



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO**

TIAGO OLIVEIRA DE CASTILHOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL PELO
DESCUMPRIMENTO DO PRAZO RAZOÁVEL:
UMA PROPOSTA À LUZ DO TRATADO DE ASSUNÇÃO**

Porto Alegre
2012

Catálogo na Fonte

C352i Castilhos, Tiago Oliveira de

A inconstitucionalidade da prisão processual pelo descumprimento do prazo razoável: uma proposta à luz do Tratado de Assunção / Tiago de Oliveira Castilhos. – Porto Alegre, 2012.

161 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação em Ciências Criminais, Área de Concentração, Sistema Penal e Violência PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila
Pozzebon.

1. Direito Processual Penal. 2. Direitos Fundamentais. 3. Tratado de Assunção. 4. Prisão. 5. Prazos (Direito Processual Penal). I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila. II. Título.

CDD 341.4326

Bibliotecária Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto

CRB 10/1204

TIAGO OLIVEIRA DE CASTILHOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL PELO
DESCUMPRIMENTO DO PRAZO RAZOÁVEL:
UMA PROPOSTA À LUZ DO TRATADO DE ASSUNÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre
2012

TIAGO OLIVEIRA DE CASTILHOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL PELO
DESCUMPRIMENTO DO PRAZO RAZOÁVEL:
UMA PROPOSTA À LUZ DO TRATADO DE ASSUNÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Aprovado pela Banca em _____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

RESUMO

Este trabalho do Curso de Mestrado em Ciências Criminais, vinculado à Área de Concentração Sistema Penal e Violência e à Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, tem por finalidade estudar a inconstitucionalidade do excesso de prazo na prisão processual. Parte da crise do paradigma moderno, passando pelas diversas formas de percepção do tempo. Além disso, estuda as possíveis contribuições da jurisprudência e do Tratado Assunção para a elaboração de uma proposta sobre o que possa ser considerado razoável em se tratando da duração de uma prisão preventiva e do tempo a ser fixado para o reexame da necessidade de sua manutenção e das medidas cautelares diversas. O método de pesquisa aplicado é o hipotético dedutivo, com origem na análise da doutrina da jurisprudência. Esta pesquisa busca analisar a situação da prisão cautelar, conciliada com a necessidade da proposição de um prazo razoável tanto no processo como na prisão preventiva, com ênfase nesta última, mediante um apanhado histórico da inclusão da razoável duração do processo no ordenamento interno e da essencial aplicação dos direitos fundamentais no processo penal. Realiza-se o exame de dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, relativos à quantidade de presos existentes no Brasil, de modo a demonstrar o índice de encarceramentos provisórios no sistema e a relevância da fixação desse prazo razoável. Quanto ao desenvolvimento do presente trabalho, inicia-se por descrever a tensão existente em matéria de prisão cautelar, prazo razoável e efetiva aplicação dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal brasileira. Nessa trajetória, passa-se pela importância de questionar a percepção de tempo na sociedade moderna, de matriz newtoniana, com seus reflexos no direito, no processo e na prisão preventiva. Antes de finalizar, faz-se uma análise comparativa da razoável duração do processo e da prisão processual nos países integrantes do MERCOSUL, buscando-se possíveis contribuições desses países para o direito pátrio. Ao final, após a realização da análise, tenta-se avaliar se a prisão preventiva, como é praticada hoje, é constitucional ou passa a ser inconstitucional pelo excesso de prazo em sua aplicação. Assim, propõe-se a fixação de um tempo a ser considerado razoável tanto para a duração da prisão preventiva como para o (re)exame de sua necessidade.

Palavras-chave: Prisão Processual. Prazo Razoável. Tempo. Processo Penal. Direitos Fundamentais. Tratado de Assunção.

