertando importar a pergunta, mais que a resposta dada pelo autor em outro momento histórico:

Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de seus distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em processo?

Ocorre que a Constituição da República não é autoritária, eis que recepcionou direitos e garantias ao indivíduo. Decorre, daí, a necessidade de harmonizar o processo penal com os ditames do devido processo legal, no seu sentido substancial: verdadeira constitucionalização do processo penal. No dizer de José Laurindo de Souza Netto:

A íntima ligação existente entre o direito penal/processual e a Constituição se tornou de fundamental importância para compreender a finalidade do processo penal como garantidor das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos.⁹

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 1.

⁸ Idem.

⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 39.

Destarte, com a opção pelo Estado Democrático de Direito a idéia de processo sofreu profunda ruptura paradigmática, conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover:

Todas as funções do Estado, em suas múltiplas atividades, são limitadas pela esfera da liberdade individual (...). O réu, como qualquer cidadão, é portador de uma série de direitos, de relevância prioritária e autônoma. Tais direitos devem ser tutelados pela própria autoridade jurisdicional que, no exercício de sua atividade, encontra, assim, uma série de limites. Mas se, do ponto de vista da persecução penal, os direitos do acusado se colocam como limite à função jurisdicional, de outro lado é o próprio processo penal que se constitui em instrumento de tutela da liberdade jurídica do réu.¹⁰

Da análise, ressalta-se o processo penal como instrumento de garantia da liberdade do cidadão frente ao poder punitivo estatal, já que no dizer de Tornaghi:

[...] a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.¹¹

Ademais, como lembra José Laurindo de Souza Netto,¹² a Constituição de 1988 elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como essencial, de cujo enfoque se estabelece o surgimento de uma ordem de princípios teleológicos para a atividade do legislador e do intérprete, vinculados a novos padrões legitimadores do direito, baseados no respeito ao ser humano. Nessa ótica o processo penal deve se acomodar aos diversos princípios constitucionais de direitos fundamentais, dentre os quais a presunção de inocência, já que “negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal.”¹³

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 22.

¹¹ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. I, p. 75.

¹² SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*, p. 41.

¹³ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 64.

Nessa ordem de idéias, o processo deve ser “instrumento a serviço da realização do projeto democrático”,¹⁴ em que a jurisdição seja meio de tutela do indivíduo frente aos possíveis abusos ou desvios de poder dos agentes estatais, como destaca Rangel Dinamarco.¹⁵ Enfim, o processo deixa de ser a arma do Estado para imposição de pena ao cidadão, passando a desempenhar um papel fundamental numa sociedade democrática, “enquanto limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantais fundamentais.”¹⁶

Na informação de Claus Roxin, já há muito poetizou Franz Von Liszt que “o Código Penal é a Carta Magna do delinqüente”, na medida em que se lhe reserva “a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado leviatã.”¹⁷ Contudo, cabe ao processo a verdadeira garantia das liberdades civis e políticas dos cidadãos, porque é através dele que se exercita a limitação da intervenção estatal no *ius libertatis* em risco.¹⁸

E não há maior risco ao *status libertatis* e à dignidade da pessoa humana que a prisão sem condenação. Nela, o cidadão presumido inocente é ceifado do seio sócio-familiar e lançado aos dissabores do cárcere, no mais das vezes além dos limites legais e da razoabilidade, sob a justificativa de que não se trata de pena de prisão, mas prisão cautelar, como se a diferença de rótulo bastasse para mitigar o sofrimento.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 8.

¹⁵ RANGEL DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 219.

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 1.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pgs. 2;3.

¹⁸ MAIA NETO, Candido Furtado. *O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 41.

Como adverte Jacinto Coutinho,¹⁹ a visão tradicional do processo penal tem a larga desvantagem de desconectar as disposições legais, de cunho repressivo, dos princípios constitucionais de garantia. Nunca se indaga quantos inocentes sofrem as conseqüências nefastas das decisões mal fundadas, mas, nas palavras do professor paranaense, “parece sintomático que antes de acolher ensinamentos de fascistas como Manzini, seria melhor voltar os olhos para processualistas comprometidos com a democracia.”²⁰

1.1 As origens da pena privativa de liberdade e a Prisão Cautelar

O nascimento do direito parece ligado a formas de organização social desenvolvidas com a superação da comuna primitiva, já que a necessidade de cooperação mútua em razão da nascente agricultura massiva demandava um mecanismo unificador de comportamentos.

No dizer de Capella,²¹ a nova forma de produção exigia também novos saberes científicos e técnicos. Estes se tornaram meios de produção de natureza intelectual, concentrados em uma comunidade dirigente do processo produtivo, o que tributava óbvio prestígio sobre as comunidades subalternas.

A distribuição de tais meios produtivos deu-se por vias militares, impondo-se relações bem determinadas entre as distintas comunidades, na medida em que os grupos dominados tinham a seu cargo, além da própria subsistência, uma parcela de trabalho adicional para a realização de obras públicas, bem como para a

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. In: _____(coord). *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 3-55.

²⁰ Idem, p. 3-55.

²¹ CAPELLA, Juan Ramon. *Fruta prohibida*. Madrid: Ed. Trota, 1997, p. 44.

manutenção do estrato hegemônico, que permanecia livre do esforço físico, limitando-se às tarefas de controle do trabalho social.

Não é de se estranhar que tal modelo mantivesse aceso permanente conflito em seu próprio núcleo. Nem a distribuição de tarefas e muito menos do produto do trabalho eram motivos de consenso entre os grupos, especialmente a partir do surgimento de excedentes econômicos permanentes. A submissão da comunidade subalterna pela violência militar era uma necessidade estrutural do sistema, já que:

la masa de la población de las comunidades subalternas trabajaba para su propio mantenimiento como en las sociedades primitivas, pero además tenía que hacerlo para el sostenimiento de la comunidad eminente y de los individuos directamente a su servicio (hombres armados improductivos), así como para satisfacer las nuevas necesidades generales y de expansión económica.²²

Este conflito social intrínseco correspondia a ameaça permanente de dissolução do próprio sistema, o que a comunidade eminente precisava neutralizar.

Assim,

la fuerza neutralizadora, para contener o limitar el conflicto interno de la sociedad, fue el poder político (...). Que tiene, entre otros, el instrumento jurídico: el derecho. La violencia militar fundacional de este tipo de sociedades se metamorfosea en instituciones de coacción que aseguran la reproducción de la sociedad tal como está organizada.²³

Desse modo, resta corroborada a anotação de que o Estado trata-se de “comunidade ilusória que representa, na verdade, a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras”,²⁴ portanto, detendo o poder de coerção pela violência

²² CAPELLA, Juan Ramon. *Fruta prohibida*, p. 45.

²³ Idem, p. 46.

²⁴ CINTRA JUNIOR, Dirceu Aguiar Dias da. A pena de morte e a consciência jurídica internacional-proposta de plebiscito no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano I, p. 79-86, 1993.

para a manutenção da ordem estabelecida, tendo o direito como um de seus instrumentos de legitimação.

Na antiguidade, independentemente da justificação para a imposição de pena aos infratores dos códigos de comportamentos ditados pelos grupos hegemônicos: seja para aplacar a ira dos deuses ou do soberano; a manifestação punitiva sempre se dirigiu contra o próprio corpo do acusado, ressalvadas as hipóteses de composição. Aliás, na informação de Cândido Furtado Maia Neto:

En aquellos tiempos, se aplicaban distintamente las sanciones; según penas más livianas y principalmente pecuniarias a los nobles, mientras que los individuos pertenecientes a las clases más bajas de la sociedad estaban sujetos a la aflicción de penas corporales, por no poseer condiciones económicas para cancelar las multas establecidas.²⁵

Uma vez que a comunidade subalterna era coagida sob ameaça das forças militares, justificada pelo direito ditado por deus ou pelo soberano, a liberdade não era privilégio de seus componentes. Desse modo, já que os nobres gozavam de direitos ilimitados sobre seus dependentes, inclusive mulheres e escravos,²⁶ aos membros dos grupos subalternos que não dispunham de recursos para composição, restava o próprio corpo como único bem capaz de sofrer uma afetação, pelo castigo.

Assim, parece natural, que num mundo em que a liberdade era a exceção, sequer se cogitasse da privação de liberdade como pena pela prática de delitos, pois, enquanto os componentes dos grupos eminentes raramente eram punidos, e, quando o eram, com penas mais brandas (especialmente pecuniárias), os acusados das comunidades subalternas sofriam penas corporais, desde o açoite até a morte mais cruel.

²⁵MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo en el Mercosur*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 15.

²⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16ª ed. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

A privação de liberdade como sanção penal difere da prisão então utilizada para fins de custódia e contenção, considerada a ante-sala dos horrores,²⁷ já que, “o condenado ficava preso enquanto aguardava a morte e o suplício que a acompanhava.”²⁸

Naquele tempo, haja vista a espetacular gravidade das penas, o primeiro passo para se proceder a uma acusação formal deveria ser a imediata prisão do possível infrator, sendo ingênuo imaginar que alguém aguardasse em liberdade um processo que o conduziria à morte sem que empreendesse fuga para frustrar a aplicação da pena. Em suma,

[...] a custódia de uma pessoa buscava evitar a sua fuga até a definição sobre sua situação. A prisão, portanto, era uma visão canhestra da prisão preventiva atual. A pena final aplicável aos delitos era basicamente aquela de cunho corporal, tal como a morte, os castigos e os suplícios.²⁹

A reclusão do indivíduo em estabelecimentos como espécie de penitência, e não mera custódia, surge apenas com o advento do poder clerical na Idade Média, quando “os religiosos estavam submetidos a um regime especial”,³⁰ em razão da atribuição de força de lei às decisões conciliares.

No comentário de Maia Neto:

La institución religiosa hace surgir el concepto de pena o penitencia, para ser aplicada a los clérigos como una especie de castigo religioso con la reclusión en ‘monasterios’, a fin de despertar el arrepentimiento en el pecador. Más tarde estos locales de segregación celular de los eclesiásticos, son destinados a los herejes.³¹

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

²⁹ CERQUEIRA, Josemar Dias. *Dosimetria da pena: história e direito comparado*. suporte@prolink.inf.br acesso em 06 de setembro de 2005, 16:00 hs.

³⁰ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 98.

³¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo em el mercosur*, p. 17.

Com o tempo, a segregação, inicialmente imposta aos monges que praticavam infrações religiosas ou certas atitudes desafiadoras da autoridade eclesiástica, passou a ser aplicada com mais freqüência. Acreditava-se que seu cumprimento nas celas monásticas com o sofrimento de privações como a redução de alimentos, por exemplo, era um castigo de penitência capaz de ensejar o arrependimento e a recuperação do recluso com sentido expiatório e caráter divino. O cárcere era um meio para que o prisioneiro pudesse obter seu perdão pelo pecado.

É de se notar, que o encarceramento do acusado nestes tempos clericais também se fazia necessário para disponibilidade do corpo nas “sessões” inquisitoriais de imposição de tortura na busca da confissão, já que se concebia “o funcionamento do interrogatório como o suplício da verdade”.³² E, como assevera Jacinto Coutinho, lembrando José Antônio Barreiros “para se sustentar uma tal busca da verdade, a regra é o perquirido estar preventivamente preso, à disposição do seu algoz.”³³

Com o declínio do poder dos pontífices, os monarcas assumiram o monopólio absoluto da imposição de pena, quando “o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe.”³⁴

Mas, as grandes transformações do século XVII erigiram um novo modelo de produção, no qual a mão de obra teria um lugar privilegiado. Desse modo, seria rematado absurdo prosseguir aplicando penas corporais de mutilação de membros ou o extermínio dos criminosos, quando se poderia muito bem ser explorada sem custos a sua força de trabalho, enquanto submetidos à prisão. E foi assim que se

³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 36.

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal, p. 3-55.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 41.

institucionalizaram as galeras, os serviços forçados, as deportações, como exploração gratuita do esforço humano.

A origem da prisão não traz qualquer semelhança com os objetivos contemporâneos que se atribui à pena privativa de liberdade, já que era utilizada como custódia enquanto se aguardava o julgamento, ou ainda, em substituição à pena de morte e castigos corporais a fim de comutar estas sanções com um sentido de utilitarismo econômico dos interesses estatais. Cândido Furtado Maia Neto informa que:

Hasta el siglo XVIII las prisiones fueron lugares para procesados ('carcer enim ad continendos homines no ad puniendos haberi debet'; Justiniano, Diges. 48,19:8) forma de um negocio lucrativo de los carceleros, que solicitaban a los jueces que enviasen a sus calabozos a los condenados a cambio de comisiones. Los condenados con poder económico, compraban sus condiciones de vida en el interior de los presidios, al paso que los pobres encarnecían a la espera de un juzgamiento esto debido a la imposibilidad de poder pagar las penas pecuniarias, se mantenían prisioneros en las más humillantes condiciones de vida: solamente sobrevivían, porque disponían, raras veces, de algunos donativos y ayudas.³⁵

A crise da vida feudal e da economia agrícola desencadeou uma gama de distúrbios sociais, aumentando a miséria e, por consequência, um grande número de mendigos que formavam grupos na periferia das cidades. Como era de se esperar, coincidiu o agravamento da criminalidade contra o patrimônio, cujos acontecimentos se revelaram propícios ao nascimento da pena privativa de liberdade.

Especificamente a pena privativa de liberdade somente apareceu no século XVIII, no apogeu da Revolução Industrial, para delinear o mercado de trabalho, o modo capitalista de produção e consumo de bens, e proteger a propriedade do grupo hegemônico.

³⁵ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo em el mercosur*, p. 21.

As antigas e conhecidas “Casas Correccionais” instituídas na Europa para abrigar os desocupados e doentios molestos para a sociedade emergente, não devem ser comparadas ao sistema prisional. Contudo, prestaram bom serviço ao surgimento de tal sistema na medida em que sua primeva função de abrigar pessoas sem trabalho, converteu-se em trabalho forçado em aterrorizantes condições de vida, aos que nelas eram internados, especialmente no período em que surgiram as chamadas leis contra a vadiagem (1597).

Além disso, “la prisión es un médio de control y de dominación del Estado (classe dominante), para la manipulación del mercado de trabajo, con su respectiva mano de obra barata, aterrorizando a los trabajadores libres y hombres honestos a aceptar cualquier tipo de empleo y salario”,³⁶ dessa forma, servindo como instrumento de manipulação e adestramento dos despossuídos para a realização de tarefas necessárias ao novo modelo produtivo.

Conforme comentários de César Roberto Bitencourt³⁷ à interpretação marxista de Melossi e Pavarini devem ser acrescidos outros aspectos e motivações à conversão da prisão custódia em pena privativa de liberdade. De fato, tal não ocorreu apenas porque a liberdade adquiriu valor econômico, em razão do câmbio do modelo produtivo, merecendo destaque, também, o culto ao racionalismo e conseqüente valorização filosófica da liberdade e igualdade, além da necessidade de ocultação do castigo para evitar a disseminação do mal do delito.

Com efeito, o reconhecimento de que toda a riqueza social era avaliada pelo denominador comum do trabalho humano, medido em tempo (trabalho assalariado), por si só, implicou numa valorização da liberdade sob o aspecto econômico. Por conseqüência, concebível uma pena que privasse o condenado de

³⁶ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo em el mercosur*, p. 25.

³⁷ BITENCOURT, César Roberto. *A falência da pena de prisão, causas e alternativas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27.

um tanto de liberdade, vale dizer, de um tanto de trabalho assalariado. Por outro lado, é certo que o racionalismo desencadeado pela “(re) descoberta do homem, operada pela filosofia ilustrada”³⁸ e conseqüente secularização do direito, também contribuiu para o abandono das penas corporais.

A ascensão da nova classe hegemônica (a burguesa), com a vitória política do ideal liberal (no século XVIII) teve como conseqüência a limitação dos poderes até então ilimitados do soberano, fundando-se uma nova ordem desenvolvida com a “*morte do Direito Natural*”,³⁹ cuja ocorrência se possibilitou pela noção de Contrato Social, operando-se uma inversão no significado filosófico-histórico da relação Estado-cidadão, pois, “passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão.”⁴⁰

Tal noção propõe que os cidadãos detentores de direitos tendo que viver socializados uns com os outros renunciam, alternativamente, a uma parcela de sua liberdade natural em favor do Estado e exigem com isto uma garantia de liberdade e proteção para todos. Dessa forma, os limites da renúncia à liberdade precisam ser marcados com garantias muito especiais, já que o Direito Penal não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos conflitos sociais. Essa concepção trazida pela modernidade gerou conseqüências extremamente importantes para o Direito Penal, exigindo seja pautado por limites, vale dizer, sua intervenção deve ser legalizada e mínima, sendo que todo cidadão deverá ser presumido inocente, conforme já consagrava em 1789 o art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

³⁸ CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 7.

³⁹ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. Trad. Editoria Revista de Estudos Criminais. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 08, ano II, p. 54-68, 2003.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 3.

As limitações, paulatinamente, culminaram por propiciar um movimento de abrandamento das penas.

Nesse rumo, apesar das marchas e contramarchas históricas, por intermédio de documentos internacionais de Direitos Humanos e legislações internas, as Nações ditas civilizadas vêm abolindo completamente as penas corporais. Tanto, que se sustenta a superação dialética⁴¹ de tais penas, remanescendo as privativas de liberdade e suas substitutivas. No Brasil, inclusive, a Constituição em vigor prevê expressamente a vedação das penas corporais e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III e XLVII).

Como se vê, com a extinção das penas corporais e instituição da pena privativa de liberdade a prática da prisão chamada cautelar, para custódia e contenção, passou a se confundir com a própria pena. Em outras palavras: o imputado presumidamente inocente passou a ser preso para aguardar julgamento que decidirá se deverá ou não cumprir uma pena que será, no máximo, a própria prisão.

1.2 A prisão provisória: verdadeira pena antecipada?

No dizer de Tobias Barreto, citado por Zaffaroni, a idéia de pena é extrajurídica (política), acrescentando: “quem procurar um fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra.”⁴²

Todavia, basicamente, tem-se legitimado a imposição de penas através

⁴¹ CINTRA JUNIOR, Dirceu Aguiar Dias da. A pena de morte e a consciência jurídica internacional-proposta de plebiscito no Brasil, p. 79/86.

⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 109.

de duas teorias genéricas: a teoria absoluta, de cunho retributivista e a teoria relativa ou da prevenção, que se desdobra em geral (dirigida aos que não delinqüiram) e especial (dirigida ao delinqüente), ambos os desdobramentos sob o aspecto positivo e negativo. No entanto, em face das severas críticas que se faz a tais discursos,^{43 44} os quais, de alguma forma, legitimam a defesa social,⁴⁵ há propostas minimalistas (Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli, entre outros) ou mesmo abolicionistas (Louk Hulsman e Eugênio Raul Zaffaroni, entre outros) da pena privativa de liberdade.

Em verdade, as teorias justificantes da pena culminaram por excluir a vítima do modelo punitivo, pretendendo defender um ente abstrato, completamente desvinculado desta, mas que pertence à sociedade. Sob outro vértice, ao conceber a pena como um fim em si mesmo, ou ainda para finalidades futuras e utilitárias de prevenção geral e especial, também o delinqüente é coisificado, reduzido a mero meio de defesa da sociedade, através de funções simbólicas ou, ainda, pela exclusão física ou reparação da inferioridade perigosa da pessoa que deve ser submetida às ideologias re (ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção, etc).⁴⁶

Entretanto, “através das ciências sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionado”,⁴⁷ sendo que tais ideologias encontram-se tão deslegitimadas que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas para que não se reduza a prisão a retribucionismo tão irracional quanto os campos de concentração.

⁴³ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. José Souza e Brito. Lisboa: Vega, 1986, p. 15-26.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro I*, p. 128.

⁴⁶ Idem, p. 116.

⁴⁷ Ibidem, p.125.

Essa crise de legitimidade é tão desconfortável que o próprio legislador busca alternativas à pena de prisão de curta duração, mediante a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou pecuniárias.

Em que pese esse paradoxo, o Direito Penal pende para um transpersonalismo, a serviço de algo meta-humano – o Estado, a sociedade -, o que tem justificado a inferiorização das pessoas envolvidas nos conflitos, com a conseqüente flexibilização de seus direitos fundamentais calcada no princípio da proporcionalidade entre os interesses da coletividade, o interesse geral da sociedade (Estado), e o “mesquinho interesse do acusado.”⁴⁸

Tal situação gera uma absolutização do valor segurança, em que o discurso público exige uma segurança cidadã respaldada nos meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera públicas e podem “acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos.”⁴⁹ Assim, o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança generalizada.

O caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta imediata e contundente, para acalmar o alarme social.

A prisão provisória tem sido remédio receitado em grande escala, como resposta estatal ao fenômeno criminal: “um analgésico, de efeito quase que imediato”, o qual “...assume aspectos de justiça sumária.”⁵⁰

⁴⁸ COGO, Sandra Negri. O mito da verdade material em tempos pós-modernos (uma abordagem a partir da ética weberiana). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 241-261.

⁴⁹ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

⁵⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 11.

Consoante informa Ferrajoli,⁵¹ a prisão provisória acabou sendo justificada por todo pensamento liberal clássico, em nome de necessidades diversas, exclusiva ou conjuntamente.

Aliás, denunciando a atrocidade e imoralidade da prisão sem condenação, Hobbes, Beccaria e Carrara, dentre outros; acabam por justificá-la em hipóteses e por prazos estritamente limitados, para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime, bem como por necessidade de segurança pública, cujo rol de motivação perdura até nossos dias, com pequenas variantes.

Como se vê tais necessidades (ou conveniências?) são de duvidosa consonância com as finalidades estritamente processuais que o sentido comum teórico dos juristas⁵² atribui ao instituto, o que a distinguiria da pena privativa de liberdade, já que, ao mesmo tempo se a fundamenta, na prevenção e na defesa social de segurança pública,⁵³ consubstanciada, entre nós, na garantia da ordem pública e econômica, cuja missão seria reservada à pena.

É sabido que a instauração do processo penal já faz o cidadão suportar uma iníqua carga estigmática decorrente do contato com o sistema penal,⁵⁴ e muito mais o cárcere, que impõe dissabores físicos e psicológicos, além da completa quebra da estrutura de vida em que estava inserido.⁵⁵

Por seu turno, na medida em que a prisão sem condenação é praticada da mesma maneira ou de forma ainda mais gravosa que o cumprimento da futura pena, já que sempre em regime fechado e sem observância da separação do

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 442-50.

⁵² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

⁵³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 21.

⁵⁴ DALABRIDA, Sidney Eloi. *Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 23.

⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 75.

acusado com os já condenados,⁵⁶ culmina por fazer

[...] pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita de conduta delitativa, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo afluente da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida 'processual', 'cautelares' ou até mesmo 'não penal', ao invés de uma legítima pena sem juízo.⁵⁷

No Brasil, inclusive, consoante o art. 42 do Código Penal: “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória...”, em velado reconhecimento que a pena, em verdade, já vinha sendo cumprida antes mesmo da condenação do imputado.

No dizer de Zaffaroni, o Direito Penal se vale de uma “criação arbitrária do mundo”,⁵⁸ formulando persuasivamente diversas assertivas a respeito do comportamento humano não submetidas à verificação empírica, atribuindo-lhes validade irrefutável; dentre as quais: “a prisão preventiva não é uma pena”,⁵⁹ ao passo que deveria ser “o caso da prisão preventiva, considerado com razão como pena antecipada (e erosão processual da pena).”⁶⁰

Do mesmo modo, Cândido Furtado Maia, aduz que “los sistemas represivos en América Latina, actúan violando la legalidad penal y procesal, por varias vías, entre ellas menciona el instituto de la prisión preventiva, como un verdadero ritual de sentencia condenatoria”,⁶¹ lamentando, ainda, que na América Latina sessenta por cento dos cidadãos privados da liberdade se constitui de presos

⁵⁶ Como observa Fernando da Costa Tourinho Filho: “Embora o art. 300 do CPP diga que, ‘sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas’, o certo é que, na prática, dificilmente se observa tal preceito, por absoluta impossibilidade material” (Da Prisão e da Liberdade Provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 7, p. 73, 1993).

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 444.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro I*, p. 71.

⁵⁹ *Idem*. p. 67.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 90.

⁶¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo em el mercosur*, p. 139.

processados, portanto, presumidamente inocentes. Sentencia, ainda, Zaffaroni que “o nítido predomínio dos presos sem condenação entre a população de toda a região não implica somente uma violação à legalidade processual, mas também à legalidade penal.”⁶²

Nesse viés, forçoso reconhecer, que a prisão provisória tem se confundido com verdadeira pena antecipada, respaldada na inversão das garantias constitucionais próprias de um estado democrático de direito, em face da privação de liberdade sem a demonstração efetiva de culpabilidade através do devido processo legal, o que implica na consagração de uma política criminal pautada na violência intimidatória própria dos estados de polícia.

O fato é que “se a prisão decorrente de sentença condenatória já transitada em julgado é cada vez mais contestada, muito mais árdua é a tarefa de justificar a decretação e manutenção da prisão provisória”,⁶³ eis que estará sempre em conflito com direitos e garantias penosamente conquistados.

E, justamente esta tensão entre a preferência pela liberdade e presunção de inocência antes da decisão penal condenatória transitada em julgado com a pronta resposta estatal ao delito, faz com que o “sistema de prisão e liberdade adotado no Brasil e nos países que têm a mesma cultura jurídica brasileira é em certa medida contraditório com a plena efetividade do princípio da presunção de inocência.”⁶⁴

Nesse sentido o Ministro Celso de Melo, lembrado por Elcio Pinheiro de Castro assevera que “a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 28.

⁶³ BECK, Rafael Francis. Apontamentos críticos sobre a Prisão Provisória no Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 04, ano I, p. 79/93, 2003.

⁶⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

poder público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro fundado em bases democráticas prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.”⁶⁵

Não obstante essa discussão a respeito da constitucionalidade da prisão provisória em face do princípio constitucional da presunção de inocência firmou-se o entendimento pela relativização desse princípio em situações excepcionalíssimas, nos casos em que a custódia cautelar se mostra imprescindível, não em decorrência da infração que se imputa ao acusado, mas sim, pelo seu comportamento contemporâneo ao processo.

De fato, “a medida cautelar tutela o processo e não o direito material discutido neste processo”,⁶⁶ sob pena de odiosa antecipação da pena sem a efetiva demonstração de culpabilidade.

No dizer de Delmanto Júnior:

[...] a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório.⁶⁷

Em suma, esta modalidade de prisão não deve se confundir com a imposição de pena, somente se justificando como medida processual, com inequívoco escopo de tutela do processo.

⁶⁵ CASTRO, Elcio Pinheiro de. Prisão Cautelar versus Princípio Constitucional da Inocência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 13, ano III, p. 73, 2004.

⁶⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 581.

⁶⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 83.

1.3 A prisão cautelar no ordenamento processual penal brasileiro

Como dissemos alhures, a discussão sobre a prisão cautelar sofre a carga emotiva da população (imprensa?), gerando normas casuísticas e, por conseqüência, sérias dificuldades ao estudo sistemático e coerente do tema.

Na informação de Vicente Greco Filho,⁶⁸ inúmeras foram as modificações sofridas pelo título IX – Da Prisão e da Liberdade Provisória -, do Código de Processo Penal, sem que se as tivesse realizado de forma sistemática para evitar falta de coerência de certas disposições. Por seu turno, a fúria legislativa⁶⁹ fez emergir novas leis que ampliam as possibilidades de prisão como, por exemplo, a prisão temporária.

Não bastasse, a Constituição da República de 1988 e documentos internacionais de direitos humanos ratificados contemplam uma vasta gama de dispositivos a respeito, reclamando uma releitura deste título, consoante os novos ditames constitucionais.

Com efeito, a Constituição da República em seu art. 5º, LXI, estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, consagrando, também, diversos princípios de garantia da liberdade, fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Aliás, a prisão sem condenação debate-se em perene conflito com os direitos e garantias individuais, devendo ser rechaçada sempre que violar sua finalidade estritamente processual, nos limites da lei.

⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 261.

⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 16.

1.3.1 Pressupostos

Em que pese a celeuma doutrinária em torno da chamada teoria geral do processo,⁷⁰ em nosso meio a prisão cautelar tem recebido tratamento assemelhado àquele dispensado às medidas cautelares de origem processual civil, que, sob influência da doutrina italiana, adota como pressupostos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Contudo, como identifica James Goldschmidt⁷¹ esse paralelismo gera grave problema, especialmente pela aplicação automática de definições do processo civil no processo penal, requerendo respeito às categorias jurídicas próprias a este, adequadas às particularidades de seu objeto.

Com razão aduz Lopes Junior que “o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade da existência do direito de acusação alegado. O objeto do processo para fins de decretação de uma medida cautelar não é um direito, senão um fato aparente punível.”⁷² Logo, não há que se falar em *fumus boni juris*, exigindo-se a existência do *fumus comissi delicti*,⁷³ como requisito para decretação da prisão cautelar.

Cumprе ressaltar, que tal requisito para decretação de medidas cautelares exige juízo de probabilidade, com espeque em suporte fático real, extraído dos atos de investigação, e não em meras possibilidades fundadas em

⁷⁰ Por exemplo, Jacinto Miranda Coutinho entende que “uma teoria geral do direito processual (...) nada mais é do que a teoria do direito processual civil aplicada, (...) não há que se construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de conseqüência não comportam um denominador comum” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais, in WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 139-147).

⁷¹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona: Bosch, 1935, p. 8.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. Breves Considerações sobre o Requisito e o Fundamento das Prisões Cautelares. *Boletim do ITEC-Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. Porto Alegre, nº 5, p. 14-17, ago. 2000.

⁷³ Probabilidade de que tenha ocorrido um delito cuja autoria recai no acusado, e não um direito; pois, o delito é, pelo contrário, a violação de um direito.

presunções apaixonadas ou conclusões precipitadas, que não suportam o raciocínio lógico e a exigência de elementos de convicção.

Em decorrência, forçoso que todo pedido de prisão cautelar seja instruído suficientemente, com um lastro mínimo de provas a demonstrar a autoria e materialidade do delito, para que seja possível ao magistrado, em decretando a medida extrema fundamentar sua decisão, sem o que o decreto é viciado.

No ensinamento de Carnelutti, citado por Aury Lopes Júnior, juízo de probabilidade “significa a existência de todos os requisitos positivos e a inexistência de requisitos negativos do delito.”⁷⁴ Como se sabe, entende-se por requisitos positivos a prova de uma conduta aparente típica, antijurídica e culpável, enquanto os negativos abarcam a ausência de causa justificante (art. 23, Código Penal c/c 314 do Código de Processo Penal) ou exculpante.

No que concerne à antijuridicidade a explicitude do art. 314 do Código de Processo Penal pátrio tem sido relegado pelo poder jurisdicional, malgrado a imperiosa necessidade de verificação da incidência de alguma das excludentes em todo e qualquer decreto prisional cautelar.

Por seu turno, ainda na voz de Aury Lopes Júnior,⁷⁵ a valoração do perigo decorrente da demora processual, perfeitamente ajustado no processo civil, revela-se equivocada no processo penal enquanto requisito da prisão cautelar. Primeiro, porque não é requisito, mas fundamento. Depois, porque aqui o fator tempo não é determinante, mas a atuação do imputado no processo, causando risco de desenvolvimento deste, e da própria eficácia de sua decisão.

Não há *periculum in mora*, pois, o perigo não brota do lapso temporal, já que não é o tempo quem leva ao perecimento do objeto, mas a atividade praticada

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Breves Considerações sobre o Requisito e o Fundamento das Prisões Cautelares, p. 14-17.

⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 195.

pelo sujeito passivo em situação de liberdade (destruição da prova, fuga, etc.), motivo porque se convencionou corrigir a impropriedade semântica, designando *periculum libertatis*,⁷⁶ o fundamento da prisão cautelar.

Na observação de Francis Rafael Beck “dentre todas as tentativas de justificar a prisão sem pena, a posição doutrinária que mais pode ser aceita é aquela que justifica a prisão provisória diante a sua finalidade de garantir a regular instrução do processo ou assegurar a eficácia da sentença”,⁷⁷ motivo porque, “são medidas destinadas à tutela do processo”,⁷⁸ por isso ditas instrumentais.

Em conclusão, a prisão cautelar demanda rigorosa observância de seus pressupostos: o *fumus comissi delicti*, fundado em suporte fático real de materialidade e autoria delitiva, e o *periculum libertatis*, assentado na finalidade de garantia do processo ou eficácia de eventual sentença condenatória, o que importa acurada verificação de suas características cautelares.

1.3.2 . Características

Não é demais recordar que o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade, sem qualquer vinculação com os direitos e garantias albergados pela constituição de

⁷⁶ Parece exagero, mas não tem como deixar de perceber e registrar a contradição desta construção, com a própria instrumentalidade processual apresentada no início deste trabalho. Parece claro que o perigo de prejuízo irreparável desencadeado pelo cerceamento da liberdade do cidadão presumidamente inocente, sem que antes seja demonstrada a culpa da imputação, consoante o devido processo legal, é infinitamente superior a todo e qualquer *periculum libertatis*. E, como fica, o *periculum dignitatis*? Não deixa de ser verdade que existe o risco de ineficácia da execução de eventual pena, em caso de confirmação da imputação. Mas, não é menos verdade que o tolhimento do bem mais precioso do cidadão por longo período, em detrimento de sua dignidade, remanescerá odioso, em caso de absolvição. Sem olvidar, que o Juiz, ser humano que é: sujeito a mil paixões; poderá, muitas vezes, imunizar inconscientemente uma sentença condenatória sem convicção, abafando a injustiça da prisão cautelar.

⁷⁷ BECK, Francis Rafael. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no Direito Processual Penal brasileiro, p. 79-93.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 194.

1988, portanto, natural que a mera previsão legal fosse justificativa suficiente para a restrição provisória da liberdade.

Todavia, o atual reconhecimento constitucional do estado de inocência (art. 5º, LVII) com o dever de proteção a direitos fundamentais do indivíduo, e garantias de que toda a prisão seja legal (art. 5º, LXV), efetivamente fundamentada e por ordem escrita da autoridade judiciária (art. 5º, LXI), a restrição de liberdade sem demonstração efetiva de culpa ganha novos contornos.

Ademais, a adoção legislativa de diversas medidas de nítido conteúdo despenalizador, como aquelas previstas especificamente na lei 9.099/95 e 9.714/98, quiçá fruto da profunda carência de legitimação das penas privativas de liberdade, indicam imediato repensar da prisão cautelar, relegada a *ultima ratio*, carecendo substituição por medidas alternativas menos gravosas.

Nesse novo panorama, ninguém mais duvida que a prisão cautelar tenha caráter excepcionalíssimo e cunho jurisdicional, apenas justificável em situações de extrema necessidade, com observância às garantias ínsitas ao devido processo legal e subordinação aos parâmetros da legalidade estrita.

Como informa João Gualberto⁷⁹, lembrando Jorge Figueiredo Dias, é de se admitir a enorme dificuldade em visualizar nítida distinção entre normas jurídicas de direito penal e de direito processual penal, de modo a acreditar-se haver uma zona cinzenta a separá-las. Contudo, tal circunstância não pode conduzir a simplificações como a adoção do critério topográfico⁸⁰, ou deixar ao alvedrio judicial, na medida em que o princípio da legalidade dos crimes e das penas deve ser rigorosamente observado.

⁷⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 102.

⁸⁰ A norma é penal ou processual penal consoante o Diploma legal em que esteja inserida (Código Penal ou Código de Processual Penal).

Como mencionamos acima, a detração penal (art. 42, Código Penal) determina o desconto, na pena ou medida de segurança ao final infligida ao condenado, relativo ao tempo em que permaneceu cautelarmente encarcerado, ao passo que sendo absolvido a questão descamba para o campo do prejuízo e eventual ressarcimento. Isso implica na transformação do tempo de prisão cautelar em pena privativa de liberdade, dado que a ela se integra.

No diapasão de João Gualberto, “quando um imputado está cumprindo prisão provisória, também está executando sua futura condenação, ao menos potencialmente.”⁸¹ Em outras palavras:

A prisão cumprida por um acusado, antes de sua condenação definitiva, tem natureza processual penal e também penal, na medida em que não se pode, logicamente, cindi-la. Também por exigência lógica, é de se concluir que a prisão provisória tem sempre essa natureza mista, ainda quando o acusado tenha sido absolvido. (...) O efeito acima descrito deriva, pois, do princípio da detração penal. Dele decorre que a prisão processual, pode ser ao mesmo tempo prisão penal, sujeita-se aos princípios relacionados com esta, como o da legalidade, e o da anterioridade da lei penal, da retroatividade incondicionada da *lex mitior* e da *abolitio criminis*, da irretroatividade absoluta da *lex gravior* e da lei criadora de tipos penais, etc.⁸²

Outra consequência relevante é a inaplicabilidade do chamado “poder geral de cautela” na prisão cautelar, posto que tais medidas restritivas de liberdade devem ser previstas em lei formal, sem a menor possibilidade de criação judicial ou analogia. Vale dizer:

O poder geral de cautela, aplicado às medidas cautelares privativas da liberdade do imputado, corresponderia a imposição, por obra da analogia, de uma pena criminal. É possível ir um pouco mais além nessa afirmação: qualquer cláusula, ainda que legal, dando ao Juiz um poder genérico para decretar medidas processuais de urgência privativas da liberdade está rigorosamente proibida pelas razões acima expostas.⁸³

⁸¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 106.

⁸² Idem. p. 107.

⁸³ Ibidem.

No mesmo sentido Antônio Magalhães Gomes Filho:

Não se pode cogitar em matéria criminal de um 'poder geral de cautela', através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à 'legalidade da inteira repressão', que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.⁸⁴

Despiciendo anotar que disso decorre, também, que os diversos princípios orientadores do Direito Penal, aplicam-se às prisões cautelares.

Como já dissemos alhures, não tem sido tranqüila a compatibilização da prisão cautelar e o estado de inocência, restando assente que a medida extrema e excepcional deve se revestir de características justificantes, sem as quais se configura punição antecipada.

Em razão da constitucionalização do processo penal podemos dizer que a prisão cautelar deve observar as seguintes notas características ou princípios orientadores do sistema cautelar:

- a) jurisdicionalidade: a prisão cautelar somente é admissível se decretada por ordem judicial fundamentada (art. 5º, LXI c/c 93, IX, da Constituição da República), com a ressalva de que se tem apontado a prisão em flagrante como exceção, apesar do controle jurisdicional da mesma. Essa característica está relacionada com o *due process of law* (art. 5º, LIV, da Constituição da República), já que ninguém será (deveria ser) privado da liberdade sem o devido processo legal, o qual é inconcebível senão através de decisões judiciais fundamentadas;
- b) provisionalidade: em decorrência do art. 316, do Código de Processo Penal, as

⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57.

prisões cautelares devem observar a situacionalidade, tutelando uma situação fática, devendo ser revogada imediatamente ao desaparecimento do suporte fático que a legitime. Desse modo, a prisão cautelar não pode ser presumida ou obrigatória, devendo ser, sempre, devidamente fundamentada. Ademais, em grande parte das legislações há consagração expressa da necessidade de revisão periódica da prisão cautelar, cujo modelo deveria ser adotado em nosso país;

c) provisoriedade: relaciona-se ao breve tempo de duração que se admite a prisão cautelar, evitando-se que assumam contornos de pena sem juízo, não obstante divergência de Ferrajoli.⁸⁵ Aliás, a pretensão de dilação dos prazos legais da prisão cautelar conflita com a obrigatória provisoriedade da mesma;

d) excepcionalidade: como já dito, em razão da presunção de inocência e demais princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, que conflitam frontalmente com todas as modalidades de prisão sem condena, esta somente pode ser admitida em casos excepcionais, sob pena de “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso.”⁸⁶ A observância dessa característica evitaria a banalização da prisão cautelar, convertida em medida de repressão instantânea à criminalidade, ou efeito sedante da opinião pública, cujo fim jamais se reservou a essa modalidade de prisão;

e) proporcionalidade: base principal das teorias justificantes da prisão cautelar, na medida em que a colisão de direitos: liberdade individual do cidadão *versus* eficácia estatal na repressão dos delitos, somente se resolve pela ponderação de valores, relativizando direito fundamental em hipótese excepcional extrema. Assim, toda prisão cautelar deve ser precedida de juízo de proporcionalidade (ou razoabilidade),

⁸⁵ “a debilidade dessa posição precária, revelada incapaz de impedir o desenvolvimento patológico da prisão sem juízo, é de fato a mesma que corrompeu a posição iluminista: a incoerência com a proclamada presunção de inocência mascarada pelo patético sofisma do caráter não penal do instituto.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 445).

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 776.

no qual se verificará sua adequação, necessidade⁸⁷ e efetiva razoabilidade, de cujo princípio dedicamos estudo mais detalhado no capítulo III, ao qual remetemos.

Por derradeiro, é de se recordar Tornaghi⁸⁸ quando ensina que a prisão provisória é um mal que deve existir para evitar mal maior e, embora má é necessária; mas, sendo um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade, devendo ser substituída por outra medida menos danosa, sempre que possível.

1.3.3. Modalidades

No campo das restrições à liberdade individual, como informa Eugenio Pacelli de Oliveira,⁸⁹ predomina no Código de Processo Penal de 1941 um espírito policialesco, fundado sempre na presunção de culpabilidade, quando não na presunção de sua fuga do acusado. E esclarece:

Para bem compreender o que sejam as mencionadas presunções (de culpa e de fuga), bastaria lembrar a redação original do art. 312 e 596 do CPP, nos quais se previa que quando a infração imputada ao réu tivesse pena máxima cominada igual ou superior a oito anos (o artigo 312), impor-se-ia decretação da prisão preventiva *obrigatória* (sem necessidade de qualquer fundamentação), bem como a *manutenção* do réu no cárcere, *mesmo após sua absolvição em primeira instância*, se o crime imputado tivesse pena máxima cominada igual ou superior a dez anos (art. 596)(sic).⁹⁰

Nessa inquisitorial situação, não se concedia liberdade provisória ao preso em flagrante, senão nos raros casos afiançáveis, bem como se impunha a prisão preventiva pela simples verificação da pena abstrata cominada ao imputado.

⁸⁷ “as medidas coactivas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*,. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, vol I, p. 436).

⁸⁸ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II, p. 7.

⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 410.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 410.

No entanto, a prisão provisória obrigatória está sepultada,⁹¹ remanescendo a prisão decorrente de sentença definitiva e as provisórias que demandam fundamentação com observância dos requisitos e princípios supramencionados, sob pena de ofensa ao conteúdo constitucional. Nesta linha de raciocínio, Luiz Flávio Gomes afirma que “a prisão cautelar não pode decorrer de mero automatismo legal, mas deve estar sempre subordinada à sua necessidade concreta, real, efetiva.”⁹²

Na lição do professor João Gualberto, a prisão preventiva “estabelece a disciplina geral das prisões provisórias no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro”,⁹³ e como tal deve ser estudada antes das demais.

Nesse sentido o pensar de Delmanto Júnior:

Com o advento da lei nº 5.349, de 3.11.67, que extinguiu a prisão preventiva obrigatória, dando nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal, e, quase dez anos depois, com a promulgação da lei nº 6.416/77, que acrescentou parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, impossibilitando a manutenção da prisão em flagrante quando não verificados os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, ela passou a ser a principal modalidade de prisão cautelar de nosso ordenamento. Sendo decretável a qualquer momento, mesmo antes do oferecimento da denúncia, ela se projetou sobre as outras modalidades de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, de per se, a tutelar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões.⁹⁴

Com a redação alterada, última vez, pela lei nº 8.884, de 11.6.1994, o art. 312 do Código de Processo Penal estabelece que “a prisão preventiva será decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver

⁹¹ Em decorrência das leis 5.349/67; 5.941/73 e 6.416/77, aliadas ao art. 5º, LXI da Constituição da República e demais princípios de liberdade assegurados, toda e qualquer modalidade de prisão sem condenação deve ser devidamente fundamentada. Aliás, a vedação à concessão de liberdade provisória em determinados crimes, não autoriza a prisão sem a devida fundamentação, ainda que se considere constitucional tais restrições de direitos.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. 2, ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1994, p. 49.

⁹³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 127.

⁹⁴ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 161/162.

prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.”

Como se observa além dos pressupostos para sua decretação, consubstanciados na existência do crime e indícios suficientes da autoria, imprescindível a ocorrência de, ao menos um, dos requisitos ou condições legalmente previstos, que se revelam na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal.

Na interpretação de Tourinho Filho, “a prisão preventiva subordina-se a pressupostos, que são dois, e condições, que são quatro, e uma destas, ao menos uma, deve coexistir com aqueles dois. É sempre assim, sem exceção.”⁹⁵

Como mencionado no item 1.3.1, os pressupostos da prisão cautelar, da qual a preventiva é modalidade, devem estar amparados em suporte fático real de materialidade e autoria delitiva, demandando juízo de probabilidade em face do altíssimo custo que significa ao acusado presumidamente inocente. Além disso, a imputação deve se referir a crime doloso punido com reclusão, excepcionados os casos do art. 313, II e III, do Código de Processo Penal (indiciado vadio ou reincidente).⁹⁶

Dos requisitos ou condições, para a decretação preventiva, contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, apenas dois escapam a veementes críticas que apontam a duvidosa constitucionalidade frente aos escopos do Estado Democrático de Direito.

A conveniência da instrução e a segurança na aplicação da lei penal são

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 542.

⁹⁶ Claro está que tais exceções são balizadas no direito penal de autor em clara ofensa ao princípio da secularização (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 14), além de configurar *bis in idem* (NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 04, 2001, p. 114-125).

pacificamente reputadas como finalidades processuais a tutelar o regular desenvolvimento do processo e a eficácia de sua execução, respectivamente. No que concerne à conveniência da instrução criminal é de se observar que em função do direito a ampla defesa e a permanecer em silêncio, não é de se exigir do acusado que colabore com a pretensão acusatória, mas, tão somente, não pratique atitudes prejudiciais à instrução criminal, criando obstáculos à colheita da prova.⁹⁷

Não há “confundir conveniência com comodidade. Não pode o juiz, porque o réu reside um pouco distante mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando deve apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de uma carta precatória.”⁹⁸

A prisão preventiva terá lugar para assegurar a aplicação da lei penal quando restar demonstrado que o acusado tenha exteriorizado atos que evidenciam planejamento de subtrair-se de eventual condenação, frustrando a execução da pena.

No entanto, como satisfação dos requisitos em comento, não vale a mera suposição, cumprindo apontar fatos concretos de que a atuação do acusado está a ensejar o prejuízo da instrução ou a frustração de eventual condenação. O risco da evasão do acusado constitui legítimo fundamento da prisão cautelar, tanto para conveniência da instrução criminal quanto para assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que não comparecendo para os atos do processo, especialmente interrogatório, ocasiona prejuízo e, por óbvio, estando foragido frustrará a imposição da reprimenda a ser imposta em eventual decreto condenatório.

Contudo, em larga escala, tem sido invocado o perigo de fuga como desarrazoada presunção, talvez por inconsciente necessidade inquisitória de manter

⁹⁷ Por exemplo, ameaçando testemunhas, tentando influenciar a peritos e serventuários, destruindo documentos, etc.

⁹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. vol. I, p. 543.

o objeto de investigação ao alcance.⁹⁹

Não se coaduna com a prisão cautelar qualquer espécie de presunção ou suposição, especialmente frente à garantia constitucional de inocência, pois, como lembra Aury Lopes Júnior “toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão do réu.”¹⁰⁰

Na conclusão de Capez, largamente utilizado como referência no cotidiano judiciário, a prisão preventiva para garantia da ordem pública é decretada “com o fim de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.”¹⁰¹ E esclarece:

No primeiro caso, há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes e a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese. No segundo, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni juris*, não convém aguardar-se o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.¹⁰²

No tocante à garantia da ordem econômica, o mesmo autor entende que, na verdade, trata-se de “uma repetição do requisito ‘garantia da ordem

⁹⁹ É de se transcrever o entendimento Romeu Pires de Campos Barros citado pelo professor João Gualberto: “a *conveniência da instrução criminal* tem função dúplice: a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita da prova, dificultando a descoberta da verdade. No primeiro aspecto, não se apresenta mais qualquer dúvida de que o acusado é também prova no processo, não só pelo que possa dizer, cooperando com o juiz na reconstrução fática; mas também pelo seu próprio aspecto somático, bastando pensar num reconhecimento de pessoa, o qual não se realiza sem a sua presença. Neste aspecto o acusado prova com o seu corpo, sendo examinado em juízo como se fora uma prova real” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 133).

¹⁰⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 199.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 265.

¹⁰² Idem.

pública'¹⁰³ introduzida pelo art. 86 lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (lei antitruste). A respeito, Paulo Rangel esclarece que tal previsão legal:

Quis permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A prisão para garantir a ordem econômica poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas leis nº 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86 e demais normas que se referem à ordem econômica, como quer o art. 170 da Constituição Federal e seguintes c/c art. 20 da lei nº 8.884/94.¹⁰⁴

No entanto, autorizadas vozes têm alertado ser de difícil justificação a natureza cautelar da prisão preventiva com espeque na garantia da ordem pública e ou da ordem econômica.

O professor João Gualberto Garcez Ramos, por exemplo, sem reconhecer qualquer contrariedade com a Carta Magna, afirma que:

[...] a prisão preventiva não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A Magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar a medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal.¹⁰⁵

Por outro lado, Aury Lopes Júnior sustenta que “as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais.”¹⁰⁶ Para esse autor, a prisão cautelar para evitar novos crimes trata-se de “absurdo exercício de vidência de julgadores”,¹⁰⁷ culminando com a antecipação da pena, já que somente esta traz consigo a função de prevenção especial, vale dizer: a finalidade de evitar que o

¹⁰³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 265.

¹⁰⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, p. 617.

¹⁰⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 143.

¹⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 208.

¹⁰⁷ Idem.

apenado volte a delinquir. Aliás, a prevenção especial somente poderia derivar de um “processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado.”¹⁰⁸

Com a nova ordem constitucional de presunção de inocência e abandono ao direito penal de autor e conseqüente repulsa a conceitos de perigosidade,¹⁰⁹ ao se falar em evitar que o acusado volte a delinquir, “recai-se na já mencionada presunção de culpa em relação ao crime que está sendo julgado e presunção da própria reincidência do agente. Medida tão radical e severa como a prisão sem pena não pode ser amparada em meras presunções.”¹¹⁰ Há, portanto, presunção dúplice: a de que o acusado realmente é culpado e, ainda, que em liberdade voltará a cometer outros delitos.

Sustenta-se que, nestes termos, é indissfarçável que a prisão preventiva “distancia-se de seu caráter instrumental”,¹¹¹ “atendendo a uma dupla natureza: pena antecipada e medida de segurança, já que pretende isolar um sujeito supostamente perigoso.”¹¹²

Além disso, por se tratar de conceito vago e indeterminado a garantia da ordem pública, especialmente baseada em clamor público, tem sido reputada fruto de “exercício de prestidigitação retórica”,¹¹³ mais um dos fundamentos apócrifos da prisão preventiva, com clara violação constitucional da legalidade, taxatividade e devido processo legal (*nulla coactio sine lege*), já que inadmissível a interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplia o conceito de prisão cautelar para

¹⁰⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Crimes Hediondos e Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar, in BONATO, Gilson (Org.) *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 49-74.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118.

¹¹⁰ BECK, Francis Rafael. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no Direito Processual Penal brasileiro, p. 79-93.

¹¹¹ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 183.

¹¹² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 211.

¹¹³ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 10, p. 113-119, 2003.

instrumento de defesa social. Ademais, em decorrência da vagueza e indeterminação de tais conceitos, essa condição não se sujeita à necessária verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e, conseqüente, comprovação empírica,¹¹⁴ de modo que não existe como produzir prova negativa de sua conduta futura. Nesse sentido o pioneiro Acórdão da lavra de Hamilton Bueno de Carvalho:

A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social. - A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! (TJRS – HC 700006140693 – Rel. Hamilton Bueno de Carvalho, j. 23/04/2003).

Das “justificativas” para decretação da prisão preventiva, muitas delas têm merecido repúdio, como por exemplo, a pretensão de acalmar o alarme social,¹¹⁵ manter a credibilidade da justiça,¹¹⁶ em razão da gravidade abstrata do delito,¹¹⁷

¹¹⁴“Para que o juízo não seja apodítico, mas se baseie no controle empírico, é preciso também que as hipóteses acusatórias, (...) sejam concretamente submetidas à verificação e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 32).

¹¹⁵ “Não são admissíveis em nossa Constituição as penas antecipadas, pelo que a prisão preventiva baseada no 'alarme social' poderia passar ao Museu Arqueológico, junto ao machado de pedra.” (SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, p. 113-119).

¹¹⁶ Nesse aspecto, a íntegra do voto do Ministro José Dantas no HC nº 813-RJ, 5ª turma do STJ, citado por Roberto Delmanto Júnior (*As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 188).

¹¹⁷ Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória.” (STF, Habeas corpus n.º 79.200-BA, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 172, pág. 184, abril de 2000).

opinião publicada,¹¹⁸ entre outros motivos.

O acórdão adiante transcrito é exemplar da demonstração de preocupação em controlar a prisão como pena antecipada sob as mais diversas justificativas infundadas:

I – A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional de presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

II – Cabe ao Julgador, ao avaliar a necessidade de decretação da custódia cautelar, interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.

III – O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como a existência de prova de autoria e materialidade dos crimes e o clamor público não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

IV – (...)

V – As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos subsumidos no próprio tipo penal.

VI – Conclusões vagas e abstratas tais como a preocupação de que 'a concessão da liberdade ao autor de roubo ensejaria sentimento de impunidade, incentivando a prática de crimes graves', bem como 'deve-se assegurar a presença dos indiciados à audiência de instrução', sem vínculo com a situação fática concreta, efetivamente existente, consistem meras probabilidade e presunção a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, motivo pelo qual não podem respaldar a medida constritiva para conveniência da instrução criminal.

VII – Precedentes do STF e STJ.

VIII – Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença dos requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional. (STF, HC 39.116-SP, Rel. Min. Gilson Dipp Quinta Turma, DJU, 04.10.04).

Não há que se olvidar que toda a prisão cautelar deve se submeter ao princípio da proporcionalidade, como critério ponderativo e de limitação da ingerência estatal, determinando que a autoridade judiciária não possa decretar medida de constrição da liberdade com finalidade distinta daquela expressamente prevista na lei.

¹¹⁸ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trad. Ana Lúcia Sabadell. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 5, 1994, p. 13: em verdade, segundo o autor, o que se chama opinião pública, não é opinião do público, mas aquela que a mídia publica.

Com referência à prisão em flagrante¹¹⁹ convém anotar que em decorrência da previsão do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, submete-se aos mesmos pressupostos e requisitos da prisão preventiva,¹²⁰ na medida em que deve ser revogada quando “o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 311 e 312).”

Por sua vez, nas hipóteses do art. 1º, da lei 7.960/89,¹²¹ substitutiva da medida provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989,¹²² pode ser decretada a chamada prisão temporária,¹²³ cuja alcunha indica que já nasce com o termo final, que é de cinco dias, prorrogável por mais cinco (lei nº 7.960/89, art. 2º), ou trinta dias

¹¹⁹ Art. 302, Código de Processo Penal: considera-se em flagrante delito quem: I- está cometendo a infração penal; II- acaba de cometê-la; III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV- é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

¹²⁰ Na compreensão de Aury Lopes Júnior (*Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 221), a prisão em flagrante é medida pré-cauteladora porque se destina a instrumentalizar uma futura medida cautelar, decorrente da homologação judicial fundamentada que deve avaliar a necessidade da constrição preventiva.

¹²¹ Art. 1º (lei 7.960/89): caberá prisão temporária: I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade; III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º, e 2º); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da lei 2.889, de 1º de outubro de 1976); n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

¹²² Paulo Rangel (*Direito Processual Penal*, p. 643), entende que “a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. (...) É também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente é o autor do delito”.

¹²³ A prisão temporária, instituída pela lei 7.960, de 21.12.1989, é considerada, até, um retrocesso, corresponde à antiga ‘prisão para averiguações’, objurgada pela doutrina; consubstanciando-se na regulamentação da abusiva prática policial de encarceramento de suspeito previamente à conformação de indícios de autoria e prática delituosa. (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 260).

prorrogável por mais trinta, naqueles delitos com o estigma de hediondos (lei nº 8.072/90, art. 1º, c/c 2º, § 3º) ou equiparados (art. 5º, XLIII, CR).

A respeito da aplicação da prisão temporária, na informação de Capez, ergueram-se quatro posicionamentos:

Para Tourinho Filho e Julio Mirabete, é cabível a prisão temporária em qualquer das três situações previstas em lei (os requisitos são alternativos: ou um, ou outro); - Antônio Scarance Fernandes defende que a prisão temporária só pode ser decretada se estiverem presentes as três situações (os requisitos são cumulativos); - segundo Damásio E. de Jesus e Antônio Magalhães Gomes Filho, a prisão temporária só pode ser decretada naqueles crimes apontados pela lei. Nestes crimes, desde que concorra qualquer uma das duas primeiras situações, caberá a prisão temporária. Assim, se a medida for imprescindível para as investigações ou se o endereço ou identificação do indiciado forem incertos, caberá a prisão cautelar, mas desde que o crime seja um dos indicados por lei; - a prisão temporária pode ser decretada em qualquer das situações legais, desde que, com ela, concorram os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). É a posição de Vicente Greco Filho.¹²⁴

Não obstante os requisitos para essa modalidade de prisão cautelar não serem idênticos aos da prisão preventiva, deve se fazer presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Desse modo, parece mais adequada a posição doutrinária que exige a presença concomitante das exigências de todos incisos do art. 1º da lei nº 7.960/89, pois, a ocorrência de um daqueles crimes contemplados no Inciso III é obrigatória ou, do contrário não teria sentido o rol taxativo constante do mesmo. Do mesmo modo, em não sendo imprescindível para a investigação criminal e não apresentando qualquer dificuldade na identificação do suspeito com domicílio certo, carece de necessidade a medida.

De fato, como lembra de Delmanto Júnior “a Exposição de Motivos da mencionada lei faz restrição à abrangência de sua aplicação – ‘aos crimes graves por ela assim considerados, excluindo-se aqueles de menor gravidade subjetiva’”,¹²⁵

¹²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 269.

¹²⁵ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 160.

evidenciando que somente cabe esta medida quando houver fundadas razões da autoria ou participação do indiciado em algum daqueles crimes elencados (inciso III), acrescida da ausência de domicílio certo ou identificação (inciso II). Ademais, toda prisão cautelar deve ser imprescindível ao fim que se destina (inciso I).

Há quem entenda que o inciso II da referida lei seja totalmente redundante, na medida em que seria a manifestação da imprescindibilidade, portanto, a ocorrência dos incisos I e III seriam os requisitos para o decreto da prisão temporária,¹²⁶ ou ainda, apenas o inciso II apresenta elementos de natureza cautelar, na medida em que poderia ensejar indícios de frustração da aplicação da lei.¹²⁷

No entanto, para que, toda vez que o indiciado tenha residência fixa e identidade certa, não se reduza a *letra morta* referida lei nº 7.960/89, tem-se adotado exegese moderada, exigindo-se, sempre, ao menos a incidência das circunstâncias descritas no inciso I e III, mencionados.

A prisão decorrente da decisão de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, previstas nos arts. 408 e 594,¹²⁸ do Código de Processo Penal, respectivamente, a princípio de cunho obrigatório nos casos de acusados portadores de maus antecedentes ou reincidentes,¹²⁹ estão imersas em enorme controvérsia a respeito de sua constitucionalidade, natureza cautelar, cumprimento antecipado da pena, etc.

Como informa Faggioni, sobre o tema três posições se colocaram:

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 433.

¹²⁷ BECK, Francis Rafael. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no Direito Processual Penal brasileiro, p. 85.

¹²⁸ O art. 35 da lei nº 6.368/76, traz a mesma obrigatoriedade de recolher-se à prisão para apelar.

¹²⁹ Reiteramos observação anterior (nota nº 96), em que os conceitos de maus antecedentes e reincidência, além de se constituírem resquícios do abandonado direito penal de autor são indistigáveis *bis in idem*, além de presumir culpa na acusação atual, se não ocorre reincidência.

a) aquelas modalidades de prisão não foram recepcionadas pela nova Carta da República. Logo, aqueles dispositivos não mais integrariam o ordenamento jurídico; b) são cautelares aquelas modalidades de prisão, pois que visam somente assegurar o resultado do processo, evitando a fuga do acusado em face da decisão que lhe é desfavorável. Daí, ainda nesses casos, para a decretação da prisão é necessário verificar se estão presentes as finalidades cautelares; c) a prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível é execução provisória.¹³⁰

A súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça tendo estabelecido que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”, em que pese o inconformismo de eminentes juristas,¹³¹ acalmou-se a discussão, com a insistência na fundamentação da prisão, não bastando a só previsão legal.

Inclusive, a vedação de liberdade provisória em crimes hediondos e afins, inicialmente tida como prisão obrigatória, cedeu à necessidade de fundamentação:

O fato de tratar-se de crime hediondo, isoladamente, não é impeditivo da liberdade provisória, haja vista princípios constitucionais regentes da matéria (liberdade provisória, presunção de inocência, etc.). Faz-se mister, então, que, ao lado da configuração idealizada pela Lei nº 8.072/90, seja demonstrada também a necessidade da prisão. 2 – A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do art. 310, parágrafo único do CPP. O fundamento único da configuração de crime hediondo ou afim, sem qualquer outra demonstração de real necessidade, nem tampouco da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, não justifica a manutenção da prisão em flagrante. (STJ, HC 18832–MG, 6ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 04.03.2002).

¹³⁰ FAGGIONI, Luiz Roberto. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 41, 2003, p. 125-151.

¹³¹ Vale transcrever o pensar de Faggioni: “pode-se pelejar para encontrar a definição mais liberal possível acerca do que significam bons e maus antecedentes. Mas quanto à reincidência, remédio outro não há senão buscar sua definição no art. 63 do Código Penal. Ou seja, não se pode negar que as prisões decorrentes da aplicação dos artigos mencionados nada têm de cautelares. Isso porque os maus antecedentes ou a reincidência não servem como critério determinante da existência, ou não, da necessidade cautelar. (...) Reconhecido que os artigos em discussão não têm finalidade cautelar, e ambos geram prisão antes da sentença firme, de duas uma: ou se interpreta o princípio da presunção de inocência como uma mera regra de distribuição dos ônus e avaliação da prova *in dubio pro reo*, ou se admite que ele deve servir de norte para toda a interpretação e configuração do sistema processual e penal, sendo, destarte, um dos fios condutores que permitem a harmonia da estrutura, e nesse último caso aquelas disposições são inapelavelmente inconstitucionais.” (FAGGIONI, Luiz Roberto. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia, p. 125-151).

Contudo, não é pacífica sequer a constitucionalidade da prisão decorrente de pronúncia ou de condenação recorrível, e muito menos sua natureza cautelar ou meramente processual. Ademais, tem-se defendido que a prisão provisória posterior à condenação não transitada em julgado seja execução provisória da pena.¹³²

A propósito, Rogério Lauria Tucci,¹³³ distingue entre as prisões tipicamente cautelares e as de natureza processual. Para esse autor, as prisões em flagrante, temporária e preventiva, são tipicamente cautelares porque têm “por finalidade a asseguuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal (cf. arts. 312 do CPP e, com suas peculiaridades, 1º da lei nº 7.960, de 1989).”¹³⁴ Já as de natureza processual, decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, fundam-se em “proferimento de ato decisório”, que força o início do cumprimento da pena ou incrementa a possibilidade de condenação e conseqüente perigo de fuga, sendo necessariamente vinculadas ao ato processual de que derivam.

Ademais, segundo Tucci, “somente com relação à prisão provisória tipicamente cautelar, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do investigado, indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional”.¹³⁵

No que concerne à decretação ou manutenção da prisão para além da

¹³² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 192: “A prisão do réu é, aqui, conforme deixou claro Afrânio Silva Jardim, execução provisória da pena privativa de liberdade aplicada. Por força do parágrafo único do art. 2º da lei nº 7.210/84, e da própria detração penal, o recolhimento do réu à prisão faz instaurar a execução de sua pena, ainda que provisoriamente”.

¹³³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 382.

¹³⁴ Idem, p. 382.

¹³⁵ Ibidem, p. 383.

decisão condenatória recorrível, ainda pendente julgamento recursal, na forma do parágrafo único do art. 2º da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), “esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório...”. Portanto, o preso processual sentenciado tem direito a cumprimento antecipado da pena imposta e não transitada em julgado, ainda que isso implique, eventualmente, violação ao estado de inocência.

Claro está que poderá ser absolvido em sede recursal. Mas, a prisão processual (verdadeira medida de segurança, como dissemos alhures), é ainda mais nefasta que a pena, caso vedada a progressão de regime, livramento condicional, entre outros benefícios destinados aos apenados.

Nem seria razoável que aos presos presumidamente inocentes, por mera questão técnico-jurídica, fossem negados os mesmos benefícios que se concede aos condenados definitivamente.

Aliás, as súmulas nº 716¹³⁶ e 717¹³⁷ do Supremo Tribunal Federal, reconheceram o direito à progressão de regime ou a fixação de regime menos severo antes do trânsito em julgado da sentença.

O Código de Organização Judiciária do Estado do Paraná contempla seção específica denominada – Execução Provisória da Pena -, em cujo item 7.5.1 estabelece textualmente:

7.5.1 – Antes do trânsito em julgado da decisão, poderá ser iniciada a execução da pena na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, com expedição de Carta de Guia provisória do recolhimento.

¹³⁶ SÚMULA STF Nº 716 - Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹³⁷ SÚMULA STF Nº 717 - Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

7.5.1.1 – tendo em vista o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, a execução só poderá ser promovida se for para beneficiar o réu.¹³⁸

O Conselho Superior da Magistratura do Tribunal do Estado de São Paulo editou o Provimento de número 653/99, que em seu artigo 1º, assim dispõe: "A guia de recolhimento provisória será expedida quando do recebimento de recurso da sentença condenatória, desde que o condenado esteja preso em decorrência de prisão processual, devendo ser remetida ao Juízo de Execução Criminal", e aduz, no art. 2º, a forma da providência no tocante aos "processos que já se encontram no Tribunal", e no art. 3º que a Corregedoria-Geral da Justiça deve adaptar "suas Normas de Serviço às disposições deste Provimento".

Com amparo em semelhantes disposições, em todas as Comarcas, exceto quando pendente recurso ministerial,¹³⁹ imediatamente após a condenação, expede-se a Carta de Guia Provisória para execução provisória da pena, o que, diga-se de passagem, comparado à prisão cautelar, é um inefável benefício ao acusado.

Desse modo, parece que o pejo da expressão: "cumprimento de pena sem trânsito em julgado", não retira o peso da situação concreta.

A vergonha não está em admitir que muitos acusados cumprem pena

¹³⁸ O presente dispositivo, além de vedar a execução provisória da pena imposta a réu que se defende solto, mais parece um pedido de escusas ao imputado preso sem condenação quando se propala a presunção de inocência, já que não existe prisão mais benéfica para inocentes.

¹³⁹ Esse sim, parece rematado absurdo, pois, o cidadão presumidamente inocente, mesmo após decisão condenatória com dosagem de pena, tem negado os direitos que se concede aos condenados, porque a acusação – que teoricamente é parte com paridade de armas - não se conforma com a decisão judicial. Tem-se perguntado: como ficará a execução da pena, caso o acusado já tenha cumprido parcela desta e sobrevenha condenação a exasperando? Contudo, não se tem recordado indagar: e como fica o cidadão presumidamente inocente se tal presunção vem se confirmar no recurso? E se permanece em regime fechado durante período suficiente como requisito objetivo para concessão de benefício, e a pena vem a se confirmar sem majoração? Claro está que se o recurso ministerial for exitoso e exacerbar a pena o Estado poderá efetuar novo cálculo e fazer cumpri-la, ao passo que ao cidadão que permaneceu em regime mais gravoso por mais tempo do que deveria, não há novo cálculo. Não há matemática alguma ao acusado preso em tais circunstâncias; mas, há uma irresistível tentação em ceder aos anseios inquisitoriais!

ainda sem decisão definitiva, mas, no dizer de Ferrajoli, na “incoerência com a proclamada presunção de inocência mascarada pelo patético sofisma do caráter não penal do instituto.”¹⁴⁰

Desse modo, parece evidente que o simples fato de ainda não ter lançado o nome do acusado no rol dos culpados não significa que não esteja cumprindo a pena imposta em sentença recorrida, já que a prisão provisória poderá ser computada em eventual pena definitiva (art. 42, CP), e, ainda, indisfarçável que a execução provisória da pena não poder ser apenas cautelar.¹⁴¹

Desse modo, na limitação deste trabalho, chamaremos prisão cautelar aquelas estritamente cautelares, já que as de natureza processual, ainda que se reconheça cautelaridade, é indisfarçável a natureza, pelo menos híbrida, eis que, ao mesmo tempo em que o acusado está preso cautelarmente, também está se executando a pena, inclusive sujeito ao mesmo regime dos condenados; ou, no caso, da prisão à espera do julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri, já adentrara no segundo momento do procedimento bifásico.

1. 4 As medidas alternativas à prisão cautelar

A situação de carência de legitimação das penas de prisão e, por conseguinte, da prisão provisória, enseja imediata busca de medidas capazes de reduzir ao mínimo o fenômeno do encarceramento sem condenação, a fim de viabilizar a efetivação dos Direitos Humanos assegurados na Constituição da República e documentos internacionais.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 445.

¹⁴¹ Seria absurdo imaginarmos que um cidadão presumidamente inocente está cumprindo as condições de seu livramento condicional da prisão cautelar.

Além disso, a medida prisional cautelar encerra extremos perigos de desaguar em graves injustiças. Não raras vezes, o acusado é submetido ao cárcere por longo período aguardando julgamento e acaba absolvido, ou mesmo apenado a reprimenda muito menos rigorosa que a longa espera pela decisão judicial. A propósito, ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho, que a prisão provisória é:

[...] providência odiosa, pois todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, por certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha nenhuma pretensão punitiva, e, senão havia pretensão, a que título ficou preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos morais e materiais decorrentes de uma prisão injusta?"¹⁴²

Em decorrência da própria característica de proporcionalidade da prisão cautelar, tal somente se justifica mediante a estrita necessidade e adequação, devendo ser adotada tão somente em hipóteses que não se apresente outra medida menos onerosa e igualmente apta a atingir os fins de garantia do processo.

Em análise ao que chama princípio da necessidade, ou subprincípio da proporcionalidade, Gonzáles-Cuellar Serrano esclarece que este "obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas rescritivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos."¹⁴³

Ademais, como ensina José Laurindo de Souza Netto "a intenção do legislador penal em buscar cada vez mais alternativas à pena de prisão de curta duração, a necessidade de evitar a prisão provisória ganha relevo."¹⁴⁴ Segundo ele, seria absurdo substituir a prisão como pena e mantê-la como medida cautelar.

¹⁴²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e liberdade, p. 63.

¹⁴³GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990, p. 189.

¹⁴⁴SOUZA NETTO, José Laurindo. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. *Revista dos Tribunais*, v. 801, p. 423-428, julho, 2002.

A prisão cautelar tem sido, muitas vezes, mais nefasta que a própria pena, na medida em que castiga processando, antecipadamente, para aferir a necessidade de castigo, a ponto de Ferrajoli ter percebido que “o perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da prisão preventiva.”¹⁴⁵

Em sua famosa reflexão sobre o significado do direito, Ronald Dworkin conta que Learned Hand, um dos melhores juízes da história dos Estados Unidos “dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos”¹⁴⁶ e que os processos criminais são os mais temidos de todos, nem precisando referir o considerável aumento do temor em se ver processado preso provisoriamente.

Assim, parece intuitivo que medidas alternativas à prisão provisória, com menor potencial de ofensividade à presunção de inocência e demais garantias, devem ser imediatamente implementadas, eis que autorizadas vozes clamam por um processo penal livre do uso abusivo dessa modalidade de prisão.¹⁴⁷ Até porque:

[...] los institutos de prisión preventiva y temporal deben ser derocados, porque se igualan a una verdadera condena criminal, no estan siendo usados como una medida cautelar procesal de excepción. En un derecho penal democrático no se admite prisión, sin que esté debidamente comprobada la culpabilidad del acusado, en base a pruebas concretas. Una legislación criminal (procesal) de tinte represivo como es la nuestra, admite la detención de una persona por meros indicios, evidencias, y aún para iniciar las investigaciones policiales.¹⁴⁸

Claro está que a mudança do hábito milenar de manter o acusado preso, ao alcance da mão punitiva, é tarefa penosa. A conveniência e segurança proporcionadas pela medida mais gravosa, ainda que acarrete desastrosas

¹⁴⁵FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 448.

¹⁴⁶DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3.

¹⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 449.

¹⁴⁸MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciarismo em el mercosur*, p. 142.

conseqüências ao acusado, têm impedido a verificação de qualquer possibilidade alternativa. A respeito dos benefícios dessas medidas ensina González-Cuellar Serrano:

el sacrificio de esa mayor seguridad en el pronostico de la eficacia que brindan aquellos medios que son excesivamente gravosos se compensa en muchos casos por las beneficiosas consecuencias a las que tienden las medidas menos lesivas, las cuales son al mismo tiempo suficientemente aptas para satisfacer los fines a los que se encaminaba la medida sustituida y eficaces también para la obtención de resultados positivos en el aspecto humano y social.¹⁴⁹

Talvez porque “os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com princípios, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à regra jurídica”¹⁵⁰ e, ante a ausência de legislação a exigir substituição da prisão cautelar por medidas menos lesivas, em nosso país não se tem notícias de iniciativas nessa direção, à exceção da liberdade provisória com ou sem fiança prevista no Código de Processo Penal (arts. 310 e 323 c/c 327 e 328).

No entanto, apesar da falta de regulação legal de medidas alternativas à prisão cautelar, não há qualquer vedação à aplicação de tais medidas menos gravosas.

A opção pelo Estado Democrático de Direito fundado na cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, da Constituição da República), “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade...”,¹⁵¹ com a conseqüente adoção de diversos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais a legalidade, intervenção mínima e proporcionalidade da intervenção estatal, conferem suporte jurídico para tal compreensão.

¹⁴⁹GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990, p. 198.

¹⁵⁰ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito*. Florianópolis: habitus, 2003, p. 62.

¹⁵¹Preâmbulo da Constituição da República de 1988.

Evidente que a exigência de intervenção mínima e proporcional deve se pautar na necessidade, requerendo prognóstico de idoneidade do meio empregado para atingir o fim pretendido, bem como a inexistência de medidas menos gravosas aos direitos fundamentais da pessoa que sofrerá a ingerência estatal, sob pena de ilegítima a atuação estatal.

A prisão cautelar é a mais dramática das intervenções estatais na esfera de liberdade individual, na medida em que o acusado é privado do livre exercício de um dos seus direitos mais preciosos, sem que se tenha comprovado sua culpabilidade para legitimação da constrição legalizada.

Em sendo assim, sempre que presente medida de menor ofensividade a tais direitos, necessária se faz a substituição da prisão cautelar por medidas alternativas idôneas à proteção do processo, em observância aos princípios constitucionais da intervenção mínima e proporcionalidade.

No dizer de Alexy, “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”,¹⁵² o que importa a superação da percepção de que os princípios não possuem força cogente.

É de se ressaltar que o princípio da hierarquia das normas compõe a estrutura do ordenamento jurídico,¹⁵³ não restando dúvida que as normas jurídicas de natureza constitucional guardam preponderância na correlação com outras normas, reclamando aplicação imediata e independentemente de qualquer previsão ordinária reguladora.

Referindo-se à falta de previsão legal de medidas alternativas à prisão provisória na Espanha, Gonzalez-Cuellar Serrano afirma poder defender a

¹⁵²ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

¹⁵³BOBBIO, Norberto. *Teoría do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 49.

possibilidade de que os juízes apliquem medidas alternativas em seu país, por “consecuencia del rango constitucional que hemos atribuído al principio de intervención mínima y es técnicamente realizable por médio de la interpretación de las normas em el sentido más favorable para la efectividade de los derechos fundamentales.”¹⁵⁴

O professor José Laurindo de Souza Netto assevera que o argumento da violação da legalidade utilizado para não se admitir a possibilidade de adoção dessas medidas não merece prosperar, pois, uma vez prevista legalmente medida mais gravosa (prisão cautelar), nada obsta que seja imposta outra medida idônea e de menor lesividade. Além disso, escudado em Nicolas Gonzáles, acrescenta que nestes casos “a aplicação judicial do princípio da intervenção mínima com adoção de medidas não reguladas pela lei não supõe mais que a aplicação do conhecido aforismo ‘quem pode o mais pode o menos’, sendo ademais a ‘eleição do menos’ exigência constitucional.”¹⁵⁵

Em decorrência do caráter excepcional da prisão cautelar, quase todos os Códigos processuais modernos tem previsto um sistema de medidas substitutivas, restringindo a prisão preventiva àqueles em que a medida menos gravosa se demonstre de antemão insuficiente, ou quando o acusado não cumpra as obrigações alternativas impostas pelo Juiz.¹⁵⁶

Por outro lado, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (1966), bem como a Convenção sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), ambos ratificados pelo Brasil, prevêm em seus artigos 9º,

¹⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990, p. 200.

¹⁵⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar, p. 423/428.

¹⁵⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 205.

3, e 7º, 5, respectivamente, que a prisão preventiva não deve se constituir regra, mas a soltura poderá ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento em juízo da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Desse modo, não há que se falar em violação da legalidade como impeditivo da aplicação de medidas substitutivas à prisão cautelar.

As medidas substitutivas têm se apresentado sob várias modalidades, podendo ser elencadas as seguintes como ilustração:

- a) liberdade provisória com ou sem fiança: já prevista em nossa sistemática processual, constituindo-se na mais antiga e difundida das alternativas à prisão sem condena;
- b) vigilância por terceiros: na informação de Nicolas Gonzáles¹⁵⁷ é medida prevista na legislação alemã, que permite ao Juiz impor ao acusado a obrigação de jamais deixar as dependências do domicílio fixado, sem a vigilância de um terceiro, que se torna garante de que o mesmo não deixará de responder ao chamamento judicial;
- c) obrigação de comparecimento periódico em juízo: assemelha-se à liberdade provisória, mas, traz como acréscimo a possibilidade de exigência de comparecimento semanal, ou mensal, para esclarecer as atividades que desenvolve durante a instrução processual, e reafirmar endereço, bem como tomar ciência de eventual designação de atos judiciais;
- d) internamento em instituição especializada: obriga o acusado a permanecer em algum estabelecimento (domicílio, hospital, instituição de recuperação a alcoolismo ou substâncias entorpecentes, etc.), exatamente quando o acusado apresente sintomas de alguma espécie de enfermidade ou vício que necessitem de tratamento;

¹⁵⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. op.cit.. 208.

- e) prisão atenuada: obriga o acusado a permanecer em seu domicílio, ainda que em perfeitas condições de saúde, aguardando desfecho da persecução penal, sob pena de conversão dessa medida em prisão cautelar no sistema penitenciário público;
- f) obrigação a prestação de serviços à comunidade ou de freqüência a instituições de ensino: na medida em que a prisão cautelar também é, na prática, equiparada à pena privativa de liberdade, não há que se objetar a imposição de pena antecipada, pois, da mesma forma, poderá se operar a detração, em caso de condenação. Ademais, trata-se de restrição infinitamente menor aos direitos fundamentais do acusado;
- g) obrigação de permanecer no país, e, inclusive, não mudar o domicílio ou transitar além de uma zona determinada, sem autorização judicial: durante o período da restrição de liberdade o acusado deverá permanecer dentro de determinado espaço territorial demarcado, sob pena de, encontrado além daqueles limites ser-lhe decretada a prisão preventiva em razão do concreto perigo de fuga;
- h) proibição de residência ou de aproximação a determinados lugares: para evitar que o acusado possa destruir provas, ameaçar testemunhas, ou, mesmo, cometer delitos semelhantes, o acusado pode ser admoestado a não freqüentar determinados lugares, especialmente nas imediações da ocorrência que se lhe imputa, sob pena de prisão preventiva;
- i) proibição de entrar em contato com determinadas pessoas ou freqüentar certos lugares: essa medida tem por objetivo evitar que o acusado tenha qualquer contato com prováveis testemunhas, ou que freqüente qualquer ambiente social que dificulte a convivência social e intenção de colaborar com a justiça ou favoreça a prática de outros delitos;
- j) retirada de passaporte, carteira de habilitação para dirigir veículos, ou outros

documentos pessoais: a retirada de tais documentos impedirá o acusado de praticar certas atividades, bem como dificultará possível fuga;

k) restrição de exercício de atividades profissionais, funções públicas ou encargos ou prerrogativa: o acusado de praticar atos criminosos em razão da função, profissão, encargo ou prerrogativa, não tem necessidade de ser encarcerado para evitar que destrua provas ou reitere prática criminosa, bastando que seja privado do exercício das atividades durante a instrução criminal.

É despiciendo dizer que as medidas alternativas à prisão cautelar estão sujeitas às peculiaridades do caso em concreto e a observância dos direitos dos acusados, especialmente aqueles mesmos garantidos aos condenados como, por exemplo, fixação de horários para freqüentar o trabalho e instituição de ensino, visita de familiares e amigos, correspondência, etc., sob pena de constituir-se em grave paradoxo.

São incontáveis os casos em que o indiciado é preso preventivamente, mas o fim estatal poderia ser atingido com a aplicação de uma das medidas substitutivas em apreço ou, quiçá algumas delas combinadas, dependendo da situação em concreto. Entre tantos outros exemplos, não seria necessário o encarceramento provisional do acusado de crimes funcionais para evitar que destrua provas ou volte a delinqüir no ambiente de trabalho, bastando para tal que se restrinja o exercício da atividade e proíba freqüentar aquele local.

No pensar de Aury Lopes Júnior, “a presunção de inocência impõe ao Juiz que presuma também a obediência do acusado ao chamamento do Estado e só em caso de quebra dessa presunção é que se pode falar em uma medida restritiva de liberdade.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 200.

Como corolário, por mais que se admita a prisão provisória quando impossível a substituição por alternativas, em casos excepcionalíssimos, haveria que se lhe impor limites temporais estreitos e peremptórios, pela razão de apresentar perene conflito com os ditames constitucionais de Direitos Humanos fundamentais. Bem por isso, necessária a vedação de qualquer construção doutrinária ou jurisprudencial fulcrada em justificações retóricas, expressões vagas e imprecisas com o propósito de burlar os limites da legalidade estrita. Até porque, não se pode olvidar que cabe ao poder jurisdicional o exercício do poder de contenção e, às vezes, de redução da fúria das agências punitivas, pois, “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.”¹⁵⁹

¹⁵⁹ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro I*, p. 40.

CAPÍTULO II

2 . O PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR

Já na antiguidade romana, em que pese a gravidade das penas praticadas, foram impostas restrições à prisão provisória. Na informação de Ferrajoli,¹⁶⁰ foi elaborada disposição contra a lentidão processual, exigindo-se a duração mais breve possível (*“De his quos tenet carcer id aperta definitione sancimus, ut aut convictum velox poena subducat, aut liberandum custodia diuturna non maceret”*).

Por óbvio, a prisão custódia voltou a ser regra com o apogeu do inquisitório medieval, na medida em que o acusado deveria ficar ao dispor do inquisidor para a busca da verdade.

Mas, no século XVIII, as idéias iluministas ensejaram a proteção das liberdades individuais contra a arbitrariedade dos juízes, os quais, em razão da separação de poderes e seu sistema de freios e contrapesos, na famosa expressão de Montesquieu não devem representar mais que a “a boca da lei”.

Impulsionado por tais idéias, em seu famoso livro (*“Dos Delitos e Das Penas”*), o Marques de Beccaria apresentou diversas propostas para reforma do sistema judicial, clamando contra a obscuridade das leis que impõem limites à atividade estatal no âmbito do contrato social. Por conseqüência, a “custódia de um cidadão, até que seja julgado culpado deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível”,¹⁶¹ pois a intervenção penal somente tem lugar na medida de sua utilidade e necessidade, com base em provas sólidas da acusação formulada.

¹⁶⁰FERRAJOLI, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 443.

¹⁶¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. de Oliveira. 6ª ed. São Paulo: Atena, 1959, p. 47.

Observe-se que o direito a um processo célere decorre do próprio momento histórico liberal vivenciado tanto na tradição do direito europeu quanto norte-americano.

Em discurso proferido no Simpósio Internacional sobre “*Il futuro della pace e la violenza del futuro*” na cidade de Lugano em 18 de novembro de 1987 o professor Norberto Bobbio comenta a hipótese de influência sofrida pelos revolucionários franceses dos ideais da independência Norte-Americana.

Com efeito, a Declaração de 26 de Agosto fora precedida, alguns anos antes, pelas Declarações de Direitos, pelos *Bill of Rights*, de algumas Colônias Norte-Americanas em luta contra a Metrópole. A comparação entre as duas revoluções e as respectivas enunciações de direitos é um tema ritual que compreende tanto um juízo de fato sobre a relação entre os dois eventos, quanto um juízo de valor sobre a superioridade moral e política de um em relação ao outro.¹⁶²

O professor Italiano alerta para os riscos de levar muito a sério as disputas a respeito da superioridade dos ideais das revoluções Francesa ou Americana, declarando mais sensata a comparação entre ambas e suas repercussões, já que “quanto ao conteúdo pode-se discutir; quanto à idéia a influência determinante da Declaração Americana é algo indiscutível.”¹⁶³

Em que pese a completa diversidade de estrutura do sistema judicial estadunidense o direito a um julgamento rápido foi consagrado pela primeira vez na 6ª Emenda à Constituição Norte-Americana, portanto parte da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), editada em 1779 e ratificada em 1791, e que, após a entrada em vigor da 14ª Emenda em 1868 passou a ser cogente também para os Estados-membros.

Por mais que o manifesto humanista francês, traduzido na Declaração

¹⁶² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 113.

¹⁶³ Idem, p. 114.

Universal dos Direitos do Homem, não tenha estabelecido explicitamente o direito a um julgamento rápido, como o norte-americano; consagra a supremacia da liberdade e dignidade da pessoa humana (art. 1º) com a presunção de inocência até condenação transitada em julgado (art. 9º), bem como que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes o remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos na constituição ou pela lei.”, (art. 8º).

É bem verdade que os movimentos totalitários ofuscaram por muito tempo tais avanços democráticos, mas, com a queda desses regimes, diversos pactos e tratados de Direitos Humanos passaram a contemplar o direito a julgamento em prazo razoável, sendo que os países democráticos aderiram a tais documentos internacionais, alguns dos quais, dentre eles o Brasil, o consagraram no bojo da Constituição.

2.1 O prazo da prisão cautelar na jurisprudência brasileira

Até o advento do primeiro Código Penal no império, o Brasil teve vigorando três ordenações: Alfonsinas (em vigor na Corte desde 1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Estes regramentos mantiveram o mesmo padrão da idade média, recheados de penas cruéis, castigos corporais e completa onipresença do julgador sobre o condenado, tendo a privação de liberdade o mesmo caráter de outrora, ou seja, uma prisão cautelar como garantia para a futura pena corporal, a ser decidida pelo monarca ou seu representante.¹⁶⁴

¹⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I. 2ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2000, p. 96.

Com o Código Penal de 1830 não foi diferente, tanto que durante seus quase 60 anos de vigência, fulgurara como contraste com os princípios liberais ao interesse das classes sociais dominantes. Tão caótica era a situação, especialmente pelo número alarmante de alterações ao primeiro Código Criminal republicano (1890) que em 1932 o Governo editou uma Consolidação de Leis Penais.

O Código de Processo Penal vigente no Brasil foi promulgado em 1941, em pleno regime de exceção do chamado Estado Novo, e tem como paradigma o código fascista italiano, de orientação expressamente autoritária. Veja-se o cunho retrógrado da exposição de motivos da nossa lei processual:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudo-direitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Como se depreende, a orientação é praticamente idêntica àquela contida na exposição de motivos do Código Rocco italiano de 1930 que, conforme narra Ferrajoli¹⁶⁵ repelia “por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado”, liquidando-a como “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 442.

Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos”.

No entanto, esse mesmo Código de Processo Penal brasileiro, de orientação fascista, estabeleceu prazos limites para a prática dos atos processuais penais, sendo para o inquérito policial: 10 dias (art. 10); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800).

Além disso, o referido diploma legal em seu art. 402 estabelece “sempre que o Juiz concluir a instrução fora do prazo, consignará nos autos o motivo da demora”, o que solidifica a imperiosa necessidade de observância dos mesmos.

Com a derrocada dos regimes de exceção, o mesmo Código de Processo Penal permaneceu em vigor, agora, contaminado por diversos documentos internacionais de Direitos Humanos fundamentais e, por fim, pela Constituição da República de 1988, que positivou diversas garantias do cidadão frente ao Estado sedizente democrático de direito, pretensamente livre da fumaça que ainda exalam os porões ditatoriais.

Parece claro que tal democratização não derogou qualquer previsão de prazos fixos para a conclusão pelo Estado de sua missão de julgar, especialmente aos acusados submetidos à prisão cautelar. Pelo contrário, introduziu novos direitos e garantias individuais.

Todavia, desde a edição do Código de Processo Penal em vigor, com as alterações legais e adaptações decorrentes de documentos internacionais e Constituição de 1988, diga-se de passagem, todas albergando direitos e garantias

individuais, a problemática do excedimento de prazo na instrução criminal caminha em sentido oposto, no que tange à compreensão judicial da necessidade de obediência aos prazos previstos na legislação processual penal.

2.1.1 A contagem isolada:

Inicialmente, ainda nos regimes de exceção,¹⁶⁶ mediante interpretação literal dos dispositivos legais, o excedimento de prazos da prisão cautelar verificava-se isoladamente, ou seja: o extrapolamento do prazo para a prática de quaisquer atos processuais previstos no Código de Processo Penal ensejava constrangimento ilegal e, conseqüentemente, a necessidade de imediata soltura do acusado.

O entendimento de Helio Tornaghi destaca que “a lei marca prazo para a realização de cada fase do processo (artigos 10, 46, 401, 407, etc.). O excesso de cada um desses prazos enseja a soltura do réu preso.”¹⁶⁷

Na mesma direção Magalhães Noronha enfatiza que

[...] em se tratando da 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 testemunhas), etc. Conseqüentemente no caso do art. 304, § 1º, as diligências policiais deverão estar findas naqueles dez dias, devendo o acusado ser solto se tal não acontecer.¹⁶⁸

Não diverge Tourinho Filho ao aduzir que:

[...] devem os prazos ser contados separadamente. Afinal, se o Código estabeleceu o prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito e remessa a juízo, estando preso o indiciado, seria postergar a lei permitir-se a remessa

¹⁶⁶ Estado Novo e, após breve interregno democrático, Regime Militar ditatorial.

¹⁶⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*, vol. II, p. 7.

¹⁶⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 24ª ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 168.

no 16º dia e, com aqodamento, ser a denúncia oferecida no dia seguinte, e assim por diante.

Justificando que:

[...] se toda e qualquer prisão provisória é um mal necessário, mas um mal, procurou o legislador estabelecer prazos razoáveis para a prática de diversos atos, a fim de que o *jus libertatis* não sofresse maior constrangimento. Dir-se-á que, havendo economia de outros prazos, pode haver excesso de alguns. Mas quase sempre a economia de prazos envolve um aqodamento, uma precipitação, com sérios prejuízos para a administração da justiça.¹⁶⁹

De início, essa compreensão era majoritária, adotada inclusive pela Suprema Corte pátria:

A Jurisprudência do STF é no sentido de que os prazos se contam separadamente, não sendo possível considerar-se que o constrangimento ilegal surja apenas quando se fizer excedido o total dos prazos, de modo que o excesso de uns possa ser compensado pela economia de outros” (RHC 48.900, Relator Amaral Santos - DJU 24.9.71, p. 5133; RT 555/454 RTJ 56/157; RHC 59.246 e RTJ 99/647).

Desse modo, bastava o excedimento do limite temporal de 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito policial (art. 10, Código de Processo Penal), por exemplo, que já se afigurava a necessidade de soltura do acusado preso provisoriamente, em razão de coação ilegal.

Conforme asseverou o Ministro Relator Evandro Lins e Silva, em julgamento proferido em pleno furor da ditadura militar, no dia 23 de maio de 1966

é fatal o prazo de 10 dias fixado no art. 10 do Código de Processo Penal. Inquérito paralisado em juízo, com evidente descaso pela liberdade do réu. Ordem concedida (STF, HC 43.096, Primeira Turma, DJU 9/11/1966, p. 1442).

¹⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. II, p. 437.

Com efeito, obedecendo-se a garantia ínsita no art. 648, II do Código de Processo penal, concluir-se-á que uma vez extrapolado o prazo legalmente previsto para a conclusão do inquérito policial, ou de cada um dos atos processuais, a manutenção da prisão constituir-se-á coação ilegal, eis que o indiciado estará preso por mais tempo do que determina a lei, atingindo o seu *status libertatis* de forma desautorizada.

Do mesmo modo, haja vista a previsão do art. 401 do Código de Processo Penal, nos processos de rito ordinário em que o acusado se encontre preso, quando decorridos 20 (vinte) dias desde a apresentação de defesa prévia sem que tenham sido ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia, a restrição à liberdade estará além do permitido na lei, devendo, em consonância com o ordenamento jurídico¹⁷⁰ ser cessada a coação ilegal.

Não há uma única justificativa ou interpretação divergente que não se choque frontalmente com o texto da lei processual penal e Constituição da República. No entanto, bom lembrar que a adoção da contagem em separado dos prazos, por si só, não importa observância à lei processual delimitadora de duração dos atos processuais. Em larga escala, a autoridade apontada coatora lança mão do artifício de agilizar (atropelar) o ato retardatário para viabilizar a superação do excesso no interregno entre a insurgência e sua apreciação em instância superior. Ademais, é sabido que a demora para julgamento de *habeas corpus* e recursos em geral invariavelmente ocasiona a perda do objeto da irresignação.¹⁷¹

Por outro lado, não é recente a tendência (necessidade?) do Poder Judiciário (inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal) encontrar justificativa para

¹⁷⁰ Art. 5º, LXV da Constituição da República, c/c 401 e 648, II do Código de Processo Penal.

¹⁷¹ A súmula nº 691 do STF é exemplar da dificuldade que se impõe à busca de cessação ao constrangimento ilegal: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

superar a próprio descumprimento dos prazos legais da instrução criminal.

Excesso de prazo na instrução criminal. Excesso justificado, dada a complexidade do processo, inclusive com expedição de cartas precatórias para inquirição de testemunhas arroladas pela acusação e defesa. Recurso de *Habeas Corpus* improvido. (STF. HC 43.096, Primeira Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJU, 29 /04/1977, p. 147).

Com o tempo, essas mesmas “justificativas” (dentre várias outras)¹⁷² ganharam novas formas sem, contudo, deixar de representar cerceamento à liberdade do acusado de maneira mais duradoura que a previsão legal.

2.1.2 A contagem global

Sob o manto da omissão legislativa,¹⁷³ ecoaram vozes pretendendo contornar os comandos explícitos mencionados acima.

Na citação de Delmanto Júnior,¹⁷⁴ Bento de Faria sustentava a contagem global dos prazos legais, e, da mesma opinião Inocêncio Borges da Rosa “à sua época negava, inclusive, que a demora na formação da culpa viabilizasse impetração de *habeas corpus*, afirmando que o art. 648, II, do Código de Processo Penal faz referência, somente, ao prazo estabelecido na Lei Penal Substantiva.” E ainda:

[...] julgando ordens de *habeas corpus* impetradas com fulcro nesse

¹⁷² “constitui entendimento da doutrina e jurisprudência majoritárias que a coação não se torna ilegal pela demora no executar ato processual que favoreça o réu” (STF, HC 51.376-ES, rel. Min. Antônio Neder, DJ 19.11.73, p. 8717); “Excesso de prazo para o cumprimento da instrução criminal. Demora que se justifica em virtude da necessidade de citação por edital de co-réu foragido” (STF, RHC 55.899-CE, rel. Min. Moreira Alves, Dj 02.06.1976, p. 109); “encerrada a instrução criminal acusatória, a demora eventual na audiência das testemunhas da defesa, não constitui constrangimento ilegal” (STF, RHC 55.785-BA, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 18.11.77, p. 8234), etc.

¹⁷³ Em relação a uma previsão legal explícita de prazo máximo de tolerância da prisão provisória, como ocorre em outros países.

¹⁷⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 246.

dispositivo legal (fazendo alusão ao art. 648, II do CPP), os Tribunais se depararam com o seguinte problema: a extrapolação de qualquer dos prazos previstos em nosso Código de Processo Penal, como o relativo ao encerramento do inquérito policial, tornaria ilegal a manutenção do preso provisória no cárcere? Os prazos deveriam ser somados? A extrapolação de um prazo poderia ser compensada pela economia de outros?¹⁷⁵

Na coexistência de entendimentos opostos triunfou, naturalmente, aquele mais conveniente a quem decide qual deve ser o adotado.

Realmente, a teoria da contagem global dos prazos, recebeu apoio dos mais variados Tribunais, tendo como referencial o trabalho de Dante Busana publicado na revista *Justitia* que, consoante informação de Damásio de Jesus,¹⁷⁶ declarava “dominante o entendimento de que o excesso injustificado de 81 dias, na conclusão da instrução criminal constitui constrangimento ilegal e obriga a soltura do réu.”

De acordo com esse entendimento, pouco importa o excedimento isolado de um dos prazos fixados, os quais devem ser contados de forma global, de modo que o atraso de um pode ser compensado pela antecipação de outros, pois, o constrangimento ilegal decorre do excesso de prazo da instrução processual como um todo e não apenas de um único ato.¹⁷⁷

Esse o relato de Vicente Greco Filho:

A jurisprudência, somando os prazos da instrução criminal, inclusive o do inquérito, os cartorários e os do juiz não expressos, fixou o entendimento de que o prazo máximo de prisão processual durante a instrução é de 81 dias, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal.¹⁷⁸

¹⁷⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 245.

¹⁷⁶ BUSANA, Dante. *Revista Justitia da Associação Paulista do Ministério Público*, 1975, vol.1/231, apud Damásio Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Saraiva, 1981, loc. cit., p. 211.

¹⁷⁷ BRETAS, Sérgio Adriano Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM Editora, 2006, p. 84.

¹⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, p. 408.

A chamada construção jurisprudencial dos 81 dias emerge da análise sistemática dos dispositivos legais que fixam prazos máximos para a prática de cada ato¹⁷⁹, cuja somatória abrange desde o inquérito policial até final decisão. Os julgados de então refletiam exatamente essa compreensão:

[...] escoado o **prazo global de 81 dias para o julgamento da ação penal** sem motivo justificado, a prisão preventiva passou a representar ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir, mesmo estando o paciente condenado em outro processo e cumprindo penal. (TJSP, HC, Rel. Dante Busana – RT 622/285) (grifei).¹⁸⁰

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal que inicialmente adotara o entendimento de que os prazos se contam separadamente, acabou por sucumbir à construção da contagem global:

Já não domina na jurisprudência do STF, para caracterização do excesso, a consideração isolada dos sucessivos prazos interpostos ao procedimento penal. O que a lei não quer – e, à luz do princípio da proporcionalidade, não seria legítimo que o admitisse – é a prisão processual excedente do tempo total necessário ao processo, inspiração a que parece indiferente a eventual superação daquele destinado a determinada fase, se compensada pela aceleração de outra fase (STF, Agravo Regimental em Petição nº 1.732-3-AL, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1.7.99, DJU, 17.9.1999, voto vencido Min. Marco Aurélio).

Parece evidente que essa interpretação desenvolveu-se a partir de uma nítida opção utilitarista, evidenciando a preocupação de seus idealizadores em dilatar os prazos para o encerramento dos processos processuais pelas agências punitivas e o próprio órgão jurisdicional, mesmo que à custa da violação dos direitos fundamentais do cidadão. Aliás, nem um pouco recente essa constatação:

¹⁷⁹ Conclusão do Inquérito Policial: 10 dias (art. 10); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499 c/c art. 800, § 3º); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800), num total de 81 dias.

¹⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. I, p. 729.

O que há na legislação brasileira é interpretação de ordem sistemática, procedendo-se à soma de vários prazos contidos na lei para a conclusão de determinados atos, para verificação do maior prazo concedido para o término da instrução. (...) os prazos para tal conclusão de um processo criminal, longe de estarem definidos na lei, de forma peremptória, encontram-se previstos de forma incerta e vaga. Ao lado disso, aqueles que são peremptórios, encontram na doutrina e na jurisprudência a válvula da justificação para o seu não-cumprimento à risca.¹⁸¹

Todavia, os poderes estatais burocratizados e cada vez mais lentos, por carência de estrutura (ou pela conjuntura?),¹⁸² apesar das inovações tecnológicas que encurtam tempo e distâncias, não lograram êxito em atender a demanda processual, ainda que considerados globalmente os prazos legais.

Não se pouparam esforços na empreitada da dilatação dos prazos legais limitadores da demora no julgamento de réus presos. Outras fórmulas foram propostas, especialmente nos ritos especiais (136 dias, 192 dias, 120 dias, 222 dias)¹⁸³ e, inclusive, no rito ordinário, quando outra vez, Dante Busana postula uma nova construção, por analogia, em prejuízo do acusado presumido inocente, preso além dos limites da lei:

A soma dos prazos expressamente consignados na lei para o julgamento do réu preso perfaz oitenta e um dias, aos quais é razoável acrescentar, por analogia, vinte dias para a inquirição das testemunhas de defesa. Assim, se arroladas testemunhas pelo acusado, só a partir do centésimo primeiro dia haverá excesso de prazo, que importará em constrangimento ilegal se injustificado, isto é, não decorrente de contingências insuperáveis, ou da ação retardadora da defesa (TACRIM-SP, HC, Rel. Dante Busana – JUTACRIM-SP 84/142 e RT 604/382).¹⁸⁴

Uma vez superada a trincheira da lei, o excesso alastrou-se. “Os parâmetros jurisprudenciais inicialmente estabelecidos foram se alterando, passando

¹⁸¹ CASEIRO, Luciano. *Apreciações do Flagrante Delito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1955, pgs. 44/47, apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª Ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 250.

¹⁸² AUGUSTO, Cristiane Brandão. O acesso à justiça por uma perspectiva crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 17, ano V, p. 135/145, 2005.

¹⁸³ FRANCO, Alberto Silva. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 731/732.

¹⁸⁴ Idem, p. 730.

a custódia preventiva a durar por mais tempo do que a lei processual penal permitia, assim o fazendo sobre os mais variados fundamentos(sic)",¹⁸⁵ sempre a satisfazer o interesse do poder estatal, que não cumpre seu papel.

2.1.3 A formação do sumário da culpa

A construção jurisprudencial que postulou a contagem global dos prazos previstos no Código de Processo Penal, deixando de observar o excesso de cada prazo isolado, prescrevia 81 dias para o encerramento da instrução criminal, considerada desde a instauração do inquérito policial até a decisão final. No entanto, essa compreensão dos atos processuais que abrangem a instrução criminal foi paulatinamente mitigada.

Primeiro, considerava-se superado o excesso mediante a conclusão dos autos para sentença; depois, a abertura de diligências (art. 499, Código de Processo Penal) ou alegações finais (art. 500, Código de Processo Penal) deixaram de ser considerados atos instrutórios; a seguir, a pronúncia do réu exaure o processo (Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça),¹⁸⁶ até que, por fim, a prova requerida pela defesa não mais pertence à instrução processual, reduzida, esta, à equivocada e presunçosa "formação do sumário da culpa."¹⁸⁷

Outra vez, a inventiva jurisprudencial dilata indevidamente os prazos legais. Como dissemos, a artificiosa "contagem global", que se traduz em dilação indevida, justifica que a "instrução criminal" é um todo, considerada desde o inquérito (prisão) até final decisão.

¹⁸⁵ DALABRIDA, Sidney Eloi. *Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal*, p. 118.

¹⁸⁶ Súmula 21 do STJ – Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução.

¹⁸⁷ Sumário de culpa parece indicar que todos os acusados sejam culpados, sem a possibilidade de declaração de inocência.

A extensão da locução – instrução criminal - foi, portanto, delimitada pelos próprios artífices da “contagem global” dos prazos, não se confundido com o conceito doutrinário-legal.

Entretanto, no afã de justificar os próprios excessos, o poder jurisdicional restringiu a instrução a uma estereotipada¹⁸⁸ compreensão do sumário da culpa, com termo final reduzido ao contido no art. 401 do Código de Processo Penal, ou seja: ouvida das testemunhas da denúncia, apenas porque o Capítulo nominado – Instrução Criminal -, somente prevê a ouvida destas.

Num passe de mágica, sem qualquer alteração legislativa, o Poder Judiciário decretara que os prazos fixados na lei não mais precisavam ser considerados isoladamente, porque o que importa é o prazo global de 81 dias correspondente à instrução criminal como um todo que, agora, deixara de ser um todo, mas apenas a produção da prova da acusação. Nesse sentido a orientação jurisprudencial:

Consoante decisão do STF, em que se somaram todos os lapsos de tempo marcados pela lei adjetiva penal nas várias fases da formação da culpa em Juízo, a instrução, tratando-se de réu preso, deve estar encerrada no prazo de 81 dias. Não há reconhecer excesso de prazo, se encerrada a prova acusatória antes do octagésimo primeiro dia (TACRIM-SP, HC, Rel. Manoel Pedro Pimentel – JUTACRIM-SP 22/128).

Entretanto, na informação de Frederico Marques “o antigo sumário de culpa é hoje mantido com restrita função de preparar processos para o Plenário do Júri, bem como com o papel de controlador político dos processos contra o presidente da República.”¹⁸⁹

Não obstante, ainda que fosse legal tal interpretação, o próprio conceito

¹⁸⁸ Cujos artifícios, diria Warat, correspondem ao uso da linguagem em sua função fabuladora pelo estereótipo de conceitos (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 72).

¹⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, p. 188.

de formação do sumário da culpa é muitíssimo mais abrangente:

A sucessão de atos do processo penal, tais como: a denúncia, a queixa, o despacho ou portaria nos procedimentos ex-officio, o corpo de delito, o interrogatório, a inquirição de testemunhas, e nos crimes que a lei admite a pronúncia ou a impronúncia.¹⁹⁰

Ironicamente, vez que o art. 311 do Código de Processo Penal prevê textualmente que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz (...)”, caso a alquimia judicial de redução da extensão da instrução criminal fosse procedente, todo e qualquer decreto prisional preventivo deveria ser revogado imediatamente após a ouvida da última testemunha da denúncia, já que não mais se revestiria de legalidade.¹⁹¹

É de se salientar, ainda, que a exclusão da prova requerida pela defesa e atos processuais subseqüentes da abrangência do “todo” que na jurisprudência se convencionou chamar instrução criminal, não há que se confundir com o contido na Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Parece lógico que seja vedado ao acusado o benefício da própria torpeza, mas não há devido processo legal sem contraditório e ampla defesa, portanto, inimaginável uma instrução processual em que os elementos de prova requeridos pelo acusado sejam marginalizados do processo.

No entanto, o entendimento de que a contagem dos prazos processuais deve ser global de 81 dias até formação do sumário de culpa (com a ouvida das

¹⁹⁰ ROSA, Eliezer. *Dicionário de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 229.

¹⁹¹ Delmanto Junior informa dois acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, relatados pelo Ministro Adhemar Maciel, estabelecendo que “a rigor, a instrução criminal vai até a fase das diligências (Código de Processo Penal, art. 499)”, sendo que, uma vez terminada, a manutenção da prisão cautelar que tenha como fundamento a conveniência da instrução cautelar, mostra-se impossível (DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 174).

testemunhas da denúncia) consolidou-se e perdura, com novos contornos.

2.1.4 O princípio da razoabilidade como justificação do excedimento do prazo para a formação do sumário de culpa:

Veza que as agências estatais, mesmo dilatando consideravelmente o prazo processual não lograram atingir o cumprimento de seus papéis, uma terceira fórmula de aferição do excedimento dos prazos processuais veio a lume. Ostentou vestes democráticas, é verdade, mas revelou-se a mais feroz serviçal do arbítrio.

Como veremos adiante (Capítulo III) a Constituição da República, quando opta pelo Estado Democrático de Direito e assegura aos jurisdicionados o devido processo legal (art. 5º, LIV), embora implicitamente, também reconhece a cláusula da razoabilidade, mesmo porque não há como efetivar a busca de uma sociedade justa (art. 3º, CR) que reconhece a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR) se não se tiver como parâmetro o critério do proporcional e razoável.

Por sua vez, documentos internacionais de direitos Humanos (Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificados pelo Brasil em 1992, prescrevem prazo razoável para a duração dos processos, especialmente quando os acusados encontram-se cautelarmente privados da liberdade.

A alegada omissão legislativa, aliada à garantia de que toda a pessoa tem direito a ser julgada num prazo razoável ou a ser posta em liberdade, talvez pela semelhança semântica (razoável/razoabilidade), desencadeou uma tendência a se buscar no critério da razoabilidade (pró-estatal) a justificativa para o excesso de prazo no encerramento processual.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello, argumenta que:

[...] enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Diferente não deve ser a postura adotada pelo intérprete da norma processual penal, principalmente dos magistrados, no que concerne à aplicação do referido princípio, devendo se valer dessa razoabilidade para dar sentido lógico-racional à norma que trata do prazo de duração da prisão cautelar, procurando compatibilizar a duração desse prazo com o tempo necessário à prática dos atos de instrução do processo em análise no caso concreto, não ficando perplexo diante da inexistência de uma previsão legislativa específica e, tampouco, diante do já consagrado prazo de 81 dias fixado pela jurisprudência pátria.¹⁹²

Seguindo essa trilha da administrativização do processo penal¹⁹³ e, conseqüente preponderância do interesse estatal frente ao cidadão, o acórdão que tem servido de paradigma nestes casos, foi assim ementado:

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 do 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 para conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo da razoabilidade pra definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal (STJ, HC 2.049, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJU 03/08/1992, p. 11.335).

Porque será tratado adiante acerca deste Acórdão (Capítulo IV), por ora, cumpre esclarecer que a aparente científicidade, culminou por justificar o excesso de prazo sob os mais variados fundamentos, eis que, em última análise, reduziu a definição do prazo razoável para a duração do processo à discricionariedade do julgador no caso em concreto.

Assim, não bastasse a estupenda dilação dos prazos fixados na lei processual penal com a justificação da contagem global e redução da instrução

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição, Malheiros, 2002, p. 91.

¹⁹³ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*, 2001.

criminal apenas à ouvida das testemunhas da denúncia, o princípio da razoabilidade passa a ser adotado às avessas para justificar o excedimento daqueles prazos estipulados. Ou seja: sem qualquer amparo legal, aqueles mesmos 81 dias fixados pelos tribunais como limite para a prolação de sentença, agora já poderiam ser extrapolados até mesmo para a conclusão da ouvida das testemunhas da acusação.¹⁹⁴

Desse modo, o manejo retórico do princípio da razoabilidade pelo sistema repressivo, além da completa confusão conceitual, estende indefinidamente a duração da prisão cautelar, ao passo que a própria noção de democracia fenece a cada dia.

É ilustrativo o rol de motivos que os Tribunais pátrios, inclusive Superiores, têm utilizado para “justificar” o excedimento dos prazos legais, em cujo campo o Estado não encontra limites para a restrição da liberdade do cidadão presumidamente inocente. Vejamos:

a) a própria natureza do delito imputado:

Esta turma, em relação aos prazos em processos de réus presos, vem-se orientando pelo critério da razoabilidade da demora, levando em consideração a realidade brasileira e a necessidade de preservação da incolumidade da sociedade, que não pode ficar à mercê dos celerados, mormente se os crimes de que são acusados se reveste da gravidade destes que estão em questão (STJ, HC Rel. Carlos Thibau – RSTJ 30/96). Sendo o réu elemento de grande temibilidade o autor de crime de gravidade, os relevantes interesses da sociedade impedem uma aplicação absolutamente rigorosa dos prazos fixados pela lei processual para formação da culpa (TACRIM-SP, HC Rel. Ítalo Galli – JUTACRIM-SP 35/104).

b) complexidade do processo em razão da quantidade de co-réus e a necessidade de expedição de cartas precatórias para outras comarcas:

¹⁹⁴ “Feito complexo, muitos réus e testemunhas, necessidade de expedição de cartas precatórias, e estando já concluída a inquirição das testemunhas indicadas pela acusação, inexistente a injustificada morosidade, em se tratando de momentâneo excesso de prazo. Ordem denegada”. (STJ - HC 24433 - PR - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJU 19.12.2002).

Excesso de prazo na instrução criminal. Alegação improcedente, dada a complexidade do processo caracterizada pela quantidade de co-réus e a necessidade da expedição de precatórias para a oitiva de testemunhas residentes em outras comarcas. Precedentes. Habeas-corpus indeferido. (STF, HC 82138/SC. Rel. Min. Maurício Correia - DJU 14/11/2002).

A complexidade do processo, envolvendo nove co-réus, acusados de crimes de roubo e formação de quadrilha, aliada ao fato de o advogado do paciente residir em outra unidade da federação, dificultando, ainda que involuntariamente, a marcha processual, exclui o indevido constrangimento decorrente do excesso de prazo na formação da culpa por força do princípio da razoabilidade. (STJ, RHC 6929. Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 08/06/98, p. 179).

c) mera presença dos fundamentos ensejadores da prisão preventiva:

Para caracterizar excesso de prazo no encerramento da instrução criminal, não se considera apenas a soma aritmética de tempo para a realização dos atos processuais instrutivos, sendo necessário verificar as peculiaridades do caso concreto, impondo-se a aplicação do princípio da razoabilidade. A primariedade e os bons antecedentes do paciente, como condições pessoais favoráveis, são irrelevantes para a decretação da prisão preventiva, quando demonstrada a efetiva necessidade da medida cautelar, em razão dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. (STJ, HC 39620/BA Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima - DJU 11.04.2005 p. 346).

d) greve dos serventuários da justiça:

Eventual excesso de prazo motivado por paralisação dos serviços judiciários não é considerado para se soltar acusado com prisão preventiva suficientemente fundamentada (STJ, RHC 3551-0, Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 09/05/94).

Não se duvida que um conceito genérico como o da cláusula da razoabilidade confere ilimitado poder discricionário ao julgador, o qual, na análise do caso concreto, tenderá a justificar o excesso no interesse do próprio poder que representa, e nesse campo as teorias da linguagem e argumentação nos esclarecem que não há arbitrariedade em si, pois, uma regra qualquer “torna-se arbitrária apenas na medida em que permanece injustificada.”¹⁹⁵

¹⁹⁵ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 60.

Nesse contexto, parece evidente que o amparo na indefinição do prazo razoável e, conseqüente aferição da razoabilidade do excesso de prazo no caso em concreto, torna quase ilimitado o poder discricionário concedido ao Estado através do órgão jurisdicional, já que para justificar a sua própria crise conjuntural/estrutural que impede o cumprimento dos prazos legais são invocadas as mais inusitadas razões, sempre em prejuízo da necessária máxima efetividade das garantias aos Direitos Humanos fundamentais do cidadão.

CAPÍTULO III

3. A RAZOABILIDADE E O PRAZO RAZOÁVEL

Não se pode permitir a compreensão indistinta entre o direito a julgamento em prazo razoável e o princípio da razoabilidade ou a lógica do razoável com o manejo destes para a justificação de excedimento do prazo legal, como se a lei presumida racional fosse, de antemão, irrazoável.

3.1 A Racionalidade das Leis

A limitação imposta ao Estado de intervenção mínima na esfera da liberdade individual, manifesta na exigência de legalidade, é produto da influência da ideologia liberal no ordenamento jurídico pátrio. Aliás, “o liberalismo se mantém presente em qualquer sistema político que prima pela democracia.”¹⁹⁶

A própria opção pelos dogmas do positivismo, com a adoção de leis escritas para regramento da vida social, já é uma clara manifestação de aceitação pelo liberalismo jurídico.

Apoiada nessa ideologia a dogmática jurídica tratou de estabelecer as características da lei escrita, elegendo o tripé ideológico em que se apóia – os princípios da unicidade, da estatalidade e da racionalidade das leis -.

Na visão do professor Luiz Fernando Coelho “forja-se então o princípio da racionalidade como pressuposto ideológico que se manifesta na própria objetividade do direito, enquanto norma racional, ordenamento racional e justiça

¹⁹⁶ PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Manole, 2002, p. 284.

racional.”¹⁹⁷ Segundo ele:

[...] o princípio da racionalidade está umbilicalmente ligado ao da estatalidade, a partir da constatação trivial de que, se o Estado é a única fonte do direito ou, pelo menos, a que tem a primazia, os indivíduos, como seres racionais, não se deixariam conduzir por seres ou mediante meios irracionais. Nada mais natural, por conseguinte, do que argumentar que as normas de conduta dimanadas do Estado devem ser observadas em virtude de uma exigência básica de racionalidade, a qual está garantida pelo próprio legislador; e que este, em nome de toda a sociedade, preserva a unidade do sistema jurídico e a racionalidade da prática social, tornando-se por isso, para o homem comum, o verdadeiro sustentáculo do direito.¹⁹⁸

Prossegue Luiz Fernando Coelho:

essa racionalidade objetiva é captada pelos sujeitos da experiência jurídica na elaboração das leis e das sentenças judiciais, como também na atividade negocial. Na política de *lege ferenda*, a lei é vista como produto da razão para obter os fins racionais do direito; ela envolve, portanto, uma racionalidade das normas, seja consideradas individualmente, seja no conjunto do direito positivo.¹⁹⁹

Em que pese a descrença na observância do aludido princípio da racionalidade,²⁰⁰ o fato é que não se pode conceber uma legislação penal e processual penal que não se apegue ao princípio da racionalidade interna e na relação com todo o ordenamento jurídico. A incoerência do dogma-jurídico-penal com o sistema-jurídico-penal parece evidente, mas a busca de racionalidade deve ser incessante.

Uma vez pacífico que o sistema jurídico penal pátrio tem como dogma a racionalidade das leis, mister se faz identificar o conceito de racionalidade, pois,

¹⁹⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 455.

¹⁹⁸ Idem, p. 450.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 461.

²⁰⁰ Luiz Fernando Coelho considera a racionalidade mito que faz prevalecer elementos sintáticos e semânticos que interferem na formação de premissas, com claro intuito retórico, a fim de resguardar a imagem de um direito que se diz legítimo, apesar de dissimular a irracionalidade das decisões no interesse de grupos que manipulam o direito e a justiça.

como refere Zaffaroni, “a expressão racionalidade requer sempre uma precisão, por ensejar uma alta margem de equívoco.”²⁰¹

Essa missão requer a compreensão de que o culto ao racionalismo na filosofia ocidental surgiu com o renascimento, especialmente em oposição às concepções religiosas que dominaram a humanidade durante muitos séculos. Depois, porque a razão teria iluminado um mundo mergulhado em trevas e misticismo, floresceu o movimento filosófico chamado iluminismo, alavanca teórica de toda a construção ideológica liberal.

A palavra razão tem origem na fonte latina *ratio* e no termo grego *logos*, cujo significado assemelha-se em ambos os idiomas, pretendendo dizer: contar, reunir, medir, juntar, calcular. Obviamente, a prática das ações descritas nos verbos mencionados reclama pensamento de modo ordenado. Por isso, como ensina Marilena Chauí: “*logos, ratio* ou razão significam pensar e falar ordenadamente, com medida e proporção, com clareza e de modo compreensível para outros.”²⁰² Para Chauí o conhecimento racional obedece a certas regras ou leis fundamentais.²⁰³

No desvelar da carência de legitimidade do sistema penal na América Latina, Zaffaroni a entende como característica que deve ser medida conforme sua racionalidade, aduzindo que o discurso jurídico penal seria racional se fosse coerente e verdadeiro. Por seu turno, ao esclarecer a necessidade de justificativa das regras, Chaim Perelman esclarece que “uma justificação será racional ou, pelo menos, razoável.”²⁰⁴

Como se vê, não há como trilhar outro caminho, senão o que conduz à

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, p. 16.

²⁰² CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 59.

²⁰³ Princípios da identidade, da não-contradição, do terceiro-excluído e da razão suficiente ou causalidade.

²⁰⁴ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, p. 186.

conclusão de que o racional traz em seu âmago o razoável, na medida em que o irrazoável não pode ser, ao mesmo tempo, “coerente e verdadeiro” (Zaffaroni), “com medida e proporção, com clareza e de modo compreensível para os outros.” (Chauí).

Assim, revestida de racionalidade, a lei tem presunção de razoabilidade, e não o contrário.

Nem se cogite que, com isso, pretendemos negar a necessidade de garantia dos direitos fundamentais para além da letra da lei, o que afirmamos alhures, mas tão somente firmar o caráter imprescindível da racionalidade das leis, não obstante a possibilidade de controle de validade desta pelo critério de legitimidade jurídica substancial de conformidade à constituição.²⁰⁵

A discussão acerca do controle jurisdicional da racionalidade da legislação tem se desenvolvido há bastante tempo, mas, especialmente em face da separação de poderes que se freiam mutuamente, os juristas têm concordado que é salutar a vinculação do juiz à lei racionalmente adequada ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, na obra – A Racionalidade das Leis Penais –, ao tratar da racionalidade jurídica no âmbito da legislação e da jurisdição, o jusfilósofo espanhol José Luis Díez Ripollés, conclui pela preferência à racionalidade legislativa ante a jurisdicional, dentre outros motivos, porque a manutenção do princípio da vinculação do juiz à lei, faz que a racionalidade jurisdicional tenha como pressuposto um nível considerável de racionalidade legislativa. A esse respeito, referido autor relata a posição dos mais ilustres pensadores:

Habermas fundamenta a legitimidade das normas jurídicas na racionalidade do processo legislativo que levou à sua criação, processo que configura um discurso político-jurídico no qual estão presentes conteúdos muito diversos:

²⁰⁵ Para Ferrajoli a legitimidade jurídica da lei se desdobra em formal (vigência) e substancial (validade), o que se faz pelo controle difuso e material de constitucionalidade, em razão da esfera do indecidível em que se encontram os direitos fundamentais.

morais, ético-sociais, compromissos entre interesses e aspectos pragmáticos. (...).

Para Atienza, a racionalidade judicial é inalcançável sem uma prévia racionalidade legislativa, e tampouco tem sentido falar de argumentação jurídica se ela não contém dentro de si a argumentação que se desenvolve na elaboração do Direito. Além disso, a racionalidade em ambos os momentos operativos do Direito deve responder a exigências similares, sem que isso implique desconhecer as diferenças existentes. Deve tratar-se, em qualquer caso, de uma racionalidade forte, que não se limite à coerência lógico-formal, mas que se ocupe também dos fins a serem alcançados e de princípios morais. (...)

Para Ferrajoli, (...) por mais que as atuais Constituições permitam buscar a garantia dos direitos fundamentais para além da letra da lei, não se pode prescindir da legitimidade formal derivada da vinculação do Juiz à lei; isso faz que sejam necessárias leis minimamente racionais e uma ciência da legislação que se ocupe de assegurar tal coisa.²⁰⁶

Em verdade, a necessária legalidade de toda a intervenção de quaisquer dos poderes estatais na esfera individual, mediante o devido processo legal, pressupõe leis racionais e razoáveis, já que outorgar ao poder jurisdicional a aferição da racionalidade e razoabilidade de tal ingerência, sem observância ao referido dique legal, seria abrir largas portas ao arbítrio judicial.

Nessa trilha ensina Jacinto Coutinho:

De acordo com exaustiva produção teórica de Norberto Bobbio, a democracia exige, sob um enfoque estritamente formal, uma prévia delimitação das regras do jogo – e aqui não se pode negar a contribuição do positivismo jurídico para uma noção de democracia que teve seu momento e importância histórica -, ciente todos, salvo os ingênuos, da necessidade da lei à própria sobrevivência (melhor seria Lei, com maiúscula), como demonstra a psicanálise.²⁰⁷

No dizer de Díez Ripollés, “as peculiaridades do ordenamento penal advogam igualmente pelo devido respeito à racionalidade legislativa”,²⁰⁸ mormente ao desgaste que a idéia do império da lei sofreu neste setor jurídico, em que pesem todos os problemas, persiste a pretensão de racionalidade nos conteúdos penais.

²⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82/83.

²⁰⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal, p. 3-55.

²⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais*, p. 86.

De fato, nas searas penal e processual penal os cuidados com a racionalidade e, por conseqüência, razoabilidade legislativa (e judicial) deve redobrar, sob pena de inviabilizar o controle da legalidade estrita e observância aos demais direitos fundamentais consagrados.

3.2 O princípio da razoabilidade (proporcionalidade)

Na medida em que se tem invocado o princípio da razoabilidade (proporcionalidade) como justificativa do excesso de prazo da prisão cautelar para além dos limites da lei, mister se faz a investigação desse princípio no contexto da teoria principiológica.

Dentre os diversos princípios limitadores do poder estatal, encontra-se o princípio da razoabilidade, também denominado proporcionalidade ou vedação do excesso, cuja adoção em nosso país foi retardada pela falta de previsão expressa na Constituição da República em vigor.

No entanto, seja como decorrência natural do Estado Democrático de Direito ou do *substantive due process*, o fato é que esse princípio tem sido adotado pelos tribunais pátrios, merecendo adequada compreensão para que exerça sua missão em completa harmonia com os demais princípios e com a democracia.

3.2.1 A importância e significado dos princípios

Foi Norberto Bobbio quem constatou o significado da “inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre o Estado e

os cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão”,²⁰⁹ com ênfase especial à liberdade.²¹⁰

Esses direitos constituem a própria essência do novo modelo estatal, cujos princípios ganharam espaço nas constituições das nações, a reclamar irrestrita obediência, mas que são continuamente violados.

Na atualidade, de maneira clara, aflora a necessidade de respeito aos indivíduos e à dignidade humana. Nessa ordem de idéias, desponta de suprema importância o papel dos princípios reconhecidos como espécie de normas jurídicas, clamando por máxima efetividade.²¹¹

Não mais se duvida que a estrutura normativa é composta por princípios e regras jurídicas.²¹² Na menção de Sérgio Guerra “os princípios, que são mais genéricos e abstratos do que as regras, não estão subsumidos a uma situação de fato, possuindo uma dimensão de peso ou importância”,²¹³ pouco importando que estejam previstos ou não no texto constitucional.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 3.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 17: Kant havia racionalmente reduzido os direitos irresistíveis (que ele chamava de ‘inatos’) a apenas um: a liberdade.

²¹¹ Para Buechele, os princípios de interpretação constitucional segundo Konrad Hesse e J. J. Canotilho dividem-se em: a) o princípio da unidade da constituição; b) o princípio do efeito integrador; c) princípio da máxima efetividade; d) princípio da conformidade funcional (Justeza); e) princípio da concordância prática (harmonização); f) princípio da força normativa da constituição; g) princípio da interpretação conforme a constituição (BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101).

²¹² J. Canotilho apresenta cinco critérios para distinguir regras e princípios: "a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados na idéia de Justiça' (DWORKIN) ou na 'idéia de direito' (LARENZ); as regras podem ser norma vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante". (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 166/167).

²¹³ GUERRA, Sérgio. O princípio da Proporcionalidade na Pós-Modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 de junho de 2006.

A teoria principiológica teve especial contribuição dos estudos de Ronald Dworkin em seu ataque ao positivismo, quando percebeu que nos “casos difíceis” os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos ou obrigações jurídicas, e “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.”²¹⁴

Para Dworkin, as regras são adotadas pelo método *all or nothing*, vale dizer: “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”²¹⁵ Assim, se uma regra se confronta com outra, uma delas deve ser considerada inválida.

De outra parte, esse autor destaca que na hipótese de colisão entre princípios, prevalece o de maior peso sem excluir o outro totalmente.

Na reflexão de Robert Alexy, os princípios não determinam as conseqüências normativas de forma direta, como fazem as regras, já que são “mandatos de otimização” aplicáveis em vários graus normativos e fáticos, pois,

[...]los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.²¹⁶

Em outro estudo, Alexy estabelece que “princípios são enunciados normativos de um tão alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes,

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

experimenta limitações através de outros princípios”,²¹⁷ cuja resolução ocorre mediante a ponderação no caso concreto.

A esse fenômeno Willis Santiago Guerra Filho denomina “sopesamento” de princípios, esclarecendo que:

[...] enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro.²¹⁸

Não é outra a conclusão de Gilmar Ferreira Mendes, quando aduz que “no conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, conforme a relevância de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.”²¹⁹

Por seu turno, no diapasão de Guerra Filho, “já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia.”²²⁰

Por conseqüência, os princípios reclamam observância em toda ocorrência concreta, na medida em que decorrem da opção política estatal e trazem em seu âmago a limitação a qualquer ingerência nos direitos fundamentais, direcionando o próprio ordenamento jurídico.

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 252.

²¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 45.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 182.

²²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*, p. 45.

Talvez exatamente essa irrevogabilidade e superlativa importância propiciaram ao professor Adelino Marcon sentenciar que “os princípios, ainda que passíveis de esquecimento, não se revogam como as normas contidas nas regras, isto porque têm as características de perenidade e universalidade, que visam proteger a dignidade humana, a liberdade e a igualdade.”²²¹

Destarte, na afirmação de Paulo Bonavides,²²² a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da sua normatividade, converteu-se no coração das Constituições.

Dentre tais princípios que iluminam o novo direito constitucional, ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

3.2.2 Definições sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade:

Sem embargo de vozes divergentes,²²³ o entendimento majoritário sustenta não haver distinção essencial entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, identificando relação de fungibilidade entre ambos. Tem-se ressaltado, inclusive, “digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade.”²²⁴ ou ainda, que o “princípio da proporcionalidade (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o

²²¹ MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 33.

²²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 253.

²²³ Por exemplo: “Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins” (AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, abril, 2002).

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais-cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 23, p. 65-78, 1998.

princípio da razoabilidade dos norte-americanos.”²²⁵

Suzana de Toledo Barros acrescenta que “os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição do excesso (übermass) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade.”²²⁶

Na lição de Luís Roberto Barroso, os princípios em questão diferem entre si pela origem, pois, o princípio da razoabilidade surgiu no direito anglo-saxão, como face material da cláusula do *due process of law*, ao passo que o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se a partir da doutrina alemã; ressaltando o autor que, em linhas gerais, ambos os conceitos são fungíveis.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal não estabelece distinção precisa entre os princípios em apreço.²²⁷

Desse modo, para o escopo deste trabalho, trataremos da razoabilidade e proporcionalidade como manifestação do mesmo fenômeno.

O princípio da razoabilidade funciona como instrumento controlador dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro de limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos. De acordo com a lição de J. J. Gomes Canotilho:

²²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

²²⁶ Ibidem. p. 70.

²²⁷ O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”(grifei).Votação: por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão. Resultado : indeferida. (STF, ADIMC 1407, Relator Min. Celso de Mello,Tribunal Pleno, Julgamento: 07/03/1996).

Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão.²²⁸

Na lição de Barroso, o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público frente ao critério superior que informa todo ordenamento jurídico: a justiça. Em suas palavras: “é *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”²²⁹

A expressão proporcionalidade denota uma relação de igualdade ou de proporção entre as partes e o seu todo, ou entre várias coisas. Conforme Suzana de Toledo Barros, esse vocábulo

[...] tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.²³⁰

Na informação de Raquel Stumm²³¹ o princípio da proibição do excesso (proporcionalidade em sentido amplo) é aplicável no âmbito do controle legislativo, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação meio e fins, questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais.

²²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 263.

²²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. . Artigo publicado na Internet, no site: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm> - acessado em: 03.08.2005.

²³⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 71.

²³¹ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 206.

Nessa linha Canotilho sentencia que “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de ‘justa medida’ (LARENZ).”²³²

Não destoam a contribuição de Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano:

Hoy en día se considera por la doctrina y la jurisprudência que el principio de proporcionalidad (verhältnismäßigkeit), coincidente con la prohibición de exceso (übermaßverbot), se descompone en tres subprincipios: idoneidad – adecuación de la medida a sus fines – (Geeignetheit); necesidad – intervención mínima – (Erforderlichkeit); y proporcionalidad en sentido estricto – ponderación de intereses y ‘concretización – (proportionalität). Muy resumidamente adelantaremos también que el principio consagra excepciones no escritas a la obligatoriedad de las disposiciones legales en el caso concreto, convirtiendo en inadmisibles las medidas, aunque incluso legalmente sean inobjectables y su aplicación pueda considerarse jurídicamente correcta en otras circunstancias, si son inadecuadas para la consecución del fin, si pueden ser empleados otros medios alternativos menos gravosos o si ‘ocasionan – voluntaria o involuntariamente – graves daños que no están en relación ponderada entre medio y fin de realización’.²³³

Ressalte-se que o professor Paulo Bonavides verifica no princípio uma verdadeira garantia constitucional que tem dupla função: proteger o cidadão do arbítrio estatal e resolver problemas de compatibilidade e conformidade na concretização das normas constitucionais. Ou seja: a par da função protetiva dos direitos contra a intervenção excessiva do estado, subjaz uma importante função interpretativa, porquanto obriga o hermeneuta alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito.

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 177.

²³³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 25.

aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.²³⁴

Nesse aspecto, enquanto critica a doutrina alemã a respeito do princípio em comento, Humberto Bergmann Ávila²³⁵ nega sua condição de princípio, afirmando tratar-se critério formal de resolução de conflito entre princípios, devendo ser reconhecido como um dever. Todavia, ainda que não reconheça a condição de princípio pondera que tal dever constitui-se na proibição do excesso no caso concreto, de modo que se o meio escolhido para a realização de um princípio significa a não-realização de outro, deve ser vedado por excessivo, desproporcional e irrazoável.

No entanto, esse princípio tem como função primordial a proteção à liberdade no âmbito dos direitos fundamentais, atuando como critério limitativo das restrições impostas ao cidadão. A cláusula da razoabilidade, consoante José Laurindo de Souza Netto, “protege o cidadão contra os excessos muitas vezes praticados pelo Estado e serve como meio de defesa dos direitos e liberdades constitucionais”,²³⁶ “bem como para difusão dos demais princípios e garantias básicas.”²³⁷

3.2.3 Origens e fundamentos do princípio da razoabilidade

Já que a divergência mais relevante entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tem a ver com a sua origem, não há como escapar de uma pequena resenha histórica de cada um deles.

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 425.

²³⁵ AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, 1998.

²³⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*, p. 65.

²³⁷ Idem, p. 182.

O princípio da razoabilidade parece ligado à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, segundo informa Luis Roberto Barroso,²³⁸ sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta* (1215),²³⁹ cujo documento é reconhecido como um dos decisivos antecedentes do constitucionalismo. Sua consagração em texto positivo ocorreu nas emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana, quando a cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, inicialmente se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e, num segundo momento, de cunho substantivo (*substantive due process*), que fundamentou o exercício de jurisdição constitucional, já que, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. Na expressão de Barroso “é por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.”²⁴⁰

Na verdade, a cláusula do *due process of law* surgiu como uma garantia da regularidade do processo penal, recaindo notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça.

No entanto, com seu desenvolvimento e incorporação de um cunho

²³⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*.

²³⁹ Art. 39: “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país”.

²⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*.

substantivo, propiciou um impulso de ascensão do Judiciário, com a redefinição da noção de discricionariedade dos atos de poder. Outra vez, no dizer de Barroso:

A cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.²⁴¹

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade está ligado ao desenvolvimento dos direitos e garantias individuais da pessoa humana verificadas com o surgimento do estado de direito liberal em substituição ao poder absoluto dos monarcas.

Foi no período em que as teorias jusnaturalistas defendiam os direitos imanentes à natureza do homem, anteriores ao próprio estado, que a primazia do príncipe cedeu espaço ao primado do princípio. Essa superação do absolutismo permitiu a elaboração da concepção contratualista da formação da sociedade difundida por Locke²⁴² que identificava a fonte de poder estatal no povo, mediante a atividade legislativa, de forma a evitar o poder do mais forte e, por conseguinte, controlando o poder do próprio estado.

A garantia de não-intervenção estatal na esfera dos direitos imanentes ao homem, oportunizou o nascimento do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito administrativo, como princípio geral do poder de polícia, e desenvolvimento ligado à evolução do princípio da legalidade e demais mecanismos de controle das funções estatais, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

²⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*.

²⁴² LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 63.

A inserção do princípio da legalidade na Constituição francesa de 1791 ensejou a elaboração de doutrina desejosa de sua efetivação, delineando-se o princípio da proporcionalidade.

Consoante informação de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio,²⁴³ a doutrina alemã, recepcionando a teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, foi quem formulou a atual compreensão do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já auferindo relevo na Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram a proferir sentenças nas quais limitavam o poder do legislador na formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais. A promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa, assim, marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao priorizar o respeito aos direitos fundamentais em toda a ordem jurídica.

Foi, portanto, em consonância com o disposto na Lei Fundamental que o Tribunal Constitucional alemão iniciou a elaboração de jurisprudência no sentido de reconhecer a inafastabilidade do controle da constitucionalidade das leis. Desde então, este princípio tem sido largamente utilizado.

No que tange aos fundamentos do princípio da razoabilidade (proporcionalidade), também se elevam duas posições, as quais, segundo Barroso,²⁴⁴ conduzem ao mesmo resultado. Na orientação alemã, a primeira vislumbra o princípio como inerente ao Estado de Direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito; ao passo que a

²⁴³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Artigo publicado na Internet, no site: http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html - acessado em: 03.08.2005.

²⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Princípio da proporcionalidade. *Revista Forense*. v. 336, p. 124-136, 1990.

segunda, sob influência norte-americana, pretende fundá-lo no princípio do devido processo legal, já que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.

Na apreciação de Buechele,²⁴⁵ que acompanha a maioria dos doutrinadores pátrios, inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade encontra-se no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, como exigência da cláusula do devido processo legal. Nessa linha, sintetiza Suzana de Toledo Barros:

Ainda sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia da eternidade (art. 60, par. 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, LIV). O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (Hesse).²⁴⁶

No entender da autora o princípio da proporcionalidade “complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada matéria exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial.”²⁴⁷

De outro lado, José Laurindo de Souza Netto, compreende o princípio da proporcionalidade como “uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado

²⁴⁵ BUECHELE, Paulo Antônio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, p. 148.

²⁴⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 89.

²⁴⁷ Idem, p. 90.

de Direito que exige do Estado o exercício moderado de seu poder.”²⁴⁸

O princípio da proporcionalidade, para esse professor, sem qualquer dúvida pode ser extraído do preâmbulo da constituição pátria, “no qual restam explicitados os princípios e valores que guiam o sistema constitucional brasileiro”, pois, “a realização da justiça, como valor supremo a ser perseguido, implica a realização do justo, do razoável e do proporcional.”²⁴⁹ Ainda, no mesmo preâmbulo, a liberdade é consagrada inviolável, sem qualquer possibilidade de restrição, senão por ofensa a um bem jurídico e de forma proporcional ao valor do bem atingido.

Ademais, como recorda o autor, na medida em que a Constituição da República (art. 3º) estabelece como objetivo fundamental a construção de uma sociedade justa e solidária, tal não se concebe senão mediante leis adequadas, justas, com restrição de direitos na medida do extremamente necessário, de forma proporcional e razoável. Enfim:

Na Carta Magna, o princípio da proporcionalidade vem consagrado de forma implícita no art. 5º, § 2º, o qual se refere à parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, bem como da essência do Estado Democrático de Direito e dos princípios por ele consagrados, que fazem a Constituição Única e Suprema, em relação às demais normas. Assim, a declaração de que o Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) e como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, configura-se como valores e princípios fundamentais que são pilares básicos para a vigência do princípio da proporcionalidade.²⁵⁰

Semelhante o entendimento do eminente professor Paulo Bonavides, para quem, embora não haja sido formulado como norma jurídica global, o princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia constitucional de respeito aos direitos fundamentais, fluindo do espírito do §2º, do artigo 5º, o qual, “abrange a

²⁴⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*, p. 64.

²⁴⁹ *Idem*, p. 67.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 68.

parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.”²⁵¹ E alerta: “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.”²⁵²

Resta pacífico, então, que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade foi inserido em nosso ordenamento jurídico, enquanto princípio constitucional de proteção do cidadão contra o arbítrio do poder estatal, objetivando máxima eficácia dos vários direitos fundamentais concorrentes.

3.2.4 Os pressupostos e requisitos do proporcional e razoável

Na informação de Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano²⁵³ com alusão a diversas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o princípio da proporcionalidade reclama que toda e qualquer medida restritiva dos direitos tutelados pela Convenção de Roma e demais documentos internacionais, bem como da Constituição do país envolvido, encontre-se prevista pela lei e seja necessária em uma sociedade democrática para alcançar certos fins legítimos previstos.

O autor decompõe o princípio em determinados pressupostos e requisitos, visando a construção de uma estrutura coerente para sua aplicação no direito processual penal, aduzindo que:

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 396.

²⁵² Idem.

²⁵³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 69.

El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno *formal*, constituido por el principio de legalidad, y otro *material*, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. (...) es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, lo hemos definido como 'material' porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos. En este lugar se analiza el fin en sí mismo considerado.²⁵⁴

Não se duvida que um segmento do princípio geral de legalidade é o princípio da legalidade processual, entre nós positivado na exigência do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República), reclamando a regulação por normas legais, tanto as formas inerentes ao próprio processo, quanto à possibilidade de qualquer intromissão na esfera de direitos e liberdades do cidadão.

Em especial, no que tange ao tolhimento da liberdade: bem mais valioso do cidadão; parece óbvio que sendo a prisão a mais severa das penas, a qual somente é cabível com observância dos princípios da *nullum crimen nulla poena sine lege* e *sine culpa*, com muito mais razão, toda restrição à liberdade sem demonstração efetiva de culpa, deve curvar-se à legalidade, sendo absolutamente *nulla coactio sine lege*. Ou seja: a lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação, quanto o conteúdo das intromissões dos poderes públicos no âmbito dos direitos fundamentais.

Em comentários ao princípio da legalidade como pressuposto da proporcionalidade, Nicolas Gozalez pontifica a exigência de atuação do Estado conforme a as leis processuais para imposição de pena, que podem traduzir-se num princípio de submissão à lei na atuação processual, pois, “el principio de legalidad

²⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 69.

ha de ser respetado durante todo el proceso penal, e incluso si se adoptan medidas preprocesales como la detención.”²⁵⁵

No caso pátrio, a previsão constitucional contida no art. 5º, LXV determinando que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, deixa extreme de dúvidas que, especialmente em relação à prisão, há que se observar o princípio da legalidade processual.

Como corolário do pressuposto da legalidade, resta assentado que a razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei.

Além da legalidade, a proporcionalidade pressupõe a justificação finalística da ingerência estatal na esfera da liberdade individual, cujo pressuposto material embasa o esquema meio-fim que orienta os pressupostos intrínsecos²⁵⁶ do princípio em estudo.

O princípio da proporcionalidade, enfim, tem como pressupostos que as medidas limitativas de direitos se encontrem previstas em leis que visem finalidades legítimas e necessárias em uma sociedade de orientação democrática. Por seu turno, o princípio da proporcionalidade apresenta dois requisitos: um extrínseco, constituído pela judicialidade motivada, e outro intrínseco, composto pelos sub-princípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O requisito extrínseco da proporcionalidade (judicialidade e motivação), em se tratando de privação da liberdade, inclusive, está consagrado no texto constitucional pátrio, porquanto “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente...” (art. 5º,

²⁵⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 72.

²⁵⁶ “al fin de la injerencia se refiere su idoneidad; y su necesidad, en comparación con otros posibles medios alternativos; e igualmente la justificación teleológica introduce en la ponderación de valores que ha de realizarse en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto aquellos valores que tratan de ser protegidos por la adopción de la medida limitativa” (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 99).

LXI), ou ainda “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI), cuja previsão obriga a judicialidade da prisão em flagrante, sempre de forma fundamentada (art. 93, IX). Ademais, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente...” (art. 5º, LXII).

No timbre de Nicolas Gonzáles o sub-princípio da idoneidade “constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso”,²⁵⁷ referindo-se à causalidade das medidas em relação com seus fins e exige que as ingerências facilitem a obtenção do êxito perseguido em virtude de sua adequação qualitativa,²⁵⁸ quantitativa²⁵⁹ e de seu âmbito subjetivo de aplicação.²⁶⁰

Esse subprincípio, também chamado adequação de meios (conformidade),²⁶¹ traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela lei e os meios por ela enunciados para sua consecução, requerendo exame da relação de causalidade que a repete idônea, quando capaz de produzir moderadamente o resultado perseguido.

No entanto, conforme ensinamento da professora Suzana de Toledo Barros a respeito dos pressupostos e requisitos do princípio da razoabilidade “a questão da escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão já entra na órbita do

²⁵⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 154.

²⁵⁸ As medidas restritivas de direitos fundamentais devem ser aptas para alcançar os fins previstos, ou seja, idôneas. Por exemplo, seria meio idôneo para assegurar a prova a intervenção em um domicílio; ao passo que a prisão cautelar seria de difícil adequação em relação a delito que tem pena cominada exclusivamente de multa.

²⁵⁹ Uma medida processual restritiva de direitos, por mais que qualitativamente adequada com o fim perseguido, não pode ter duração e intensidade intoleráveis num Estado de Direito, na medida em que por esta via do excesso, ultrapassam a própria finalidade que pretende alcançar a lei.

²⁶⁰ A aplicação do princípio da proporcionalidade pode ocasionar desvio de poder, devendo ser perquirida a verdadeira intenção do titular do órgão que adota a medida, evitando-se mencione uma justificativa para atingir fim diverso daquele permitido pela lei. Nas palavras de Nicolas Gonzáles-Cuellar-Serrano “toda medida dirigida a la consecución de fines no previstos por la norma habilitadora de la injerencia ha de ser considerada inconstitucional” (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 158).

²⁶¹ BUECHELE, Paulo Antônio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, p. 125.

princípio da necessidade”,²⁶² eis que a exigibilidade da medida restritiva supõe-na indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental, cuja substituição seja inviável. No sentir de Canotilho,

[...] o princípio da exigibilidade também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão.²⁶³

Na síntese de Buechele, o subprincípio da necessidade exige que “o objetivo almejado pela Constituição não pode ser atingido de outra maneira, que afete menos o indivíduo, a não ser através daquela eleita pelo legislador infraconstitucional, no momento em que se estipulou a norma limitadora de um direito fundamental.”²⁶⁴

O magistério de Nicolas Gonzalez estabelece que:

El principio de necesidad (...) es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. (...) Obliga a rechazar las medidas que puedan ser substituidas por otras menos gravosas, mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión en la esfera de derechos y libertades del individuo.²⁶⁵

Convém relembrar que por ocasião da abordagem da busca legislativa de penas alternativas à privação da liberdade e, com maior razão, a adoção de medidas menos gravosas que a prisão sem culpa, no capítulo I (ao qual nos reportamos), elencamos diversos exemplos de medidas dotadas de menor lesividade aos direitos

²⁶² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 74.

²⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 264.

²⁶⁴ BUECHELE, Paulo Antônio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, p. 131.

²⁶⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 189.

fundamentais que podem ser aplicadas com fulcro no princípio da proporcionalidade, em razão da ausência de necessidade da medida extrema.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito “el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio”,²⁶⁶ o qual se investiga a aplicação uma vez aceita a idoneidade e necessidade de uma medida restritiva de direitos. Vale dizer, nas palavras de Buechele,

[...] se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao princípio da proporcionalidade em todos os seus elementos.²⁶⁷

Na ocorrência de colisão de direitos fundamentais há que se verificar a ponderação dos valores envolvidos no caso concreto, apurando se o sacrifício dos interesses individuais que sofre a ingerência guarda uma relação razoável e proporcional com a importância do interesse estatal que se pretende impor.

Na interpretação de Nicolas Gonzalez,²⁶⁸ a proporcionalidade em sentido estrito não se resume a critério neutro de interpretação, tratando-se de um princípio valorativo, ponderativo e, finalmente, dotado de conteúdo material, e não meramente formal.

De fato, desde a perspectiva do direito processual penal o subprincípio em comento se funda num exame valorativo de relação meio-fim, dentro da proporcionalidade ampla, na medida em que toda relação compreende valores antagônicos que emergem da tensão entre os interesses estatais e individuais.

²⁶⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 225.

²⁶⁷ BUECHELE, Paulo Antônio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, p. 132.

²⁶⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 226.

Ademais, a solução dessa relação de tensão somente ocorre mediante a ponderação de valores e interesses envolvidos no caso em concreto, quando se verificará se o meio empregado pelo legislador se encontra em razoável proporção com o fim perseguido, sem que se imponha ônus demasiados ao cidadão.

Além disso, não se trata de uma ponderação abstrata, própria de um subprincípio meramente formal, ao qual não se concede perquirir os conteúdos dos valores e interesses envolvidos.

As garantias constitucionais que cercam o processo penal dotam a proporcionalidade estrita de um conteúdo material, para “establecer criterios de medición y advertir cuales son los valores preferentes (así, por ejemplo, el derecho a libertad, valor superior del ordenamiento jurídico).”²⁶⁹

Apona o professor espanhol que atribuir caráter meramente formal ao subprincípio é esvaziá-lo, desperdiçando instrumento útil para garantia da observância de valores constitucionais, além de contrapor sua origem histórica no direito de polícia e direito processual penal “que nos muestra un principio favorecedor de los intereses individuales. (...) supondría la desnaturalización de una institución que no puede ser comprendida sino desde la perspectivas de los intereses que protege.”²⁷⁰

Na insistência da necessidade de reconhecimento do conteúdo material do subprincípio, o doutrinador basco adverte os perigos de sua perversão caso considerado sob o aspecto meramente formal:

Con el rechazo de la concepción formal del principio y de su entendimiento como mera cláusula neutra ‘estabilizadora’ se evita, por otra parte, caer en el principio inquisitivo según el cual importantes intereses del Estado

²⁶⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 227.

²⁷⁰ Idem.

podrían justificar la adopción de medidas legalmente inadmisibles. Ello supondría asignar un 'papel pervertido' al principio de proporcionalidad, derivado de su consideración como principio neutral, cuya aplicación conduciría a la quiebra del principio de legalidad.²⁷¹

Desse modo, a proporcionalidade em sentido estrito:

[...] encierra, en definitiva, criterios materiales y su función consiste en asegurar la eficacia de los derechos individuales y en dar protección a los intereses particulares, mediante la técnica de la ponderación de valores y el equilibrio de los intereses en juego en el caso concreto.²⁷²

Em conclusão, a adoção da razoabilidade como critério de ponderação de valores na colisão de direitos não se trata de mera tomada de posição da autoridade judiciária, optando pelo interesse que simpatiza.

Deve curvar-se à estrutura do princípio que demanda a estrita observância de seus pressupostos e requisitos, sem olvidar tratar-se de instituição que jamais poderá ser compreendida senão desde a perspectiva dos interesses individuais que protege.

Ademais, imaginar que importantes interesses do Estado poderiam justificar a adoção de medidas restritivas de direito inadmissíveis, seria assinalar um papel pervertido ao princípio da proporcionalidade, como bem ensina o professor Nicolas Gonzalez-Cuellar-Serrano.

3.3 A Lógica do Razoável

Tendo percebido a insuficiência da lógica formal para a interpretação do direito, o jusfilósofo mexicano Luís Recaséns Siches desenvolveu uma nova

²⁷¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 227.

²⁷² Idem, p. 228.

possibilidade hermenêutica, com pretensão de superar os métodos tradicionais²⁷³ em voga.

Na medida em que o método cartesiano direcionado às ciências naturais era o mesmo aplicado ao direito, em termos de *more geométrico* na busca da reta razão, “el Derecho es una especie de matemática, que puede ser manejada por contadores, que están en una especie de campana neumática sin haber tenido nunca que padecer la penosa tarea de vivir.”²⁷⁴

Nesse contexto é que Siches cunhou a lógica do razoável ou do humano, tomando como ponto de partida a constatação que “una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada.”²⁷⁵

Segundo constata, o juiz primeiro forma a convicção, baseado em critérios pessoais para, só depois, buscar o método interpretativo para motivar ou justificar sua decisão, como adverte o autor: “entonces se pensaba en cuál sería la decisión justa; y, después, se ensayaba cuál de los métodos tradicionalmente registrados y admitidos podría ser presentado, em la *mise en scène* de la sentencia, como el método que había llevado a esa conclusión.”²⁷⁶

Desse modo, para o autor, uma vez compreendido que a norma encarna um pedaço de vida humana objetivada, “tales objetivaciones de la vida humana son re-vividas, re-actualizadas sucesivamente por nuevos seres humanos”, ou, pelo contrário:

[...] tales objetivaciones de la vida humana que están ahí, como pensamientos expresados en un libro, en una ley, etc., pueden quedar

²⁷³ Método gramatical, lógico, teleológico, sistemático, sociológico, etc.

²⁷⁴ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa, 1973, p. 147.

²⁷⁵ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 135.

²⁷⁶ SICHES, Luís Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959, p. 661.

olvidados por las nuevas gentes de hoy, pueden quedar ahí inoperantes, si las nuevas gentes no les prestan atención.²⁷⁷

O juiz deve levar em conta a realidade da vida humana, dentro de uma circunstância histórica concreta, para encontrar a solução satisfatória, utilizando-se de critérios estimativos sobre a adequação do uso de meios eticamente lícitos que sejam eficazes para a realização do fim proposto: uma sentença justa.

Na análise dessas circunstâncias concretas, dentre outros fatores, deve-se verificar: a) o acatamento e adesão da coletividade às regras de conduta (usos, costumes, normas jurídicas anteriores); b) os ideais e interesses da comunidade.

Além disso, há que se observar a hierarquia e relações de valores dirigidos à realização da vida humana.

Sendo certo que “hay familias de valores, por ejemplo los éticos, que valen más que otras familias, por ejemplo, los meramente utilitarios.²⁷⁸ (...) valen más los valores que se realizan en la consciencia del individuo que los valores sociales.”²⁷⁹

Consoante comentário de Delmanto Júnior à proposta de Siches:

[...] com efeito, os órgãos jurisdicionais, ao individualizarem as normas, adaptando-as às circunstâncias singulares de cada caso, conferem-lhes, ainda, novos sentidos, outros alcances, outras conseqüências, dependendo da evolução natural dos acontecimentos.²⁸⁰

No entanto, esse poder conferido ao juiz de adaptar as normas às

²⁷⁷ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 136.

²⁷⁸ É pacífico que lógica do razoável ou do humano deve obedecer a uma hierarquia de valores, sobrepondo-se os éticos/humanos aos meramente utilitários. Desse modo, essa lógica não serve como fundamento para que o Estado deixe de observar uma garantia constitucional (julgamento em prazo razoável, sem dilações indevidas) de proteção à liberdade e dignidade humana em razão da pretensão de eficiência de sua ação punitiva (fim utilitário: conveniência instrução criminal ou assegurar a aplicação da pena), ainda mais que a inobservância dos prazos da lei decorre de sua própria inoperância.

²⁷⁹ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 284.

²⁸⁰ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 308.

circunstâncias singulares de cada caso, não se trata de autorização para deixar de observar as normas jurídicas vigentes, pois,

[...] el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, no aconseja ni aconsejará nunca al juez que salte por encima del orden jurídico establecido, que desconozca las normas formalmente válidas y que sean aplicables al caso planteado. De ninguna manera. Nada de eso en absoluto. Lo que el logos de lo humano o lógica de lo razonable enseñará mejor al jurista es a conocer auténticamente cuál es el orden jurídico positivo, qué es lo que el orden jurídico positivo quiere respecto de una determinada situación; así como le enseñara también cuál es la función, aunque limitada, importantísima, que le corresponde al órgano jurisdiccional en la elaboración de ese orden jurídico positivo, a saber en la elaboración de las normas individualizadas o concretas de la sentencia y de la resolución administrativa. Le enseñará a interpretar mejor, diríamos en términos metafóricos, la auténtica voluntad del orden jurídico positivo en referencia con cada uno de los casos concretos o singulares sometidos a su jurisdicción.²⁸¹

E acrescenta:

[...] claro que mientras que el legislador dispone de un ámbito de libertad relativamente amplio para elegir la finalidades o los propósitos, por el contrario, el juez debe atenerse a los criterios adoptados por el Derecho formalmente válido y vigente.²⁸²

No pensar de Siches, a segurança jurídica, enquanto pretensão fundamental do ser humano, não restaria abalada por seu método interpretativo, na medida em que se inspira em pautas objetivas da ordem jurídico-positiva²⁸³, quando contiverem critérios adequados para resolver a questão.

Na ótica do autor, a experiência tem demonstrado que a aplicação de uma norma positivada, teoricamente adequada ao caso concreto, muitas vezes traz conseqüências contrárias ao resultado que a própria lei propõe, devendo o juiz afastá-la e considerar-se diante de uma lacuna, do mesmo modo que o faz quando,

²⁸¹ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 177.

²⁸² SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 289.

²⁸³ Convém ter em mente, sempre, que o ordenamento jurídico pátrio tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e o *favor libertatis*. Assim, consoante a lógica do razoável, toda e qualquer apreciação judicial deve seguir essa orientação da ordem jurídico-positiva.

por mais que investigue, não encontra no direito positivo vigente uma norma aplicável ao caso. Nestes casos, em particular, ao aplicar a lógica do razoável ou do humano, o juiz deve adotar critérios embasados nas:

[...] valoraciones que se inspiran al orden jurídico positivo, considerado éste en su totalidad; es decir, tomando en cuenta no solamente los textos legales y reglamentarios, ni siquiera tomándolos en cuenta en primer lugar, sino atendiendo sobre todo a las valoraciones en que el orden jurídico positivo se basa en un determinado momento, y a los efectos prácticos que dichas valoraciones deben producir sobre el caso concreto. Estos criterios son, además, las convicciones sociales vigentes precisamente en el presente, la cuales condicionan, circunscriben e impregnan el orden jurídico positivo.²⁸⁴

Consoante comentário de Delamanto Júnior, “se o juiz, nestes casos, há que se embasar nos valores que inspiram a ordem jurídica positiva, deve sempre buscar no processo penal, resguardar, ao máximo, a liberdade do acusado”,²⁸⁵ na medida em que “no Estado liberal, as garantias individuais são elementos essenciais da constituição político-jurídica do próprio Estado, como assevera Inocêncio Borges da Rosa.”²⁸⁶

De outra banda, o próprio autor da lógica do razoável espanca qualquer possibilidade de compreensão de que o direito deve, em toda e qualquer hipótese, abandonar as exigências da lógica,²⁸⁷ autorizando o juiz a decidir conforme o que entenda razoável, na burla dos comandos legais positivos.

La lógica tradicional, sobre todo en sus posteriores desenvolvimientos modernos y especialmente en los del siglo XX, constituye un instrumento indispensable para conocer y comprender la esencia del Derecho, para aprehender y entender el *a priori* formal del Derecho, o sea las formas universales y necesarias de lo jurídico. La lógica tradicional además debe ser usada por el jurista dentro de límites perfectamente delimitados y circunscritos, en la medida en que tenga que inferir consecuencias necesarias de aquellas formas *a priori*, por ejemplo, no puede haber un

²⁸⁴ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 310.

²⁸⁵ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 310.

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Parece óbvio que a aferição do excesso dos prazos legais trata-se de mera operação aritmética, não comportando qualquer valoração, especialmente em prejuízo da liberdade do acusado.

derecho subjetivo sin un deber jurídico correlativo. El jurista debe servirse de la lógica tradicional también cuando se trate de sacar consecuencias de la identidad de dos situaciones: tendrá entonces necesariamente que regirse por el principio de identidad y no contradicción. Tiene que emplear asimismo la lógica tradicional cuando haya de proceder a la mensura material o a la cuantificación de realidades físicas o de expresiones de tipo matemático, verbigracia: cuando tenga que medir la extensión de un predio, o cuando tenga que contar cabezas de ganado o dinero.²⁸⁸

Por fim, é de se ressaltar que a aplicação da lógica do razoável no direito penal e processual penal, encontra sérias restrições quando em prejuízo do acusado, eis que não transcende as barreiras do princípio da legalidade estrita.

A respeito do momento valorativo na seara penal, é salutar a advertência de Ferrajoli:

No plano axiológico, o modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra* ou *ultra legem*, não é em absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado.²⁸⁹

Desse modo, por mais esta razão, o critério da razoabilidade somente terá lugar no direito penal e processual penal²⁹⁰ quando em benefício do réu e, jamais, para ampliar os prazos de prisão sem efetiva demonstração de culpa.

3.4 O direito a ser julgado em prazo razoável

Não é recente a idéia de limitação aos poderes do soberano, com a conseqüente preocupação em se estabelecer um curto prazo de duração do

²⁸⁸ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 175.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 34.

²⁹⁰ Especialmente nas prisões cautelares em face do art. 42 do Código Penal, conforme lição do professor João Gualberto Garcez Ramos, já apresentado no Capítulo I.

processo penal, já que, se o cidadão é presumidamente inocente e a intervenção estatal somente é cabível de forma legalizada, consoante o devido processo legal, não se concebe a prisão provisória por prazo indeterminado à espera de julgamento.

No entanto, “o estado de direito e o estado de polícia coexistem e lutam, como ingredientes que se combinam através de medidas diversas de modo instável e dinâmico”,²⁹¹ motivo por que as aspirações democráticas acabam por padecer à espera de efetivação. Aliás, consiste em simplismo “ignorar a história e pretender que o estado de direito tenha surgido, com a Constituição da Virgínia ou com a Revolução Francesa, e tenha se instalado para sempre, enquanto o estado de polícia acabou com o antigo regime.”²⁹²

Somente a traumática experiência dos estados totalitários que desencadearam a II Guerra Mundial, fez renascer em seus escombros a reconstrução do valor dos Direitos Humanos, inclusive com sua internacionalização, como informa Flávia Piovesan:

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 começa a ser delineado o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante à adoção de importantes tratados de proteção dos direitos humanos, de alcance global (emanados da ONU) e regional (emanados dos sistemas europeu, interamericano e africano). Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, os sistemas global e regional compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Em face deste complexo aparato normativo, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável. Nesta ótica os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.²⁹³

No Brasil, o processo de democratização iniciado em 1985, desencadeia

²⁹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro I*, p. 95.

²⁹² Idem. p. 94.

²⁹³ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988*. Artigo publicado na Internet, no site: www.ibccrim.org.br, acesso em 11.09.2000.

a ratificação e incorporação de relevantes documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

Dentre os diversos documentos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, especialmente a partir da Constituição da República de 1988, o Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (Nova Iorque), ratificado em 24 de janeiro de 1992, bem como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José de Costa Rica de 1969, ratificado em 25 de setembro de 1992, são de crucial importância no desenvolvimento da exigência de celeridade processual, especialmente quando presente a intervenção estatal na liberdade individual anterior à condenação do imputado. Com efeito, o Pacto de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque traz dispositivos pertinentes ao processo penal e a prisão cautelar, especialmente no que concerne ao direito a ser julgado num prazo razoável, sem dilações indevidas:

Art. 9º:

1. toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.(...).

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou da autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e **terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade**. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (...).

Art. 14. (...).

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...).

c) ser julgada sem dilações indevidas; (...).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos reitera tais direitos e garantias:

Art. 7º - Direito à Liberdade Pessoal: (...).

2. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. (...).

5. Toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra Autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a **ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade**, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 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 cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por ocasião da ratificação de tais documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, deflagrou-se intenso debate a respeito da hierarquia dos mesmos, em razão da previsão do art. 5º, § 2º.²⁹⁴ Destacaram-se quatro correntes, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional dos tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Não se logrou pacificar um entendimento. Não obstante, é posição majoritária no Supremo Tribunal Federal a que defende a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, que conflita com as posições de que se trata de hierarquia constitucional, ou infraconstitucional supralegal destes.

Em que pese a importância desse debate, carece de oportunidade no que tange ao tema em estudo, na medida em que a Emenda Constitucional nº 45, pôs fim a eventual dúvida a respeito da hierarquia constitucional da exigência de prazo razoável, ao introduzir o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República que prevê textualmente “a todos no âmbito judicial e administrativo são assegurados a

²⁹⁴ “os direitos e garantias expressos na 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”.

razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.”

Incontestes que, pela via dos documentos internacionais, ou da própria Constituição, a exigência de celeridade processual tem *status* constitucional, cujo mandamento de razoável duração do processo, sem dilações indevidas, sobrepõe-se a toda e qualquer previsão infraconstitucional.

No sentir de Aury Lopes Júnior,²⁹⁵ antes mesmo da Emenda Constitucional 45, já era possível fundamentar o direito a uma célere tramitação do processo e, por consequência, julgamento num prazo razoável a partir da garantia fundamental de respeito à dignidade da pessoa humana e na expressa vedação constitucional à tortura, ao tratamento desumano e degradante, conjugados ao direito à tutela efetiva (art. 5º, XXXV), devido processo legal (art. 5º, LIV), dentre outros direitos e garantias fundamentais.²⁹⁶

Ademais, quando Cândido Furtado Maia Neto refere-se à blindagem dos direitos humanos, aduz que “o Estado não pode suspender direitos fundamentais assegurados expressamente, assim prevê o direito público interno pátrio e

²⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 103.

²⁹⁶ “Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, é claro, podem ser resumidos assim: - respeito à dignidade do acusado: considerando os altíssimos custos (econômicos, físicos, psíquicos, familiares e sociais) gerados pela estigmatização jurídica e social, bem como todo o conjunto de penas processuais (medidas cautelares reais, pessoais, etc.) que incidem sobre o acusado, o processo penal deve desenvolver-se sem dilações indevidas, pois esse ‘custo’ multiplica-se de forma proporcional a sua duração. – interesse probatório: é inegável que o tempo que passa é a prova que se esvai, na medida em que os vestígios materiais e a própria memória em torno do crime, enquanto acontecimento histórico, perdem sua eficácia com o passar dos anos. A atividade probatória como um todo se vê prejudicada pelo tempo, pois trata-se de juntar os resquícios do passado que estão no presente (na verdade, um presente do passado, que é a memória) e que tendem naturalmente a desaparecer quando o presente do presente (intuição direta) passa a presente do futuro. – interesse coletivo: no correto funcionamento das instituições, inerente a própria estrutura do Estado Democrático de Direito. – a confiança na capacidade da justiça: de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável. Para além do limite legal, é fundamental que a administração da justiça, na medida em que invocou para si o monopólio da jurisdição, atue num prazo razoável também para o jurisdicionado, pois não podemos continuar desprezando o eterno problema entre o tempo objetivo (absoluto), em que se estrutura o Direito, e o tempo subjetivo daquele que sofre a incidência ou que necessita do amparo do sistema jurídico”. (*Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 100).

externo”,²⁹⁷ já que a Convenção de Viena de 1969, em seu art. 60, veda seja invocado o direito interno para descumprir um tratado aderido, do mesmo modo que o Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu art. 29, prevê que nenhum dispositivo daquela Convenção Americana sobre Direitos Humanos poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, exclusão ou limitação do exercício de direitos e de liberdade.

Cediço, portanto, que se está vedado à lei interna violar direitos e garantias assegurados no direito público externo e constitucional, com muito mais razão é de se exigir a absoluta observância destes pelo poder jurisdicional, que somente pode decidir nos termos da estrita legalidade, jamais se permitindo a intromissão na esfera do indecível: que são os direitos fundamentais do cidadão.²⁹⁸

Mas, indaga-se: qual seria o prazo razoável para o encerramento do processo, especialmente nos casos de acusados presos?

²⁹⁷ MAIA NETO, Cândido Furtado. *O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos*. p. 42.

²⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito*, p. 22.

CAPÍTULO IV

4. O EXCESSO DO PRAZO LEGAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A observância do prazo legal para o encerramento da instrução criminal é condição necessária à efetivação dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente o direito de ser julgado em prazo razoável e sem dilações indevidas.

Dessa maneira, vez que o ordenamento jurídico pátrio estabelece limites temporais para a prática dos atos processuais, e mesmo do encerramento da instrução criminal, a dilação dos prazos legais devem ocorrer apenas nos limites da previsão legal autorizatória, e ainda mediante a submissão ao princípio da razoabilidade. Aliás, a efetividade do processo penal constitucional é o escopo da jurisdição, cuja inobservância constitui violação ao direito de acesso a justiça.

4.1 O prazo legal e razoável para a instrução criminal

Sustenta-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou o critério do não-prazo,²⁹⁹ criando indefinição de critérios e conceitos, na medida em que os documentos internacionais e a Constituição da República que fundamentam a necessidade de julgamento em prazo razoável não delimitam marco temporal, nem para a prisão cautelar, tampouco para a duração do processo.

Em que pese, não parece correto inferir que não existe previsão legal demarcando o prazo da instrução criminal nos casos de réus submetidos à prisão

²⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 107 e 113.

cautelar. Como vimos a vedação do excesso pela contagem isolada de prazos baseou-se na lei, e a construção jurisprudencial que a sucedeu, apesar de contornar os termos legais estendendo prazos em prol do próprio órgão criador, também teve por base aqueles mesmos estabelecidos pelo legislador.

A dilação indevida dos prazos fixados no Código de Processo Penal, separados ou globalmente, seja sob o manto da alquimia da formação do sumário da culpa, da malvada punição do acusado no legítimo exercício da ampla defesa, ou pela invocação do princípio da razoabilidade, é que não encontra nenhuma base legal. Na verdade, quando os documentos internacionais de Direitos Humanos e Constituição da República positivam o direito a julgamento num prazo razoável e sem dilatações indevidas, não derogam os dispositivos legais ordinários que fixam prazos para o cumprimento de atos processuais.

O advento da lei nº 9.034 de 30 de maio de 1995, que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, com claro intuito de aumentar o prazo da prisão cautelar na persecução penal fixados no Código de Processo Penal, culminou por estabelecer em seu art. 8º que “o prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta Lei, será de 180 (cento e oitenta) dias”.

Mas referida previsão legal sequer concedeu tempo ao desenvolvimento das acaloradas discussões que se lhe seguiram, uma vez que em 5 de setembro do ano seguinte a Lei 9.303 deu nova redação ao mencionado art. 8º da Lei 9.034/95, que passou a dispor 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) quando o réu estiver solto.”

Dessa maneira o ordenamento jurídico culmina por abrigar o prazo há muito estipulado pela via da construção jurisprudencial, cuja opção legislativa parece definir qual o prazo razoável para a instrução processual. Em razão do próprio teor repressivo da lei em comento, resta claro que esse prazo para encerramento da instrução criminal deverá se aplicar aos demais delitos, já que, sendo aplicável àqueles de maior potencial ofensivo, não há qualquer óbice que se aplique aos demais.

Além disso, em se tratando de prisão cautelar, como vimos no capítulo II, devem ser aplicados todos os princípios inerentes ao direito penal, inclusive a possibilidade de aplicação da analogia *in bonam partem*, esta, como corolário do princípio *favor rei*. Aliás, é princípio geral de direito que *'in poenalibus causis benignus interpretandum est'*, quer dizer, adote-se nas causas penais a exegese mais benigna.

Por seu turno, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3931/41) estabelece em seu art. 2º, que “à prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”.

Desse modo, seja pela chamada construção jurisprudencial fulcrada na determinação legislativa do prazo máximo para a prática de cada ato isoladamente, ou na determinação da lei 9.034/95, aplicável por analogia *in bonam partem* aos casos dos crimes comuns, o marco temporal peremptório para o encerramento da instrução criminal é de 81 (oitenta e um) dias, sob pena de excedimento do prazo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, na forma do art. 648, II do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, Scarance³⁰⁰ é categórico ao afirmar que “a norma deve ser

³⁰⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121

aplicada não somente aos crimes organizados, mas para todos os crimes punidos com reclusão.”

De fato, o princípio constitucional de isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República), não pode sucumbir a mero critério de distribuição de competência, ou construção jurisprudencial mais gravosa.

Depois, seria completamente absurdo que um delito de descaminho, por exemplo, tivesse limite temporal máximo para o encerramento da instrução criminal mais elástico que a organização criminosa para o tráfico internacional de entorpecentes, também de competência da justiça federal.³⁰¹

No Brasil, que é República Federativa e não confederação, cuja competência para legislar sobre direito penal e processual penal é privativa da união (art. 22, I, da Constituição da República), “toda legislação deve ser criada para aplicação uniforme em todo o Estado Federal e sem discriminação de qualquer natureza”,³⁰² portanto, justiça comum e justiça federal são esferas do mesmo poder judiciário, que deve dispensar a todos os cidadãos igualitário tratamento, sem qualquer discriminação.

A única exceção encontrada é a dos crimes de competência do Tribunal do Júri, cujo procedimento comporta sistema bifásico, ou seja: “há que se considerar o prazo como de encerramento da instrução para a pronúncia”³⁰³ e, após, pela característica *sui generis*, clamando por solução imediata de *lege ferenda*, eis que a prisão sem condenação definitiva não pode permanecer infinita.

Nesse sentido, em se tratando de sistema bifásico, há quem sustente que

³⁰¹ Da mesma forma, seria ilógico que o cidadão acusado da prática de tráfico de entorpecentes tivesse como limite para o encerramento da instrução cautelar de 222 (duzentos e vinte e dois dias), ao passo que se fizesse parte de uma organização criminosa para o mesmo fim teria aplicação da lei mais benigna, cujo prazo é de 81 (oitenta e um) dias.

³⁰² SIRVINKAS, Luis Paulo. Ainda sobre a aplicabilidade da lei dos juizados especiais criminais federais na esfera estadual. *Revista Jurídica*. vol. 295, maio/2002, p. 81-94.

³⁰³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 121.

a segunda fase tivesse igual prazo ao da primeira, ou seja: outros 81 dias.

Poder-se-ia alegar, de outra parte, que a instrução processual da primeira fase do procedimento do júri encerra-se com sentença de pronúncia, com a absolvição sumária, com a impronúncia ou com a desclassificação da imputação; entretanto, na segunda fase, também ocorre a instrução processual, desta feita em plenário, de modo que o prazo de 81 dias deveria ser contado até esta oportunidade.³⁰⁴

Uma vez assentado que o prazo para a instrução criminal no caso de réus presos é de 81 dias, necessário esclarecer quais os atos processuais que são abrangidos pelo mesmo.

É de se destacar, *ab initio*, que a instrução criminal não se confunde com a noção de formação de sumário de culpa e, nem tampouco, limita-se à ouvida das testemunhas da acusação.

A guarida constitucional do devido processo legal revestido de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV, LV), por si só, inviabiliza esse tipo de interpretação, na medida em que remete a processo de uma parte só, em que apenas a acusação tem direito à produção de prova.

Além disso, uma análise sistemática da legislação pátria é suficiente para rechaçar a compreensão de que a instrução criminal resume-se aos atos processuais previstos no Capítulo I do Título I do Livro II do Código de Processo Penal, que trata – da instrução criminal -, portanto, até a ouvida das testemunhas arroladas na denúncia. O art. 398, daquele diploma legal, noutro Livro e Capítulo estabelece textualmente que “na instrução do processo serão inquiridas no máximo oito testemunhas de acusação e oito de defesa”. Assim, a instrução criminal não se exaure com a prova da denúncia.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Luiz Carlos de. Do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal e a obrigatória revogação da custódia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2009>>. Acesso em: 14 jul. 2006.

Em que pese pequenas divergências, a orientação doutrinária corrobora a compreensão de que a instrução criminal não pode findar com a ouvida das testemunhas da acusação, estendendo-se, pelo menos, até a fase do art. 499 e 500, do Código de Processo Penal.

No pensar de Frederico Marques “dá-se o nome de atos de instrução àqueles destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide. Dividem-se eles em atos de prova e alegações.”³⁰⁵ Alerta, ainda, a distinção entre instrução probatória que “vai do interrogatório até o encerramento da instrução complementar de que fala o art. 499”, e a instrução procedimental das alegações finais. Por fim, ressalta:

Cumpra assinalar, porém, que, se a instrução probatória é a fase procedimental específica para a produção de provas, atos instrutórios já se praticam desde a fase postulatória da instância, e até mesmo nos atos preparatórios da investigação policial ou de outra *informatio delicti* que tenha servido de base à acusação. Assim é que a juntada de documentos, por exemplo, com a denúncia, constitui ato de instrução probatória. Por outro lado, as perícias efetuadas na investigação preparatória têm, quase sempre, caráter de ato preparatório definitivo.³⁰⁶

Desse modo, no dizer de Frederico Marques, a instrução criminal se inicia com a *informatio delicti* e se encerra com as alegações finais. Nesse sentido já se decidiu:

[...] o decreto de prisão para garantir a incolumidade e tranqüilidade moral das testemunhas não se exaure com as respectivas inquirições na fase de instrução, desde que nas fases do art. 499 e parágrafo único do art. 500 do CPP, há possibilidade de reinquirições. Nessas hipóteses, eventual soltura se faz mercê do resultado da sentença, à vista de imposição ou não de regime semi-aberto e fechado. Configurado e não justificado excesso de prazo na instrução criminal, evidenciando constrangimento ilegal, impõe-se a soltura imediata da paciente. (TRF4ª Região, HC 1999.04.01.003056-2-RS , Primeira Tuma, Rel. Juiz Márcio Rocha, DJU 09.06.1999, p.392).

³⁰⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. II. 2ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2000, p. 325.

³⁰⁶ Idem, p. 327-328.

Há que se recordar, ademais, que na forma do parágrafo único do art. 502 do Código de Processo Penal “o juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal”, o que dilata a extensão da instrução criminal.

Outrossim, no estudo do decreto prisional preventivo por conveniência da instrução criminal, parecendo rechaçar proposta (no teor do art. 311, do Código de Processo Penal) de reduzir a oportunidade de decretação da medida extrema à fase probatória,³⁰⁷ caso seja apenas este o período abarcado pela instrução criminal, o professor João Gualberto esclarece:

Instrução criminal, na acepção do Código de Processo Penal e na doutrina, ou é o próprio processo penal condenatório ou é a fase, dentro dele, em que a atividade instrutória predomina. Por isso não corresponde à verdade a afirmação de que tal prisão protege exclusivamente a prova; além disso, protege ela e a fase processual em que se dá a atividade instrutória. Em ambos os casos, a acepção da expressão não é, como parece pelo exame da doutrina tradicional, estritamente determinada sob o prisma semântico: é, antes, um conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido pela atividade doutrinária e jurisprudencial. Em suma: tal medida é muito mais ampla do que a doutrina tradicional tenta sustentar.³⁰⁸

Com efeito, o prazo de 81 dias não surgiu ao acaso, um número qualquer, mas como resultado da somatória jurisprudencial dos prazos isolados previstos no Código de Processo Penal. Não resta dúvida que o legislador tenha se baseado naquele prazo global.

Desse modo, o prazo da novel legislação para a instrução criminal não se limita à produção da prova, mas, “ao próprio processo penal condenatório”, conforme expressão de João Gualberto supracitada, compreendendo desde a investigação até

³⁰⁷ Da mesma forma que se reduz a compreensão da locução – instrução criminal – para declarar superado o excesso de prazo.

³⁰⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 133-134.

a decisão final, até mesmo porque é esta a compreensão que a jurisprudência criou e difundiu no meio social.

Na ótica de Tucci, “como é notório, o legislador nacional, atentou então, certamente, para a orientação dominante, compreensiva de que esse seria o prazo mais adequado à realidade processual penal, na atividade forense diuturna.”³⁰⁹

Não obstante advertência de que dentre os prazos englobados não se computou o tempo necessário ao recebimento da denúncia, realização de interrogatório, e providências burocráticas, em comentário à construção jurisprudencial da contagem global dos prazos Julio Fabrini Mirabete³¹⁰ confirma a distribuição dos 81 dias em diversos atos, tendo como termo inicial o inquérito policial e final a sentença, esta, inclusive, com o cômputo do prazo em dobro, consoante o § 3º do art. 800 da lei processual.³¹¹

Dessa forma, na aferição do conteúdo da locução – instrução criminal – contida na novel legislação, não cabe olvidar a origem do lapso temporal fixado, sob pena de se permitir ao órgão jurisdicional utilizar-se de um parâmetro para estabelecer o prazo e outro para aplicá-lo,³¹² com medidas diferentes, sempre em desfavor do acusado presumidamente inocente.

Ademais, os mencionados Pactos de Nova Iorque e de São José da Costa Rica conferem ao acusado o “direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posto em liberdade” enquanto a Constituição da República assegura “a razoável duração do processo”, não se permitindo interpretação restritiva.

³⁰⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 263.

³¹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*, p. 482.

³¹¹ inquérito policial: 10 dias (art. 10); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800).

³¹² Parece irracional ou, no mínimo irrazoável, que o Poder Judiciário deixe de cumprir os prazos para a prática de atos isolados fixados na lei processual penal, trazendo como justificativa a contagem global dos mesmos a qual contempla desde o inquérito policial até a sentença e, depois, justifique o excesso sem observância de sua própria fórmula.

Anote-se, por fim, que o prazo legal de 81 dias para o encerramento de toda a instrução criminal, não importa na derrogação dos artigos da lei processual penal que estabelecem prazos para a prática de cada ato isolado, ocorrendo perfeita harmonia na coexistência de ambas as garantias de *favor libertatis*. Parece claro que se for extrapolado o prazo para um ato processual o poder jurisdicional não precisa aguardar que o acusado permaneça mais de 81 (oitenta e um) dias encarcerado sem que tenha sido sequer denunciado, por exemplo, para, só então reconhecer o excesso de prazo. Nesse sentido, tem-se decidido recentemente:

Estando o indiciado preso, em decorrência de flagrante, por mais de dez dias, sem que o inquérito policial esteja terminado, nos termos do artigo 10, do CPP, sem justa causa, configura constrangimento ilegal, a sua permanência em custódia, sanável pela concessão da ordem de liberdade. (TJPR, HC 140138300, 2ª Câmara Criminal, Rel. Mário Helton Jorge, Julg.29.05.2003).

Vencido o tempo estabelecido em lei, o inquérito deve aportar no Foro e oferecida denúncia no tempo hábil, pena de configurar constrangimento ilegal. O Estado não pode descumprir os prazos que ele, Estado, impõe como limite a seu arbítrio. Ordem concedida. (TJRS, HC 70014886725, 5ª Câmara Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, Julg. 26/04/2006).

Em conclusão, o prazo de 81 dias fixado pela lei 9.034/95, para encerramento da instrução criminal, compreendida desde o inquérito policial até a sentença de primeira instância, deve ser observado em todos os crimes punidos com reclusão, ressalvadas as peculiaridades do sistema bifásico dos crimes de competência do Tribunal do Júri, sob pena de constrangimento ilegal.

4.2 Da (ir)razoabilidade do excesso

Como verificamos no capítulo II, depois de longo percurso de ampliação dos prazos para o término da instrução criminal nos casos de imputados cautelarmente presos, o poder jurisdicional atocai-se no que denomina critério da

razoabilidade, para aquilatar razoável e proporcional o excesso dos limites temporais fixados por lei para a prática dos atos processuais.

A proporção desigual entre o crescimento do fenômeno criminoso e a capacidade de oferecimento da prestação jurisdicional³¹³ ensejou o acúmulo da demanda de processos à espera de julgamento. Assim, em razão da falta de aparato estatal para suprir a demanda do serviço judiciário que assumiu o monopólio, fez-se necessária a dilação de prazo ainda mais contundente que a contagem global dos prazos para o encerramento da instrução criminal reduzida ao sumário de culpa. Desse modo, em casos considerados mais complexos,³¹⁴ de certo modo timidamente, passou-se a adotar o paradoxal critério do excesso razoável.

Todavia, com essa nova possibilidade, a pretensa razoabilidade passou a ser adotada em grande escala, sem qualquer critério, de modo que o magistrado pode invocar a amplitude do termo para justificar desde o excesso de prazo em razão do legítimo exercício da ampla defesa³¹⁵ até a necessidade de se expedir carta precatória para ouvida da vítima.³¹⁶

O uso indiscriminado da (i)lógica do (ir)razoável, chegou a ponto de se

³¹³ Vários fatores são determinantes desse fenômeno. Com a histórica má distribuição de renda e o êxodo rural verificado em meados do século XX, a aglomeração de pessoas empobrecidas nas grandes cidades foi marcante. Por consequência, os movimentos repressivistas de segurança pública aportaram em nosso país buscando evitar que os “inconvenientes” desçam o morro e invadam o espaço demarcado, cujo instrumento a que se recorreu - e sempre se recorre a ele -, foi a criminalização de condutas (tanto primária quanto secundária). A respeito dos movimentos repressivistas, etiquetamento social e exclusão de grupos subalternos pela via do direito penal simbólico ver WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; BARATTA Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002; LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, 2005.

³¹⁴ O HC 1.453, 6ª Turma do STJ, julgado em 30/09/1991, paradigma à adoção do critério da razoabilidade, por exemplo, contava com 192 (cento e noventa e dois) réus.

³¹⁵ “Não constitui constrangimento ilícito a demora resultante de ato que foi requerido pela defesa” (STF, HC 73725-1, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 25.10.1996).

³¹⁶ “A existência de processo complexo, com a necessidade da oitiva de vítima mediante a expedição de carta precatória, enseja a observância menos rigorosa do prazo de 81 dias para o encerramento da instrução. - Recurso desprovido”. (STJ, RHC 12194-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 28.06.2004).

entender, inclusive, necessário conceder tal *benesse* à parte acusadora (?), já que o Brasil teria se filiado à idéia de razoabilidade para conclusão da investigação, e que

(...) embora tenha o legislador procurado delimitar temporalmente o trâmite da investigação, não soube fazê-lo, criando um artigo superficialmente rigoroso, mas praticamente inoperante, além de tecnicamente imperfeito. Imperfeito enquanto técnica (e sistema) porque despreza a atividade valorativa do titular da ação penal, que dará a última palavra sobre quando o feito está verdadeiramente concluído e apto para ensejar a propositura da ação penal ou o arquivamento da investigação.³¹⁷

De acordo com essa construção interpretativa, o poder judiciário não mais se submete a barreiras temporais para a prática de seus atos, na medida em que seus próprios agentes decidem se o excesso do marco legal é ou não proporcional e razoável.

Daí, salutar indagar, outra vez: O que é razoável? Razoável pra que(m)?

Na reflexão de Luiz Fernando Coelho, a semiologia evidencia que “as significações são operacionais, pois têm sua gênese no próprio homem”,³¹⁸ de modo que as coisas não têm um significado em si, mas que este deflui dos signos que as representam, o que importa que todo significado é ideológico. Na síntese de Perelman: “o sentido é obra humana.”³¹⁹ Assim, “a sintaxe e a semântica não podem ser consideradas isoladamente, mas ambas têm base pragmática.”³²⁰

Daí decorre que, conforme Coelho, o significado requer se o considere em seus efeitos na comunidade onde são empregados respectivos signos, sem olvidar que os operadores jurídicos “são agentes que manipulam a ideologia jurídica a serviço do poder hegemônico, as mais das vezes inconscientemente.”³²¹

³¹⁷ CHOUKR, Fausi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 132.

³¹⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 68.

³¹⁹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25.

³²⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 68.

³²¹ Idem.

Em referência a essa relação do juiz com a interpretação da lei e, por conseguinte, dos signos e significados que nela se escondem, já advertia Piero Calamandrei que

é difícil que o juiz, ao interpretar a lei (o que significa repensá-la e fazê-la reviver nele), consiga distanciar-se de si mesmo, a ponto de não introduzir em seu julgamento, mesmo sem perceber, suas opiniões políticas, sua fé religiosa, sua condição econômica, sua classe social, suas tradições regionais ou familiares, até mesmo seus preconceitos e suas fobias.³²²

É incisivo Nilo Bairros de Brum, em seu estudo sobre os requisitos retóricos da sentença penal, ao asseverar que

alguns juízes jamais aceitarão a afirmativa de que sua atividade é predominantemente retórica, já que se consideram sinceramente neutros e imparciais. No entanto, devem conformar-se com saber que a imparcialidade é impossível quando se trabalha em áreas de conflito, onde se chocam interesses e valores. O julgador não é parcial porque queria sê-lo, mas porque também é produto (“sujeito”) de uma cultura parcial que o dotou de pautas valorativas determinadas por outras culturas ou condicionamentos sociais antagônicos, pois a socialização não se faz de modo uniforme e não evita que, em uma mesma formação social, existam vários padrões de justiça.³²³

O professor Jacinto Miranda Coutinho alerta a possibilidade, inclusive, de manipulação da lei pelos operadores do direito, que podem decidir da forma que quiserem, mediante a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados:

A questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal –, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da ‘segurança jurídica’, da ‘verdade’ e tantos outros conceitos substancialmente vagos,

³²² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 245.

³²³ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980, p. 41.

indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.³²⁴

Na medida em que o magistrado pode/deve decidir consoante o princípio do livre convencimento o manejo da retórica é sobremaneira facilitado, máxime quando entram em cena conceitos amplos e indeterminados como é o caso da aferição da razoabilidade no caso concreto, já que “os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete.”³²⁵

Por seu turno, não é de se olvidar que a alegação de excesso de prazo é imputação direta ao Estado, ou ao próprio órgão jurisdicional, apresentado³²⁶ no magistrado responsável pelo curso do processo, e mesmo naqueloutro encarregado de coibir a coação ilegal.

Assim, indisfarçável que o reconhecimento pelo órgão judicial de excesso dos prazos legais para a prática de seus atos, importa confissão tácita da inoperância própria e de toda sua comunidade.³²⁷ Não parece absurdo, então, que, ainda que inconscientemente, esse órgão pretenda legitimar sua atividade, para o que pode “valer-se de artifícios e acreditar ter perdido se não alcança seu intento, em prejuízo daquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas.”³²⁸

Essa tarefa de justificação do excesso para além dos limites da lei, no tocante à adoção do critério da razoabilidade, por mais incrível que pareça, desencadeou-se com amparo na inserção em nosso ordenamento jurídico do direito

³²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal, 3-55.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 17.

³²⁶ Na observação de Jacinto Coutinho, citando Pontes de Miranda, o Juiz não é “representante do Estado, mas um órgão dele e, deste modo, é o Estado, apresentando-o” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal, 3-55).

³²⁷ Lembre-se a advertência de Luiz Fernando Coelho de que o significado requer “se o considere em seus efeitos na comunidade onde são empregados respectivos signos” (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, p. 68).

³²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 47.

a ser julgado em prazo razoável e sem dilações indevidas previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto de Direitos Civis e Políticos, bem como na exigência constitucional de proporcionalidade e razoabilidade de qualquer ingerência estatal na esfera da liberdade do indivíduo.

Talvez como decorrência da ânsia legitimadora estatal e da semelhança semântica dos termos, o critério da razoabilidade tem sido vitimado de uma confusão tríplice de conceitos. No imaginário do senso comum teórico, uma vez que o julgamento deve ocorrer em prazo razoável, a aplicação da lei que fixa prazos peremptórios passa a se submeter ao princípio da razoabilidade dando azo discricionário ao julgador para aferir se é ou não razoável a ingerência estatal no direito individual em conflito com o interesse geral, consoante a lógica do razoável.

Conforme elucidamos no capítulo III, trata-se de institutos completamente diversos e que exigem respeito a suas peculiaridades, não comportando aplicação indiscriminada consoante a discricionariedade (arbitrariedade?) judicial em qualquer hipótese.

O que se tem denominado critério da razoabilidade para definir excesso de prazo no encerramento da instrução criminal, tem sido exatamente a falta de critério e razoabilidade (racionalidade?) no trato do razoável.

Primeiro, porque o direito a um julgamento em prazo razoável e sem dilações indevidas não pode ser interpretado em desfavor do acusado, e muito menos para derrogar prazos estabelecidos por lei, na medida em que se trata de garantia oriunda de documentos internacionais de direitos humanos, ora positivada no texto constitucional pátrio.

Aliás, é sintomático que grande parte de tais documentos humanitários tenha florescido nas cinzas de dolorosas catástrofes patrocinadas por regimes de

força³²⁹, constituindo-se em verdadeiras declarações de proteção à liberdade individual contra as ingerências do poder estatal abusivo.

Na verdade, os documentos internacionais de direitos humanos impõem aos Estados partes que observem os direitos e garantias mínimas neles consignados, sem qualquer impedimento que os entes estatais estabeleçam marcos temporais dentro dos limites do razoável,³³⁰ vedando, isto sim, que o façam de forma a suprimir, suspender ou limitar o exercício de direitos e de liberdades.³³¹ O critério da razoabilidade deve ser invocado, destarte, sempre que a regulamentação interna seja tão condescendente com a delonga que possa violar o prazo razoável sem dilação indevida.

Desse modo, parece irretorquível que esses documentos não comungam com qualquer espécie de interpretação em favor do Estado, limitando direitos e liberdades. Nesse sentido, ilustrativos e categóricos os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966):

§ 1º - ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

§ 2º - No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so

³²⁹ Não é por acaso que A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tenha surgido com a derrocada do poder absoluto pela revolução francesa; a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) os regimes totalitários da segunda guerra mundial; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) no período em que as ditaduras militares assolavam o continente; a constituição cidadã brasileira (1988) com a queda da ditadura do regime militar, e assim por diante.

³³⁰ Não obstante termos ousado discordar, com o devido respeito, do professor Aury Lopes Júnior (no item 4.1) por entendermos que, especialmente em relação à prisão durante a instrução criminal o Brasil adota prazos legais (e não o critério do não-prazo), concordamos que a previsão constitucional (e nos documentos internacionais de direitos humanos), do direito a julgamento em prazo razoável e sem dilações indevidas não veda a legislação interna racional e razoável.

³³¹ A Convenção de Viena de 1969, em seu art. 60, veda seja invocado o direito interno para descumprir um tratado aderido, do mesmo modo que o Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu art. 29, prevê que nenhum dispositivo daquela Convenção Americana sobre Direitos Humanos poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, exclusão ou limitação do exercício de direitos e de liberdade.

pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.³³²

Evidente, assim, que “ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes”,³³³ pode sofrer restrição em decorrência da adoção do direito a julgamento em prazo razoável, pois, é irracional e irrazoável sustentar que um documento de proteção de direitos humanos ou a positivação constitucional de um direito fundamental de proteção à liberdade poderá ser interpretado em desfavor do cidadão acusado. Aliás, “a constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados”,³³⁴ proibindo o retrocesso jurídico e social.

Portanto, completamente absurda qualquer pretensão de justificar o excesso do prazo legal para a prática de atos processuais (contagem isolada), ou mesmo do prazo global de 81 dias para encerramento da instrução criminal (art. 8º, da lei nº 9.034/95), porque o Brasil adotou o critério da razoabilidade dos prazos, ou o critério do não-prazo, com a ratificação de tais documentos internacionais de direitos humanos e inserção no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Por outro lado, a lógica do razoável ou do humano, cunhada por Recansés Siches, não se confunde com o princípio constitucional da razoabilidade ou proporcionalidade.

Todavia, como dissemos no item 3.3, no que tange à aplicação ao processo penal, o método interpretativo de Siches, por ser valorativo, somente é

³³² MANUAL DE NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA. *Derechos humanos y prisión preventiva*. Serie de capacitación profesional nº 3, Naciones Unidas, Nova York y Ginebra, 1994.

³³³ idem

³³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 233.

cabível *in bonam partem*, eis que não transcende as barreiras do princípio da legalidade estrita quando suprime direitos fundamentais.

Ademais, como esclarece o próprio autor, “el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, no aconseja ni aconsejará nunca al juez que salte por encima del orden jurídico establecido, que desconozca las normas formalmente válidas y que sean aplicables al caso planteado”,³³⁵ mas, tão somente, buscar solução mais justa, considerando as valorações que inspiram a ordem jurídica em sua totalidade.

Desse modo, na lembrança de Delmanto Júnior,³³⁶ se o Juiz deve buscar os valores que inspiram a ordem jurídica, no processo penal deve sempre buscar resguardar, ao máximo, a liberdade do acusado. Aliás, o próprio Siches aconselha observar a hierarquia e relações de valores dirigidos à realização da vida humana, pois, “hay familias de valores, por ejemplo los éticos, que valen más que otras familias, por ejemplo, los meramente utilitarios.”³³⁷

No caso específico do excesso do prazo legal, que demanda mera contagem aritmética, a lógica do razoável é descartada pelo próprio autor, que aconselha o emprego da lógica tradicional para realizar a mensuração. E não poderia ser diferente, pois, não há como se proceder a contagem de prazos senão pelas regras da matemática:

Tiene que emplear asimismo la lógica tradicional cuando haya de proceder a la mensura material o a la cuantificación de realidades físicas o de expresiones de tipo matemático, verbigracia: cuando tenga que medir la extensión de un predio, o cuando tenga que contar cabezas de ganado o dinero.³³⁸

A lógica do razoável e do humano, assim, não serve como fundamento

³³⁵ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 177.

³³⁶ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 310.

³³⁷ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 284.

³³⁸ Idem, p. 175.

para que o Estado deixe de observar suas próprias leis inerentes a uma garantia constitucional (julgamento em prazo razoável, sem dilações indevidas) de proteção à liberdade e dignidade humana em razão da pretensão de eficiência de sua ação punitiva (fim utilitário: conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da pena), máxime que a violação dos direitos do indivíduo decorre da própria inoperância estatal.

A lógica do razoável é a lógica do humano e não do Estado, e muito menos do seu interesse utilitário.

Por fim, o princípio constitucional da razoabilidade exige a observação de seus requisitos e pressupostos, sob pena de converter-se na razoabilidade do juiz, de modo que tudo pode ser razoável à sua convicção individual, mormente quando acoberta os próprios excessos.

Na preocupação de Bonavides,³³⁹ o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, por se preocupar com a justiça material no caso concreto, incrementa o risco de aumentar demasiadamente a dimensão dos poderes do juiz e diminuir a dos legisladores, comprometendo a separação dos poderes. Todavia, consoante o consagrado constitucionalista, para mitigá-lo é de se recorrer ao princípio da interpretação conforme a constituição, como delimitação do campo de atuação dos juízes, que em sua atividade de adequar as leis à constituição não podem invadir a esfera legiferante.

Como esclarece Lênio Streck, o princípio da “interpretação conforme a constituição constitui-se em mecanismo de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais”,³⁴⁰ já que a validade destes depende da concordância substancial com o texto da lei maior. Nas palavras

³³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 386 e seguintes.

³⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*, p. 231.

de Canotilho, “a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.”³⁴¹

Por corolário, a aferição de razoabilidade, vinculada à interpretação conforme a constituição deve orientar-se por todo o conteúdo imanente ao Estado Democrático de Direito, notadamente aos direitos e garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana que se posicionam na esfera do indecidível, porquanto não foram alienados no momento da criação do Estado Civil.³⁴²

Conforme verificamos no capítulo III, o princípio da razoabilidade tem como pressuposto formal a existência de lei autorizadora da restrição de direitos fundamentais com finalidade legítima e necessária em uma sociedade democrática.

Em decorrência desse pressuposto (da legalidade), que “exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley”,³⁴³ não há que se falar no critério da razoabilidade sem amparo legal.

Por seu turno, o princípio da razoabilidade exige que as medidas restritivas de direitos fundamentais sejam judicialmente fundamentadas e cumpram determinados requisitos. Na interpretação de Buechele:

[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de um caso em concreto se dá pela verificação, na espécie, da presença de três elementos essenciais: a *adequação* dos meios utilizados pelo legislador na consecução dos fins pretendidos; a *necessidade* da utilização daqueles meios (e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar); e a efetiva *razoabilidade* da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida por meio de uma rigorosa ‘ponderação entre o significado da intervenção para o fim atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador(Gilmar Ferreira Mendes).³⁴⁴

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 956.

³⁴² ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito*, p. 21.

³⁴³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 69.

³⁴⁴ BUECHELE, Paulo Antônio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, p. 125.

O ordenamento jurídico pátrio contempla regras autorizadas da prisão cautelar com o fim de assegurar o normal funcionamento do processo, prescrevendo prazos peremptórios para a prática de seus atos, justamente porque a medida privativa de liberdade constitui restrição sensivelmente drástica aos direitos fundamentais do cidadão presumidamente inocente.

Não se discute que a prisão cautelar nos limites do prazo legal para encerramento da instrução criminal já configura restrição aos direitos fundamentais, notadamente a presunção de inocência, motivo porque deve se submeter ao juízo da razoabilidade. E, por conseguinte, a violação de tais prazos enseja uma nova restrição, pois, “quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível.”³⁴⁵

A verificação da razoabilidade da prisão cautelar com fins processuais para além dos prazos legais fixados para a prática de seus atos (processuais), traz a lume a restrição a outro direito fundamental (além da presunção de inocência): o direito a ser julgado em prazo razoável e sem dilações indevidas, no Brasil fixado pela lei.

Desse modo, parece claro que a razoabilidade da restrição ao direito a um julgamento em prazo razoável, demanda um novo juízo de ponderação, e este pressupõe a legalidade, já que *nulla coactio sine lege*.

Do contrário, prescindido da lei, como verificar a adequação do meio utilizado pelo legislador se não existe previsão abstrata da possibilidade de excesso? Como aferir a efetiva razoabilidade estrita “por meio de rigorosa ponderação entre a intervenção e o objetivo perseguido pelo legislador”? Ora, o

³⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 95.

legislador impôs limites temporais para a prática dos atos processuais e encerramento da instrução criminal perseguindo o objetivo de minimizar a restrição da liberdade do cidadão inocente.

Sob outro vértice, por mais que se entendesse que neste segundo momento de ingerência estatal na esfera da liberdade individual (o primeiro foi no decreto prisional cautelar) a colisão de direitos ocorre, novamente, entre o interesse do Estado de perseguir e punir *versus* o direito à liberdade e presunção de inocência, o excesso de prazo não cumpre os requisitos exigidos pelo princípio da razoabilidade.

Relembrando a advertência de José Laurindo de Souza Netto “a cláusula de razoabilidade protege o cidadão contra os excessos muitas vezes praticados pelo Estado e serve como meio de defesa dos direitos e das liberdades constitucionais”,³⁴⁶ portanto, incompatível com a pretensão de justificação do excedimento de prazos fixados pelo próprio agente estatal para a prática de seus atos. Aliás, as peculiaridades da nova ordem constitucional, indicam nesse sentido:

A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal. Dessa garantia em favor da vida e dos direitos privados resulta – assim o arguto ALEXI – um ônus de argumentação (“*argumentationslast*”) em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional.³⁴⁷

Enquanto demonstra as razões porque o princípio da legalidade é pressuposto do princípio da proporcionalidade, Nicolas Gonzáles-Cuellar assevera:

³⁴⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*, p. 65.

³⁴⁷ AVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

No obstante, hipotéticamente, cabría pensar también en un contrapeso de intereses “supralegal”, desligado de las garantías establecidas por la ley, que condujera incluso a la posibilidad de adopción, por parte de órganos jurisdiccionales o administrativos, de medidas legalmente inadmisibles cuando concurrieran importantes intereses del Estado. En relación con ello se ha propuesto en la R.F.A. el trasvase al proceso penal de la institución del “estado de necesidad justificante”, para compensar así las carencias de las normas que habilitan a los poderes públicos para restringir los derechos fundamentales en la persecución de fines legítimos. La propuesta, sin embargo, ha planteado numerosos problemas adicionales y ha chocado con fuertes resistencias doctrinales, basada, en resumen, en la relativización a la que dicha teoría conduciría de ‘toda configuración y limitación del poder estatal’ y, en definitiva, del propio Estado de Derecho.³⁴⁸

E, por fim, opina de forma enfática:

A nuestro juicio, si se acepta el contrapeso “supralegal” de valores para justificar el incumplimiento de la ley, en perjuicio del grado de protección de los derechos individuales establecido, **se abre una brecha en el principio de legalidad y se asigna al principio de proporcionalidad una función perversa** que, lejos de favorecer los derechos fundamentales del ciudadano, hace perder el principio su finalidad de límite de las restricciones, permitiéndose con ello al Estado enmascarar con argumentos pseudojurídicos actuaciones arbitrarias (grifei).³⁴⁹

Daí se infere que o interesse público estatal, por mais que seja de superlativa relevância, não pode ser elevado à condição de “contrapeso de interesse supralegal”, ensejando verdadeiro “estado de necessidade justificante”, sob pena de desfigurar o clássico sistema de freios e contrapesos e, por conseguinte, o próprio Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a possibilidade de adoção, por parte do órgão jurisdicional, de contrapeso “supralegal” de valores para justificar o descumprimento da lei em prejuízo dos direitos individuais assegurados, constitui temerária perversão do princípio da razoabilidade, desfigurando sua finalidade de vedação do excesso para legitimar atuações abusivas, feito manto que acoberta o arbítrio.

³⁴⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 70-71.

³⁴⁹ Idem. p. 71.

A construção jurisprudencial pátria parece ter adotado o “critério da razoabilidade” para supressão dos direitos individuais em conflito com a pretensão estatal de punir, elevado à categoria de relevante interesse de ordem pública, cujo rol de hipóteses razoáveis é fixado, sem exaustão,³⁵⁰ pelo próprio Superior Tribunal de Justiça:

Esta Corte tem construído entendimento favorável à continuidade da ordem detentiva sempre que estiverem gravitando em torno da causa circunstâncias pelas quais se supõem contribuir para a justificativa do excesso de prazo, tais como, natureza do delito, dificuldades de diligências, processo com múltiplos sujeitos, greve de servidores, envio de precatórias e citação por edital. É o que bem expressa o princípio da razoabilidade, o qual nos impele a considerar tais circunstâncias motivos de força maior. Ordem denegada. (STJ, HC 33584-SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 10.05.2004).

Nessa linha de idéias, apesar de espantoso, não é de se duvidar que algum dia o órgão jurisdicional proponha, quem sabe, a razoabilidade do excesso do prazo da prisão temporária, já que o conflito de valores é exatamente o mesmo, e a alegação de dificuldades nas diligências podem conduzir no sentido da delonga retoricamente fundada.

Por último, a adoção do critério da razoabilidade do interesse público para justificar o excesso de prazo constitui afronta ao princípio da ampla defesa³⁵¹, na medida em que inviabiliza a necessária verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses e, conseqüente, comprovação empírica, já que não admite a produção de prova negativa. Ou seja: quais delitos que por sua natureza *a priori* admitem o razoável excesso? Que espécie de processo é complexo *a priori*?

Como se vê, a dispensa da figura do legislador em face do critério da

³⁵⁰ Portanto, permanecendo em aberto a ampliação das hipóteses de “excesso razoável” no caso em concreto.

³⁵¹ Ademais, não são raros os casos em que a defesa é obrigada a desistir da prova que pretende produzir, pois, a delonga da prisão cautelar do imputado acaba sendo mais danosa que eventual pena, não obstante a injustiça.

razoabilidade no caso em concreto elimina, também, a necessidade do defensor, já que cabe ao juiz definir o que se deve entender por razoável, complexo, grave, interesse público, necessário, etc., pois, o livre convencimento ancorado na retórica pode mascarar razoáveis as mais arbitrárias ingerências.

Nesse aspecto Luciano Sampaio Gomes Rolim adverte ser

[...] imperioso que o princípio da proporcionalidade seja analisado à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional de cada Estado, em homenagem à força normativa da Constituição. A não ser assim, teremos que admitir a procedência da crítica de GENTZ, citado por BONAVIDES, segundo a qual "o freqüente uso do princípio tende a transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta 'a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça *que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz.*"³⁵²

Por isso, conforme leciona Luis Roberto Barroso, respaldado em sólida doutrina estrangeira,

[...] a interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa *jurídica*, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito.³⁵³

Mas como bem ensina Carrió, na citação de Faggioni³⁵⁴, é abissal a diferença entre justificação e desculpa ou pretexto, quando se transpõe o limite da

³⁵² ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade*. Artigo publicado na Internet, no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>. Acesso em 20 de agosto de 2005.

³⁵³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106.

³⁵⁴ FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia*, p. 146.

linguagem para confundir os conceitos, na pretensão de utilizar uma ferramenta visando fins diversos daqueles para os quais ela foi desenhada e para o que não é idônea.

Vale transcrição sua bem humorada expressão da idéia:

Es bien conocida la distinción entre justificación y excusa; entre el acto de justificar un comportamiento y el acto de excusarlo. La confusión entre la función que uno y outro cumplen - por ejemplo, quere justificarse invocando algo que sólo da para una excusa – produce por lo común formas particulares de sinsentido. Recuerdo una vieja película francesa de la década del 30 que había un extraordinario personaje que incurría reiteradamente en dicha confusión y el resultado tenía gran eficacia cómica. Este hombre era un noble venido a menos que robaba cosas en los comercios. Era, como se suele decir, un mechero. Cuando lo pescaban *in fraganti* y querían imperdirle que siguiera lazándose con lo ajeno, el duque o conde en cuestión adoptaba un aire de duque o conde ofendido, y sacando un papel arrugado del bolsillo se lo refregava a su interlocutor por las narices, al tiempo que le decía: ‘No me incomode, señor. Sepa Ud. que soy cleptómano declarado tal por la Facultad de Medicina de París’. Lo cómico de la situación deriva, claro está, de que nuestro personaje trata de justificarse usando una excusa. Como si en lugar de servir, en el mejor de los casos, para excusarlo, el certificado de cleptómano fuese algo así como un diploma o una patente que le da derecho a robar. Otras veces esta forma de sinsentido, que se produce – como dije – cuando queremos trasponer ilegítimamente ciertos límites internos del leguaje normativo, consiste en confundir exención y transgresón. Tal es patentemente el caso de la señora que, en algún cuento de Chamico, explica con satisfacción que su hijo se salvó del servicio militar por desertor. Una pirueta semejante, aunque no del todo igual, es la que, a sabiendas del efecto que produce, hace el prologuista de una dición de *The Anatomy of Melancholy*, de Burton, cuando recuerda el caso del párroco inglés entrado en años que “había conseguido aliviar el peso de sus deberes mediante la delegación y la negligencia(sic).³⁵⁵

Todavía, em razão de sua força normativa,³⁵⁶ a Constituição Democrática brasileira deve orientar a democratização substancial do processo penal, que “deve adequar-se à Constituição e não vice-versa”,³⁵⁷ pois, no dizer de Calmon de Passos, o “devido processo constitucional jurisdiccional para evitar sofismas e distorções

³⁵⁵ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 238-239 *apud* FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 41, 2003, p. 125-151.

³⁵⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

³⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 39.

maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir.”³⁵⁸

O critério da razoabilidade, portanto, não pode ser travestido de pretexto para o arbitrário descumprimento da lei. É irrazoável toda e qualquer restrição a direitos e garantias fundamentais sem observância das peculiaridades, pressupostos e requisitos dos institutos invocados (direito a julgamento em prazo razoável, princípio da razoabilidade e lógica do razoável), que não são – e jamais serão – atestados autorizatórios das desculpas estatais para suas próprias mazelas, tal qual o personagem do velho filme francês mencionado por Carrió.

4.3 O paradigma do excesso razoável e a pós-modernidade

A modernidade despertou as mais sedutoras esperanças. Se por um lado as maravilhas da revolução industrial prometiam prosperidade, a miragem de uma sociedade racional em que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”³⁵⁹ oferecia a realização dos acalentados sonhos de liberdade e de redução das desigualdades e injustiças que envergonhavam o mundo.

No entanto, na informação de Tarso Genro, ao contrário,

o que aconteceu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas. Foi isso o que os homens modernos fizeram de sua história. A razão foi ‘assaltada’ no sentido de ser despida de sua função humanizadora.³⁶⁰

³⁵⁸ PASSOS, Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

³⁵⁹ Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

³⁶⁰ GENRO, Tarso. Direito, iluminismo e nova barbárie. In ARGUELO, Kátia (org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996 apud STRECK, Luiz Lênio. *Hermenêutica e(m) crise*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 215.

No dizer de Lênio Streck, “os legados da modernidade longe estão de serem realizados no Brasil”,³⁶¹ mormente no que concerne ao Estado Democrático de Direito que formalmente encontrou guarida tão somente em 1988, mas, longe está de ser efetivado. “O propalado *welfare state*, no Brasil, foi (e é) um simulacro”,³⁶² que na verdade se confunde com intervencionismo e burocratização, mascarando a supervalorização do Estado funcional a despeito dos direitos e garantias individuais assegurados pela constituição alcunhada cidadã.

A prosperidade não chegou a todos os lares, é bem verdade. Já vivenciamos a terceira revolução industrial e a miséria se arrasta abocanhando mais e mais almas ao passo que uma pequena casta goza os prazeres das possibilidades tecnológicas e organizacionais.³⁶³

Entretanto, as maravilhas tecnológicas deslumbram até os mais céticos dos olhares pós-modernos.

A crise do estado intervencionista e burocrático keynesiano³⁶⁴ abriu caminhos para a grande transformação da terceira revolução industrial, instrumentada pela mundialização das relações sociais e a globalização multifacética que eliminou as fronteiras entre as distintas populações do planeta que se viram

³⁶¹ STRECK, Luiz Lênio. *Hermenêutica e(m) crise*, p. 215.

³⁶² Idem, p. 215.

³⁶³ No dizer de Capella, “las posibilidades tecnológicas y organizativas socialmente existente jugaron en favor de los sujetos más fuertes; o, dicho en otras palabras, ganaran los de siempre” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*, p. 235).

³⁶⁴ Em resumidíssima informação, para John M. Keynes a crise iniciada com o crack de 1929, era caracterizada pelo excesso de oferta, já que a população estava tão empobrecida que ninguém tinha dinheiro para comprar a produção, ou seja, o excesso de oferta era falta de demanda, motivo porque era necessária a criação de demanda efetiva. Assim, para sair da crise, no âmbito do capitalismo mercantil, e escapar da ameaça socialista, era necessário suscitar demanda de bens. Portanto, as pessoas deveriam ser empregadas pelo Estado para construir qualquer coisa, na sua famosa expressão – “ainda que sejam pirâmides” -, eis que, sendo pagas, poderiam comprar novamente e mover o mercado. Com isso, o Estado deveria endividar-se e empreender obras públicas para redistribuir as rendas mediante imposição de impostos a quem estivesse em melhores condições e futuro pagamento das dívidas. Por conseqüência, o Estado burocratizado pelo excessivo contingente de funcionários públicos, passa a ser intervencionista no plano econômico e assistencial no plano social, pois, as rendas deveriam ser preservadas para o consumo da produção capitalista. Tal modelo percorreu o mundo, e seus efeitos, conhecemos todos.

instadas a reorganizar o tempo e a distância na vida social.

O homem pós-moderno foi bem além da lua. Não só as fascinantes aventuras espaciais tornaram o planeta pequeno, já que a interconexão mundial dos computadores e as telecomunicações nos oferecem o mundo num plano virtual.

A invasão destas novas tecnologias tornou a sociedade acelerada, ou mesmo - sociedade de riscos -,³⁶⁵ em razão das inúmeras atividades inerentes ao manejo de tais avanços, aos quais é imperiosa imediata adaptação.

Na reflexão de Aury Lopes Junior,³⁶⁶ “a aceleração do tempo nos leva próximo ao instantâneo, com profundas conseqüências na questão tempo velocidade. Também encurta ou mesmo elimina distâncias.”

Na pós-modernidade, o mundo burocrático dos carimbos e protocolos caminha freneticamente para a sepultura. Não tem mais espaço, nem tempo, para a lentidão dos departamentos e gabinetes bolorentos. Na era cibernética, os potentes computadores com capacidade enorme de armazenagem e produção de textos e informações amontoaram nos cantos as velhas máquinas de escrever. O malote e o telégrafo cederam espaço ao e-mail e ao fax. As teleconferências e a multimídia, não encontram paralelo no passado. Enfim, um incrível arsenal de instrumentos de agilização na troca de informações e documentos propiciam sensível redução na demora dos processos administrativos, comerciais, financeiros e, também, judiciais.

A propósito, na informação do professor Flamarion Tavares Leite, autor da obra – os nervos do poder: uma visão cibernética do direito -,

o direito, hoje, não só do ponto de vista teórico, tem que acompanhar a evolução da velocidade da luz das transformações sociais, como também no sentido da informática, do aparelhamento dos juízes, que são os que

³⁶⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veinteuno, 2002.

³⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 25.

comandam o direito na sociedade. O judiciário deve ser completamente aparelhado no sentido de uma completa informatização. Se não houver isso teremos um direito atrasado.³⁶⁷

Claro, contudo, que a dinâmica dessa sociedade espantosamente acelerada não pode ser impressa ao processo judicial em resposta ao desejo de uma reação imediata, exigindo-se dele soluções à velocidade da luz em atropelo às garantias processuais do cidadão. Nesse sentido, “parece-nos evidente que a aceleração deve vir através da inserção de tecnologia na administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias individuais.”³⁶⁸

Sob outro prisma, é de se mencionar com Aury Lopes Júnior³⁶⁹ que a teoria da relatividade opera uma ruptura completa no paradigma newtoniano,³⁷⁰ passando, o tempo, a ser visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois, ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo. O novo paradigma sepultou as verdades absolutas ao preconizar que tudo é relativo, de modo que a percepção do tempo é completamente distinta para cada sujeito, já que relativo à sua posição e velocidade, ou determinados estados mentais. Aqui, vale lembrar, a clássica e bem humorada explicação de Einstein a sua empregada doméstica sobre a relatividade, conforme citação de Lopes Júnior:

[...] quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-se o sentar

³⁶⁷ LEITE, Flamarion Tavares. Cibernética, direito, ciberespaço. Ciberdireito? Entrevistas, ano 5, nº 50, 2001, entrevista publicada na internet no site <http://www.datavenia.net/entrevistas/00001092001.htm> acesso em 14 de julho de 2006.

³⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 29.

³⁶⁹ Idem, p. 91 e seguintes.

³⁷⁰ Para Newton, o universo era previsível, um autômato representado pela figura do relógio, donde dimanava a idéia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que considerado igual para todos, em todos os lugares. Na medida em que Deus era o grande relojoeiro do universo, o tempo era linear, pois, para conhecermos o futuro, bastava dominar o presente.

sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora -. Isso é a relatividade.³⁷¹

O direito não tem reconhecido a relatividade, de modo que o jurista parte do reconhecimento do tempo enquanto realidade que pode ser fracionado e medido com exatidão, sendo absoluto e uniforme que, inclusive, pode sofrer arbitrarias intervenções, como é o caso das medidas cautelares a antecipar os efeitos de uma eventual pena futura.

Exsurge, assim, um choque entre o tempo absoluto do direito e o tempo subjetivo do réu, e, quiçá, do juiz.

O tempo subjetivo do réu presumido inocente que sofre dolorosa restrição à liberdade e tem o direito a ser julgado num prazo razoável, conflita com o tempo absoluto do Estado no exercício do poder/dever de punir e observar seus próprios prazos. Por seu turno, o juiz, órgão estatal, que tem o dever de impulsionar o processo e evitar (de) mora judicial, enquanto pessoa humana dotada de vontades e angústias percebe a necessidade de observar os prazos legais, mas padece a falta do devido aparelhamento necessário ao desenvolvimento de sua missão.

Na alegoria de Einstein, parece ser o réu a sentar sobre a chapa quente do fogão, portanto, seu tempo subjetivo tem curso alucinado, já que na feliz expressão de Messuti “os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo.”³⁷² Claro está que o juiz não se encontra na situação privilegiada que indica o pai da relatividade, mas, tampouco senta ao lado do réu, o que lhe obriga, para que não se rompa a corda na parte mais frágil, que cumpra aqueles prazos absolutos e imutáveis do direito, pois, além de apresentar o Estado a figura do juiz deve fulgurar protetora do acusado contra os ímpetos das

³⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 92.

³⁷² MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33, apud LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 93.

agências punitivas, conforme está a indicar o próprio título do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: – garantias judiciais - .

Além do mais, para o excluído do mundo virtualizado e apressado “ - aquele que se encontra em uma prisão – o seu planeta se tornou a sua prisão descolada deste outro mundo exterior. (...) deslocado tanto no espaço quanto no tempo”,³⁷³ o que enseja grave prejuízo psíquico e social,³⁷⁴ na medida em que o menor tempo de reclusão que seja constitui enorme dificuldade de retomar o curso da vida que, se para os outros imprimiu a velocidade da luz, para o recluso é a não-vida do cárcere.³⁷⁵

Com isso, parece evidente, que as novas tecnologias que encurtaram o tempo e as distâncias para as práticas estatais, indicam que o cidadão, cujo tempo subjetivo caminha por demais apressado, e teve assegurado diversos direitos e garantias fundamentais na Constituição da República de 1988, fundada na dignidade da pessoa humana, e documentos internacionais de direitos humanos, merece o estrito cumprimento dos prazos estabelecidos em lei desde os tempos sombrios do Estado Novo e da influência de Manzini, para não dizer Mussolini.

Não obstante, a construção jurisprudencial que cunhou o chamado critério da razoabilidade para justificar o excedimento dos prazos legais para o encerramento da instrução criminal de acusados presos sem condenação, tem como paradigma o acórdão exarado pela 6ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de

³⁷³ OLIVEIRA, Leonora Azevedo de; MORETTO, Rodrigo. A prisão sob o prisma do tempo: um retrocesso ao futuro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 11 p.138/147, 2003.

³⁷⁴ “O tempo na prisão deve ser repensado, pois está mumificado pela instituição e gera grave defasagem, enquanto tempo de involução” (LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 34).

³⁷⁵ “Com certeza, dez anos de prisão hoje não equivalem – em termos de tormento, sofrimento e desconexão com a dinâmica social – a 10 anos de prisão quando da concepção do Código Penal em 1940. O conteúdo aflitivo (tempo subjetivo) é infinitamente maior” (LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 35).

Justiça, no Hábeas Corpus nº 1.453 do Rio de Janeiro, cujo voto da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro tem, na íntegra, o seguinte teor:

O *status libertatis*, só excepcionalmente, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá ser restringido pelo Estado. A prisão cautelar necessita reunir dois requisitos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Tem-se, assim, ao lado do juízo de probabilidade de o preso ser o agente da infração penal imputada, a preservação de eficácia de eventual condenação. Além disso, impõe-se concluir o processo em tempo definido, para o constrangimento não se tornar ilegal. O Direito, como fato cultural, é histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. Caso contrário, a lei, embora revele vigência (aspecto formal), será carente de eficácia (aceitação mínima pela sociedade). O Código de Processo Penal data do início da década de quarenta. De lá para hoje, o Brasil mudou sensivelmente. Os valores foram revistos. A concentração urbana da população, a riqueza, cada vez menos distribuída e o empobrecimento da classe média contribuíram para o aumento da violência nas grandes cidades. Nelson Hungria, autor do projeto de Código Penal, fora acerbamente criticado porque cominara a pena mais elevada ao crime de estorsão mediante seqüestro, havendo morte da vítima. Dizia-se tal delito não era praticado no Brasil. O texto seria inspirado no seqüestro de filho de aviador americano, Lindberg, que ganhara notoriedade ao empreender a travessia do Atlântico. Hoje, no entanto, os jornais noticiam diariamente a prática dessa infração penal. A norma, antes meramente acadêmica, repete-se na experiência jurídica. E se repete diariamente! Àquela época, São Paulo, apesar de ser o maior parque industrial da América Latina, tinha população inferior à do Rio de Janeiro. Hoje, são 15.000.000 de habitantes. A ONU projeta para o ano 2000, 28.000.000, inferior somente à cidade do México. Logicamente, a lei velha precisa ser analisada modernamente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. Nesse novo quadro, superada se mostra a soma simplesmente aritmética dos prazos do procedimento penal. A prisão cautelar a eles precisa conciliar-se. A ordem pública, a realização da instrução e a eficácia de eventual condenação, seus pressupostos, não podem ser vistos como garantia meramente formal. Cumpre volver os olhos para o sentido material dos institutos. Faz-se imprescindível, por isso, raciocinar com o juízo da razoabilidade para definir excesso de prazo no encerramento da instrução criminal. Temperar-se-ão, assim, o interesse público, diante da probabilidade de autoria e probabilidade de a imputação ser procedente, com o interesse individual de o processo não se estender por prazo intolerável, que redundaria cumprimento antecipado (quando não indevido) diante da mera acusação. O juízo de probabilidade, assim, precisa ser ponderado. A interpretação jurídica, fincada em princípios, não pode reduzir-se a mero prazo de lógica formal. No caso dos autos, está-se, sem dúvida, diante de processo de características excepcionais. Note-se, reúne cento e noventa réus. Só isso é bastante para realçar a excepcionalidade. A MM. Juíza, esclarecem as informações, realiza audiências aos sábados para abreviar, quando possível, o encerramento da instrução. Tais pormenores, Senhor Presidente, conduzem à manutenção do V. Acórdão. A isonomia implica identidade de fatos para atrair identidade de norma. Nego provimento. (STJ, HC 1.453, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJU 09/12/1991.)

Não se duvida que o voto em tela concatene premissas universais verdadeiras, o que lhe confere aparente cientificidade, eis que “o *direito como fato cultural é histórico*” e que “*as normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos.*” Também é verdade que “o *Código de Processo Penal data do início da década de quarenta*” e que “*de lá para hoje, o Brasil mudou sensivelmente*”, portanto, “*logicamente, a lei velha precisa ser analisada modernamente.*” Daí em diante, quando se põe a particularizar as proposições universais é que a retórica passa a mascarar a realidade e acobertar o descumprimento da lei. Diríamos que a lei velha deve ser analisada pós-modernamente, inclusive, à luz da Constituição da República de 1988 e dos diversos documentos internacionais de direitos humanos.

Ainda, as facilidades oferecidas pelas novas tecnologias que encurtam distâncias e tempo na realização de tarefas, impõem ao Estado uma postura mais ágil para a prática de seus atos, máxime que a alucinada pressa deste tempo torna a prisão ainda mais traumática que naqueles da edição da lei processual em vigor.

No entanto, a concentração urbana e empobrecimento da população não podem, jamais, servir de fundamento para o encarceramento destas mesmas massas rotuladas pela miséria, posto que o Estado é quem deve aparelhar-se para enfrentar as demandas populacionais, sem que lhe seja lícito delegar os custos da própria impotência ao cidadão presumido inocente.

Se a população de São Paulo é inferior apenas à cidade do México, o que o réu tem a ver com isso? Qual a culpa do acusado que reside no interior do Amazonas, ou mesmo na favela de São Paulo se as metrópoles cresceram e os órgãos estatais não acompanham o crescimento? Parece lógico que, se as

populações se multiplicam, na mesma proporção aumenta o número de consumidores e de contribuintes que tanto ambicionam os estados.

Não se pode olvidar, igualmente, que o princípio constitucional da isonomia não permite prazos diferentes para diferentes acusados, portanto, absolutamente inconstitucional reputar legítima a delonga porque as cidades maiores (São Paulo, por exemplo) ou mais inacessíveis (interior do Acre, por exemplo) apresentam maior dificuldade para o cumprimento de atos processuais. Repetimos: tais dificuldades devem ser enfrentadas pelo Estado, e não pelo réu que merece tratamento idêntico a todos os demais acusados do país.

Ademais, se *“a complexidade de conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores”* é porque a estrutura/conjuntura estatal não se adequou aos novos tempos, já que, em razão das novas tecnologias tais complexidades deveriam ser reduzidas, soando a heresia essa espécie de pretexto para a delonga dos prazos.³⁷⁶

É de se ver, que desde 1940/1941 os delitos reputados graves já eram tipificados,³⁷⁷ assim como a multiplicidade de sujeitos,³⁷⁸ citação editalícia, expedição de cartas precatórias, etc., portanto, os prazos contidos na lei processual contemplam tais complexidades.

Desse modo, não comporta comprovação empírica a afirmação que *“nesse novo quadro, superada se mostra a soma simplesmente aritmética dos*

³⁷⁶ A exemplo, uma Carta Precatória expedida de Umuarama(PR) para cumprimento em Pato Branco (PR), na década de 1950, demandaria vários dias em precário transporte, quando hoje, pode ser enviada instantaneamente via fax ou e-mail. Naquele tempo eram inimagináveis os atuais sistemas de armazenamento de dados, muitos disponíveis via internet, inclusive com fotografias nos arquivos policiais, ou mesmo as espetaculares técnicas de exames periciais, etc., a facilitar as investigações policiais e instrução criminal.

³⁷⁷ Como informa o próprio voto, quando aduz que a extorsão mediante seqüestro era tida por acadêmica, sendo criticado Nelson Hungria pela cominação de pena mais grave àquele delito que aos demais, os quais se entendia merecer maior reprimenda.

³⁷⁸ Do contrário, não haveria concurso de agentes anteriormente ao ano de 1991, quando do acórdão em tela.

prazos do procedimento penal.”

Parece óbvio que a aferição do excesso dos prazos legais trata-se de mera operação aritmética, não comportando qualquer valoração. No dizer de Delmanto Júnior, “limites existem a essa abordagem interpretativa, uma vez que a decisão proferida não pode ir contra aqueles valores que embasam o ordenamento. Caso contrário, estar-se-ia negando, até mesmo o próprio positivismo e, assim, a gênese de ser da hermenêutica.”³⁷⁹

Não existe outra fórmula para aferição de vencimento de prazos que não a aritmética. Então, como realizar a contagem do prazo da prisão temporária? Como verificar o termo *ad quem* para interposição de recursos? E, a própria pena, como realizar a contagem para aferir cumprimento? Aliás, lembrando Siches,

[...] tiene que emplear asimismo la lógica tradicional cuando haya de proceder a la mensura material o a la cuantificación de realidades físicas o de expresiones de tipo matemático, verbigracia: cuando tenga que medir la extensión de un predio, o cuando tenga que contar cabezas de ganado o dinero.³⁸⁰

Cediço, que conceder ao juiz o poder de valorar até mesmo a quantificação de realidades físicas, é destruir toda a ordem jurídica e, por consequência, a democracia.

É de se repisar que, devemos “*adequar a lei velha*” aos novos tempos, mas, por congruência histórica, aos novos ares democráticos, sem perder de vista que até mesmo a pena privativa de liberdade tem recebido tratamento abrandado, já que o Estado de Direito caminha no rumo da proteção das liberdades e da dignidade humana. Assim, dilatar os prazos da prisão cautelar sob o pretexto de que a lei velha deve ser adequada é tráfegar na contramão dos avanços tecnológicos e das

³⁷⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 313.

³⁸⁰ SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 175.

conquistas democráticas brasileiras ocorridas desde a publicação do Código de Processo Penal, em pleno Estado Novo.

Como já dissemos anteriormente, na medida em que o decreto prisional cautelar deve se submeter à razoabilidade da hipótese legal de restrição da liberdade do acusado presumidamente inocente, para, novamente, “*temperar-se-(ao) o interesse público, diante da probabilidade da autoria e probabilidade de a imputação ser procedente, com o interesse individual de o processo não se estender por prazo intolerável*”, há que se observar o pressuposto formal da legalidade. Com efeito, o novo “tempero judicial” do interesse público com o individual, sem base legal, constitui completa – perversão do princípio da razoabilidade -, em favor do Estado, desfigurando-o de sua vocação de proteção dos direitos fundamentais para mascarar a ingerência arbitrária na esfera individual.

Nesse aspecto, Salo de Carvalho já tem advertido que se tornou absolutamente “natural” no cotidiano forense contemporâneo “verificar a contraposição entre direitos fundamentais do imputado e a necessidade de repressão da criminalidade, projetada, via burla de etiquetas, a preceito constitucional como direito (social) à segurança”,³⁸¹ e, portanto, os direitos individuais seriam preteridos aos de proteção à segurança.

O autor reputa, no entanto, que essa prática fragmenta direitos fundamentais mediante “falsas dicotomias, como se fosse possível, por exemplo, tutelar direitos sociais sem estarem garantidos os individuais”,³⁸² cuja contraposição somente seria admitida em modelos autoritários de Defesa Social. Ademais, na citação de Lopes Calera:

³⁸¹ CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 14, p. 122/130, 2004.

³⁸² Idem.

[...] nadie que ni tenga los ojos cerrados dejará de reconocer que en los últimos tiempos el Estado ha ido afirmándose sobre el individuo y, esto es lo grave, de manera injusta. La amplia y ambigua utilización de categorías como 'interés del Estado' o 'interés público' han producido graves daños a los derechos individuales.³⁸³

Por último, a pretensão de que “*a ordem pública, a realização da instrução e a eficácia de eventual condenação, seus pressupostos, não podem ser vistos como garantia meramente formal. Cumpre volver os olhos para o sentido material dos institutos*”, trata-se de completa manipulação retórica dos conceitos.

Os institutos aos quais o poder jurisdicional precisa - urgentemente - volver os olhos para o seu sentido material, são aqueles de direitos humanos fundamentais contidos na Constituição da República e nos documentos internacionais de direitos humanos, sendo que as garantias aos mesmos não podem permanecer meramente formais, sob pena de não alcançarmos jamais a tão sonhada democracia substancial.

Em conclusão, esse paradigma da transfiguração dos interesses estatais em garantias, para, em alusão à “*interpretação jurídica fincada em princípios*” operar a alquimia da conversão do “*prazo de lógica formal*” em prazo subjetivo do juiz, constitui flagrante coação ilegal que precisa ser sanada. Aliás, o Estado não precisa garantia alguma em face do cidadão, sendo que estas são criações da democracia para proteção do indivíduo contra os abusos do ente estatal todo-poderoso.

A interpretação jurídica deve ser fincada em princípios, é bem verdade, sem, todavia, fincá-los de cabeça para baixo.

Contudo, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça exarou a decisão paradigma em apreço, talvez em face da “*síndrome de abdula*”, a que refere Lênio Streck, que impele a amplificar piamente a “*voz autorizada*” como verdade, na

³⁸³ LÓPES CALERA, Nicolas Maria. *Yo, el Estado: bases para una teoría substancializadora (no substancialista) del Estado*. Madrid: Trotta, 1992, pp. 64/65 apud CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro, p. 122/130.

cômoda decisão “consoante jurisprudência mansa e pacífica”, tem-se disseminado esse entendimento, muitas vezes sem o menor questionamento. De tal postura, decorrem os mais variados pretextos para o excesso, a ponto de, atualmente, o prazo para encerrar a instrução criminal estar reduzido ao critério da razoabilidade judicial, ou seja: é razoável aquilo que o magistrado entende razoável. A voz do julgador tornou-se, na expressão de Foucault, “uma razão mais razoável do que a das pessoas razoáveis.”³⁸⁴

Ora, se o princípio da razoabilidade - ou da vedação do excesso -, configura-se na justificativa ou pretexto para o excesso do prazo legal, sem amparo em lei que o autorize, restam poucas, talvez vãs esperanças.

4.4 O Excedimento do prazo legal e a efetividade dos direitos fundamentais no Processo Penal

O desenvolvimento da temática do acesso à justiça³⁸⁵ levou ao questionamento do problema da efetividade do processo e, por conseqüência da tutela dos direitos, principalmente dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A propósito, a ineficácia de tais direitos em razão da delonga na instrução processual, acaba por determinar verdadeira incoerência com o próprio escopo da jurisdição.

O Estado tendo assumido o compromisso de proteção dos direitos e, por conseguinte, a distribuição da justiça, não pode se desonerar do sério compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os direitos de seus cidadãos nos casos conflitivos concretos (art. 5º, XXXV, CR), especialmente quando invoca o *jus*

³⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 11.

³⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabri, 1988.

puniendi monopolizado, mediante a observância de limites estritamente demarcados.

Veja que a restrição da liberdade somente tem lugar quando obedecidos rigorosamente os princípios da legalidade e da presunção de inocência até que seja perquirida a culpabilidade pela via do devido processo legal, é basilar que a prestação jurisdicional deve se dar em prazo adequado, já que a chamada prisão cautelar será sempre restritiva da liberdade sem a devida demonstração de culpa.

Como vimos, o Processo Penal não mais se trata de mecanismo à disposição do Estado para imposição de pena, mas de instrumento de tutela dos direitos fundamentais dos mais fracos, cuja visualização na relação processual penal é na figura do réu,³⁸⁶ na medida em que somente se pode impor qualquer sanção quando observadas todas as garantias inerentes à dignidade da pessoa humana e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, a efetividade do processo não deve mais ser verificada pelo prisma da aplicação da pena, no qual se confunde com a execução da sentença condenatória, sem qualquer preocupação com as garantias individuais.

Aliás, para essa noção que supõe as medidas ditas cautelares como garantia da eficaz persecução penal e imposição do *jus puniendi*, prepondera a certeza de que o réu estará presente para sofrer as conseqüências de eventual pena, nos mesmos moldes da abandonada prisão custódia medieval para assegurar a imposição de penas corporais.

Esta concepção de efetividade do processo traz, por conseqüência, a banalização da prisão cautelar, cujo fundamento se resume na eficácia dos objetivos estatais, com a intervenção do estado de polícia na esfera de liberdade individual de seus cidadãos.

³⁸⁶CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Do contrário, ao se admitir a instrumentalidade do processo para efetivação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, mister se faz trilhar por outra estrada.

A reconstrução dos Direitos Humanos na pós II Guerra mundial e a própria eleição do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988, contrastam com o ideal fascista de elevação do poder estatal a bem supremo. Repudia movimentos contemporâneos de preservação absoluta da incolumidade da sociedade, ou ainda, direitos difusos e coletivos, que deveriam preponderar, porque a proteção metaindividual abrangeria também os direitos individuais.

Sobre a absolutização do coletivo ensina Adelino Marcon que “esta é uma face de pouca verdade, uma vez que no coletivo não se pode separar o bem e o mal que atinge o ser individual. A verdade é que, inversamente, protegendo-se os direitos individuais, estarão protegidos os coletivos e os difusos e a própria sociedade.”³⁸⁷

Aliás, “primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado.”³⁸⁸

O processo penal somente atingirá seu objetivo de limite ao poder punitivo estatal na medida em que imponha a observância das garantias legais, apenas admitindo que o cidadão sofra qualquer restrição na sua liberdade quando cabalmente demonstrada sua culpabilidade.

Desse modo, parece evidente que a prisão cautelar, ainda que excepcionalmente admitida, deverá sê-lo em limites temporais peremptórios previstos em lei, sendo que qualquer excedimento sem base legal importará em

³⁸⁷ MARCON, Adelino. *O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal*, p. 21.

³⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 60.

clara violação ao direito a julgamento em prazo razoável, sem dilações indevidas, além de carência da efetividade processual.

E tal carência é a negação do direito constitucional de acesso à justiça, pois, se o poder jurisdicional mantém o cidadão preso sem demonstração de culpa além do tempo permitido em lei, sem prestar o provimento devido, claro está que deixou de distribuir justiça, sem motivo justo, para muito além da esfera do razoável. Em outras palavras: “justiça tardia é a negação da justiça.”³⁸⁹

Nessa sintonia, a adoção do critério da razoabilidade, somente é cabível se amparado em lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, aliás, um dos pressupostos formais daquele, já que “a democracia exige uma prévia delimitação das regras do jogo.”³⁹⁰

A propósito, em comentários ao art. 798 e seguintes do Código de Processo Penal, Eduardo Espínola Filho define prazo como “condição de tempo estabelecida por lei para, dentro dele, ser exercida, utilmente, qualquer atividade processual”, e pontua que “diz-se peremptório, fatal, improrrogável, o prazo fixado pela lei, sem possibilidade de dilatação, (...) salvo quando ela admita a dilatação.”³⁹¹

O ordenamento jurídico pátrio contempla dilações de prazo, apenas nos artigos 403, 798, § 4º, e 800, § 3º, todos do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 403. A demora determinada por doença do réu ou do defensor, ou outro motivo de força maior, não será computada nos prazos fixados no art. 401. No caso de enfermidade do réu, o juiz poderá transportar-se ao local onde ele se encontrar, aí procedendo à instrução. No caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato, na forma do art. 265, parágrafo único.

³⁸⁹ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

³⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal*, p. 3-55.

³⁹¹ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, vol. IX, p. 99.

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr.

§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

a) da intimação;

b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;

c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

- Vide CPP artigo 581, IV e XIII

I - de 10 (dez) dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

II - de 5 (cinco) dias, se for interlocutória simples;

III - de 1 (um) dia, se se tratar de despacho de expediente.

§ 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.

§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5º).

§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

§ 4º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799.

Como se vê, a previsão do art. 800, § 3º da lei processual apenas se refere aos atos decisórios, cujos prazos poderão ser prorrogados por igual tempo. Convém recordar, todavia, que na construção jurisprudencial do prazo global de 81 dias, positivada pela lei 9.034/95, já se computou em dobro o interregno destinado à sentença, como se o juiz tivesse, *a priori*, um motivo justo para excedê-lo. Assim, já considerada a dilatação prevista, não pode mais ser invocado como justificativa.

O art. 403 do Código de Processo Penal, por sua vez, prevê restritas hipóteses de dilatação do prazo do art. 401 da lei processual, reduzindo ainda mais as possibilidades de discricionárias dilatações. Nesse sentido a interpretação de Tourinho Filho:

[...] se ocorrer um dos motivos citados no art. 403, a demora por eles provocada não será computada no prazo. É preciso, contudo, que o motivo seja sério e grave. Observe-se que o legislador encontrou até solução na hipótese de enfermidade do réu e de seu defensor. É a demonstração de que aqueles prazos somente poderão ser excedidos em casos excepcionais.³⁹²

Já o impedimento do juiz, força maior ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária (art. 798, § 4º, do Código de Processo Penal) dirigem-se a todos os demais atos processuais (exceto aqueles com previsão específica nos artigos 403 e 800, § 3º, do Código de Processo Penal).

No entanto, não é qualquer dificuldade para o desenvolvimento do processo, ou da pretensão punitiva, que pode ser arbitrariamente “encaixada” em uma daquelas hipóteses em que não correrão os prazos.

A nosso ver, o impedimento do juiz capaz de justificar a abstenção de contagem do prazo é aquela fincada em força maior, portanto, tal hipótese se dilui naquela do art. 800, § 3º, do Código de Processo Penal, no que se refere aos atos decisórios, e na força maior, em relação aos demais atos. Assim, a dilação do prazo com base no impedimento do magistrado é de ser excepcional, inesperado, e, no dizer de Espínola Filho, “não quando o juiz falta, pois, outro há que despacha, nos seus impedimentos ocasionais.”³⁹³

De fato, se o impedimento do juiz ocorre nas hipóteses legais (art. 252 e seguintes do Código de Processo Penal), não há que se penalizar o acusado porque o Estado não dispõe de recursos adequados para o desenvolvimento de sua função jurisdicional, já que, sendo previstas, deveria disponibilizar outro para manter a regularidade do processo.

Igualmente, – força maior – não é qualquer empecilho como, por exemplo,

³⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

³⁹³ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, p. 106.

a pluralidade de réus ou necessidade de expedição de cartas precatórias, mas “superveniência de acontecimentos que não se pode evitar, por ser superior às forças naturais e prevenções dos homens”,³⁹⁴ portanto, algo extremamente grave e imprevisível, e não mera prática processual prevista em lei, ainda que de acentuada dificuldade.

Por fim, não é qualquer atividade defensiva que deve ser desconsiderada para efeito da contagem do prazo para o encerramento da instrução criminal, mas aquela maliciosa, as chicanas deliberadas ao tumulto processual tendente ao benefício do excesso. No dizer de Espínola Filho, “o obstáculo oposto pela parte contrária, quase sempre envolve expedientes reprováveis, com o fim de prejudicar a outrem em benefício próprio, ou decorre de pedidos ou recursos inadmissíveis, mal aconselhados pelo erro.”³⁹⁵ Já se decidiu nesse sentido:

No cômputo dos oitenta e um dias proporcionados à conclusão da instrução, há de ser irrelevante, tão-somente, o ato instrutório retardado por culpa exclusiva e intencional da defesa, aquele procrastinado por meio de expediente propositadamente voltado à demora como artifício tendente à revogação da prisão. Os demais, sim, neles se incluem, sejam de acusação ou de defesa (TACRIM-SP, HC, Rel. Canguçu de Almeida – JUTACRIM-SP 92/130).³⁹⁶

A defesa não pode se beneficiar de sua própria vileza, contudo não é o exercício regular do direito constitucional de requerer diligências probatórias (ouvida de testemunhas, perícias, etc.) que determinarão a justificada delonga, pois, o Estado Democrático de Direito não comporta a noção de processo de uma só parte, portanto, incumbindo ao Estado realizar em tempo hábil as diligências legais requeridas pela defesa.

³⁹⁴ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, p. 106.

³⁹⁵ *Idem*.

³⁹⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 729.

É de se mencionar que a súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicada somente neste sentido, rechaçando o constrangimento ilegal apenas nos casos em que o excesso de prazo na instrução é provocado pela defesa, mediante atitude mesquinha de provocação deliberada ao excesso para o próprio benefício.

Do contrário, deixar de levar em conta o atraso decorrente de diligência requerida pela defesa, apenas porque a mesma repercutiria em seu benefício, é flagrante ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, na medida em que inibe a defesa combativa em prol dos interesses do acusado, numa espécie de “chantagem processual.”³⁹⁷

Em suma, as únicas justificativas aceitáveis para a dilação dos prazos legais são aquelas apontadas no art. 403 (“doença do réu ou do seu defensor, ou outro motivo de força maior”), que somente podem prorrogar o prazo para a ouvida das testemunhas; e os do art. 798, § 4º (“impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo oposto pela parte contrária”), sempre mediante a aferição da razoabilidade da hipótese legal ao caso concreto.

De fato, nestas circunstâncias – e somente nestas – é que o órgão jurisdicional pode – e não só pode como deve – invocar o princípio da razoabilidade para aferir se, no caso em concreto, é razoável a dilatação do prazo para a realização de determinados atos processuais, eis que importa em restrição aos direitos fundamentais do acusado.

É nesse sentido que o princípio da razoabilidade deve cumprir sua missão que “protege o cidadão contra os excessos muitas vezes praticados pelo Estado e serve como meio de defesa dos direitos e das liberdades constitucionais”³⁹⁸ vigiando

³⁹⁷ BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*, p. 112.

³⁹⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*, p. 65.

se, ainda que a lei permita a dilação, o órgão estatal não está malferindo o direito a julgamento em prazo razoável e sem dilações indevidas. Em outras palavras: o critério da razoabilidade verifica no caso em concreto se a dilação legal é, também, devida. Nesse sentido, bom exemplo é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento recente de Habeas Corpus, que submete a ocorrência de força maior em decorrência da enfermidade do magistrado ao princípio da razoabilidade:

De fato, do andamento processual extraído do sítio do Tribunal de Justiça de Pernambuco na Internet, extrai-se que, somente até a inquirição das testemunhas de acusação o paciente esteve preso por mais de 6 meses. Certo, como motivos para o retardamento, noticia-se 1) a inquirição das testemunhas de defesa; 2) o recesso forense; 3) bem como a enfermidade do Magistrado que conduz o processo. Ocorre que, no caso, nenhum deles justifica o inequívoco excesso de prazo. Com efeito, o primeiro sequer poderia ser invocado, dado que o eventual retardamento na inquirição das testemunhas de defesa é fato posterior à inquirição das de acusação, que se estendeu por mais de 6 meses. Já o recesso forense não impede, no processo penal, a prática de atos processuais, sobretudo quando o réu estiver preso. Quanto à enfermidade do Magistrado, ainda que válida sua invocação, pressupõe um mínimo de razoabilidade, o que não ocorreu. De outro lado, ainda que tais motivos não sejam atribuíveis ao Judiciário e ao Ministério Público, também não o são à defesa. Este o quadro, conheço em parte o hábeas corpus e, nesta parte, o defiro, para conceder liberdade provisória ao paciente: é o meu voto.(STF, HC 84.408-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26/10/2004).

Não obstante, ainda que ocorra alguma das circunstâncias legais que autorizam ao órgão jurisdicional a dilação do prazo, e tal seja devida, não é de se cogitar a sua interrupção e, se já iniciado, seja recomeçado, pois, “o razoável é descontar, nele, os dias em que se verificou o impedimento da sua utilização.”³⁹⁹

Daí se infere que mesmo presente alguma circunstância extraordinária que autorize a dilatação desses prazos, o excesso daqueles 81 dias contidos na lei 9.034/95 somente se justifica nos limites do desconto do impedimento legal, desde que observada a razoabilidade da dilação, sem que jamais se permita o “(ir)razoável excesso” por tempo indeterminado, ao alvedrio judicial.

³⁹⁹ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, p. 107.

Na verdade, caso considere estreito o prazo contido na lei 9.034/95 (o que não é, considerado o tempo subjetivo do preso), o ente estatal deve proceder de *lege ferenda*, editando lei que estabeleça prazos de duração máxima para o processo e a prisão sem condenação, regulando, inclusive, o tempo para encerramento do procedimento bifásico do Tribunal do Júri, pois, a (de)mora processual constitui clara restrição a direitos fundamentais.

Não obstante, vislumbrando a legislação em vigor, esta deve ser rigorosamente cumprida, não cabendo ao poder jurisdicional violar seus preceitos por utilitarismo punitivo, sob pena de grave violação dos direitos humanos.

Aliás, na condição de firmatário do Pacto de São José da Costa Rica, o Brasil é passível, inclusive, de ser demandado junto à Corte Americana de Direitos Humanos, depois de vencidas todas as vias recursais internas, para que seja observado o direito fundamental de seus cidadãos a julgamento no prazo legal e razoável, sem dilações indevidas.

A propósito, como a dogmática jurídica reivindica a racionalidade das leis, não se concebe que as presuma irrazoáveis, ou admita que o poder jurisdicional possa romper os limites legais, sem que a própria lei autorize a dilatação.

Na medida em que o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e liberdades básicas que fundamentam o Estado Democrático de Direito decorrem de conquistas populares históricas, os atores jurídicos⁴⁰⁰ pós-modernos, devem comprometer-se para que as promessas de uma sociedade em que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”,⁴⁰¹ gravadas em múltiplos documentos internacionais de direitos humanos, não permaneçam

⁴⁰⁰ Alexandre Morais da Rosa justifica o emprego do termo – ator jurídico -, na pressuposição da consciência da participação no fundo dos fatos pelo intérprete, enquanto o termo – operador jurídico – favorece a objetivação e o distanciamento (ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?*, p. 39).

⁴⁰¹ Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

adormecidas num pedaço de papel, na metáfora de Lassale.⁴⁰² Aliás, no dizer de Norberto Bobbio,

[...]não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁴⁰³

“Que época triste essa nossa”,⁴⁰⁴ lamenta Aury Lopes Junior pelas palavras de Einstein, em que é tão duro quebrar um preconceito. E, salvo gloriosas exceções, é igualmente triste – e incrível – o repúdio aos direitos humanos e garantias fundamentais, quase uma heresia, mantida distante dos corredores forenses.

Nesse quadro, vale lembrar o protesto irônico de Monteiro Lobato, jogado na prisão pela ditadura do Estado Novo, afirmando que o mal da justiça humana “está na falta de uma lei que vou fazer quando for ditador: (...)”⁴⁰⁵ Para nós, tamanho poder, por um minuto só seria suficiente para decretar impiedosamente: - *é obrigatório o estrito cumprimento à Constituição da República e documentos internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja firmatário* -.

Todavia, é preciso manter as esperanças na constitucionalização efetiva do processo penal, pois, é sempre bom lembrar com Capella que “basta imaginar una historia en la que faltaran quienes han luchado y luchan por materializar todas esas esperanzas para comprender que el mundo no es muchísimo peor gracias a ellos.”⁴⁰⁶

⁴⁰² LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

⁴⁰³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 25.

⁴⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 45.

⁴⁰⁵ SODRE, Roberto de Abreu. *No espelho do tempo: meio século de política*. São Paulo: Best Seller, 1995, p. 51

⁴⁰⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta proibida*, p. 161.

Igualmente, ao consenso extorquido⁴⁰⁷ é preferível uma voz mal ouvida, ou mal querida, pois, na constatação de Warat, “poder reconhecer-se o direito de pensar implica renunciar a encontrar na cena da realidade uma voz que garantisse o verdadeiro, pressupõe a luta pelas certezas perdidas.”⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ STRECK, Luiz Lênio. *Hermenêutica e(m) crise*, p. 221.

⁴⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 57.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988, fundada na dignidade da pessoa humana e com opção pelo Estado Democrático de Direito supõe a constitucionalização do processo penal, que deve assumir a função de instrumento garantidor das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nessa perspectiva, a prisão cautelar deve ser vislumbrada em perene conflito com o princípio constitucional da presunção de inocência, merecendo guarida apenas em situações excepcionalíssimas, de cunho jurisdicional, com observância das garantias ínsitas ao devido processo legal e subordinação aos parâmetros da legalidade estrita. Aliás, nesse momento em que até mesmo as penas privativas de liberdade debatem-se em profunda crise de legitimidade, desencadeando a busca de alternativas, é de se rechaçar por completo a banalização da prisão sem demonstração efetiva de culpa, inclusive, com o fomento da aplicação de medidas menos gravosas destinadas à tutela do processo.

Em que pese sua inspiração autoritária, o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu limites temporais peremptórios para a prática dos atos processuais, mormente quando o acusado encontra-se submetido a prisão cautelar, de modo que o excedimento de qualquer deles enseja constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*. No entanto, na contramão dos avanços democráticos, as agências estatais passaram a descumprir tais marcos temporais, inicialmente contados isoladamente, depois pela somatória dos mesmos, até que, por fim, mediante o chamado critério da razoabilidade.

Com o advento da lei 9.034/95, aquele mesmo prazo de 81 dias aquilatado pela jurisprudência foi consagrado para o término da instrução criminal

nos crimes praticados por organizações criminosas, portanto, estendendo-se aos demais crimes, em razão dos princípios regentes do processo penal. Não cabe dúvidas, assim, que o ordenamento jurídico pátrio estabelece prazos para a prisão cautelar, tanto para cada ato isolado, quanto para o encerramento da instrução criminal, compreendida esta desde o inquérito policial até o julgamento em primeira instância, já que a chamada construção jurisprudencial que cunhou a contagem global acolhida pela lei, menciona expressamente ser esta sua extensão.

No entanto, ainda que o direito a ser julgado em prazo razoável e sem dilatações indevidas seja contemplado em documentos internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, com recente guarida constitucional, os prazos da lei passaram a ser figurativos, já que o órgão jurisdicional se concedeu o direito de aferir seu próprio excesso, mesmo na ausência de permissivo legal, cuja tarefa é por demais favorecida pela manipulação retórica da linguagem.

No mais das vezes, pelo chamado – critério da razoabilidade –, de forma indiscriminada, lança-se mão do direito a ser julgado em prazo razoável, princípio da razoabilidade e lógica do razoável e, sob os mais variados pretextos, é conclamado razoável o excesso de prazo sem o devido suporte legal e empírico, inclusive, pervertendo princípios garantidores de direitos fundamentais para justificar a desídia estatal em nome do interesse público.

Contudo, o direito a ser julgado em prazo razoável – que é um direito do cidadão – não derroga a lei (racional e razoável) que fixa limites temporais para que o ente estatal cumpra seus atos, portanto, sob hipótese alguma pode ser fundamento do excesso.

Do mesmo modo, a lógica do razoável e do humano – é do humano, não do Estado -, constituindo-se em método interpretativo cabível apenas em *bonam*

partem, face o princípio da legalidade, não servindo como arma estatal para justificar sua inoperância. Além disso, tal método é incompatível com a quantificação de medidas físicas ou expressões de tipo matemático.

Por fim, o princípio da razoabilidade, também conhecido como princípio da vedação do excesso, não pode ser pervertido em princípio da justificação do excesso. Ademais, a aplicação do princípio deve se submeter a seus pressupostos e requisitos, dentre os quais, encontra-se a exigência de legalidade, logo, não serve aos fins estatais de imposição de sua pretensão, elevada a relevante interesse público, para manter o cidadão presumido inocente indefinidamente no cárcere.

Aliás, a decisão que serve de paradigma para o critério da razoabilidade, aduzindo a necessidade de interpretar modernamente a lei velha, já que a dificuldade de investigação e instrução criminal ocasionada pelo crescimento populacional enseja a superação da contagem aritmética dos prazos, labora em completa dissonância com a realidade científica-histórica-jurídica, pois, o que se almeja é uma interpretação pós-moderna da lei velha, ou seja: levando-se em consideração os espetaculares avanços tecnológicos e o tempo subjetivo do acusado, bem como as profundas transformações trazidas com a nova ordem constitucional.

Na medida em que a dilação indevida do prazo legal constitui ofensa a direitos e garantias constitucionais, ensejando a carência de efetividade do processo penal em completa incoerência com o próprio escopo da jurisdição face a negação do acesso à justiça, não há que se permitir a dilatação dos prazos da lei, exceto naquelas hipóteses que a própria legislação permite, já que *nulla coactio sine lege*. Aliás, somente nestas hipóteses legais (art. 403 e 798, § 4º, do Código de Processo Penal), é que o magistrado, mediante o critério da razoabilidade, deve verificar no

caso em concreto se a dilação legal é, também, devida, para, sendo necessário, vedar o excesso.

A legislação em vigor deve ser rigorosamente obedecida, sem comportar exceções judiciais não legalizadas, pois, se o ente estatal considerar estreitos os prazos fixados, deve proceder de *lege ferenda*, estabelecendo marcos temporais para a prática de seus atos, já que todo o cidadão tem o direito de saber de antemão qual o prazo pode durar a prisão cautelar, sob pena de ofensa aos direitos humanos, passível de reclamação nos órgãos internacionais de proteção.

Enfim, para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais há que se pagar o preço da democracia, respeitando as regras do jogo, para que as promessas da civilidade não sejam qual promessas de amor, como diria o mais poeta dos juristas, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, abril, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. O acesso à justiça por uma perspectiva crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 17, ano V, p. 135/145, 2005.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, 1998.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 99-127, 1999.

BARATTA Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trad. Ana Lúcia Sabadell. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 5, 1994.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais-cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 23, p. 65-78, 1998.

_____. Princípio da proporcionalidade. *Revista Forense*. v. 336, p. 124-136, 1990.

_____. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. . Artigo publicado na Internet, no site: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm> - acessado em: 03.08.2005.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. de Oliveira. 6ª ed. São Paulo: Atena, 1959.

BECK, Rafael Francis. Apontamentos críticos sobre a Prisão Provisória no Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 04, ano I, p. 79/93, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veinteuno, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. *A falência da pena de prisão, causas e alternativas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLA, Juan Ramon. *Fruta prohibida*. Madrid: Ed. Trota, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabri, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal*. vol. I Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch Casa Editorial, 1950.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 14, p. 122/130, 2004.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CASTRO, Elcio Pinheiro de. Prisão Cautelar versus Princípio Constitucional da Inocência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 13, ano III, p. 72-76, 2004.

CERQUEIRA, Josemar Dias. *Dosimetria da pena: história e direito comparado*. suporte@prolink.inf.br acesso em 06 de setembro de 2005, 16:00 hs.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2002.

CHOUKR, Fausi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA JUNIOR, Dirceu Aguiar Dias da. A pena de morte e a consciência jurídica internacional-proposta de plebiscito no Brasil *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano I, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COGO, Sandra Negri. O mito da verdade material em tempos pós-modernos (uma abordagem a partir da ética weberiana). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. In: _____(coord). *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais, in WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 139-147, 2002.

DALABRIDA, Sidney Eloi. *Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavoretti. Campinas: Bookseller, vol. IX, 2000.

FAGGIONI, Luiz Roberto. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 41, p. 125-151, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito Processual Penal*, 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16ª ed. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. 2, ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

GUERRA, Sérgio. O princípio da Proporcionalidade na Pós-Modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 de junho de 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. Trad. Editorial Revista de Estudos Criminais, *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 08, ano II, p. 54, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Editora Saraiva, 1981.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LEITE, Flamarion Tavares. Cibernética, direito, ciberespaço. Ciberdireito? Entrevistas, ano 5, nº 50, 2001, entrevista publicada na internet no site <http://www.datavenia.net/entrevistas/00001092001.htm> acesso em 14 de julho de 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. Breves Considerações sobre o Requisito e o Fundamento das Prisões Cautelares. *Boletim do ITEC-Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. Porto Alegre, nº 5, p. 14-17, ago. 2000.

_____. *Crimes Hediondos e Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar*, in BONATO, Gilson (Org.) *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Penitenciariismo en el Mercosur*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998

_____. *O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2000.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo & Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, vol. I, 1996.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I e II. 2ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição, Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrine. *Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 04, p. 114-125, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 24ª ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Leonora Azevedo de; MORETTO, Rodrigo. A prisão sob o prisma do tempo: um retrocesso ao futuro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 11, p. 138/147, 2003.

OLIVEIRA, Luiz Carlos de. Do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal e a obrigatória revogação da custódia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2009>>. Acesso em: 14 jul. 2006.

PASSOS, Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Manole, 2002.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988*. Artigo publicado na Internet, no site: www.ibccrim.org.br, acesso em 11.09.2000.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003

RANGEL DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1990.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade* Artigo publicado na Internet, no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>. Acesso em 20 de agosto de 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito*. Florianópolis: habitus, 2003.

ROSA, Eliezer. *Dicionário de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. José Souza e Brito. Lisboa: Vega, 1986.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Ed. Nota Dez, nº 10, p. 113-119, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICHES, Luís Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

_____. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2001.

SIRVINKAS, Luis Paulo. Ainda sobre a aplicabilidade da lei dos juizados especiais criminais federais na esfera estadual. *Revista Jurídica*. vol. 295, p. 81-94, maio, 2002.

SODRE, Roberto de Abreu. *No espelho do tempo: meio século de política*. São Paulo: Best Seller, 1995.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Artigo publicado na Internet, no site: http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatrz.html - acessado em: 03.08.2005.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. *Revista dos Tribunais*, v. 801, p. 423-428, julho, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Curso de Processo Penal*. vol. II. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. I e II, 1999.

_____. *Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. IV, 1992.

_____. Da Prisão e da Liberdade Provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 7, p. 73, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)