RESUMEN

Este trabajo del Curso de la Maestría en Ciencias Criminales, vinculado al Área de Concentración al Sistema Penal y Violencia y a la Línea de Investigación Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos, tiene por finalidad estudiar la inconstitucionalidad del exceso de plazo en la prisión procesual. Parte de la crisis del paradigma moderno, pasando por las diversas formas de percepción del tiempo. Además de eso, estudia las posibles contribuciones de la jurisprudencia y del Tratado Asunción para la elaboración de una propuesta sobre lo que pueda ser considerado razonable tratándose de la duración de una prisión preventiva y del tiempo a ser fijado para el reexamen de la necesidad de su mantención y de las medidas cautelares diversas. El método de investigación aplicado es el hipotético deductivo, con origen en el análisis de la doctrina de la jurisprudencia. Esta investigación busca analizar la situación de la prisión cautelar, conciliada con la necesidad de la proposición de un plazo razonable tanto en el proceso como en la prisión preventiva, con énfasis en esta última, mediante un conjunto histórico de la inclusión de la razonable duración del proceso en el ordenamiento interno y de la esencial aplicación de los derechos fundamentales en el proceso penal. Se realiza el examen de datos dados por el Ministerio de Justicia, relativos a la cantidad de presos existentes en Brasil, de modo de demostrar el índice de encarcelamientos provisorios en el sistema y la relevancia de la fijación de ese plazo razonable. En cuanto al desarrollo del presente trabajo, se inicia por describir la tensión existente en materia de prisión cautelar, plazo razonable y efectiva aplicación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Federal brasileña. En esa trayectoria, se pasa por la importancia de cuestionar la percepción del tiempo en la sociedad moderna, de matriz newtoniana, con sus reflejos en el derecho, en el proceso y en la prisión preventiva. Antes de finalizar, se hace un análisis comparativo de la razonable duración del proceso y de la prisión procesual en los países integrantes del MERCOSUL, buscándose posibles contribuciones de esos países para el derecho patrio. Al final, después de la realización del análisis, se intenta evaluar si la prisión preventiva, como es practicada hoy, es constitucional o pasa a ser inconstitucional por el exceso de plazo en su aplicación. Así, se propone la fijación de un tiempo a ser considerado razonable tanto para la duración de la prisión preventiva como para el (re)examen de su necesidad.

Palabras-clave: Prisión Procesual. Plazo Razonable. Tiempo. Proceso Penal. Derechos Fundamentales. Tratado de Asunción.

ABSTRACT

This paper of the Masters Course in Criminal Sciences, bound the area of concentration System and criminal violence and the line of research systems Legal and Criminal contemporaries, are aimed at studying the unconstitutionality of the excess of term in prison procedural. Part of the crisis of modern paradigm, passing by the various forms of time perception. In addition, studies the possible contributions of jurisprudence and the Treaty assumption for the preparation of a proposal on what can be considered reasonable in regard to the duration of a preventive detention and the time to be set for the review of the need for its maintenance and precautionary measures various. The research method applied is the hypothetical deductive, with origin in the analysis of the doctrine of jurisprudence. This research seeks to analyze the situation of imprisonment precaution, reconciled with the need of the proposition of a reasonable time both in the process as well as in preventive detention, with emphasis on the latter, through a historical overview of the inclusion of reasonable duration of the process in planning internal and essential application of fundamental rights in the criminal process. The examination of data provided by the Ministry of Justice, relating to the quantity of prisoners exist in Brazil, in order to show the rate of imprisonment in provisional system and the relevance of fixing that reasonable time. As for the development of this work, starts by describing the tension that exists in the field of prison precaution, reasonable and effective application of the fundamental rights guaranteed by the Brazilian Federal Constitution. On this path, it passes by the importance of questioning the perception of time in modern society, matrix of newton, with their reflections on the right, in the proceedings and in preventive detention. Before it finishes, it is a comparative analysis of reasonable duration of the process and the procedural prison in countries members of MERCOSUR, searching for possible contributions from these countries to the right parental rights. In the end, after the completion of the analysis, one tries to assess whether the preventive detention, as practiced today, and constitutional or passes to be unconstitutional by the excess of term in its application. Thus, it is proposed that the fixing of a time to be considered reasonable for both the duration of preventive detention as for the (re)examination of its necessity.

Keywords: Procedural Prison. Reasonable time. Time. Criminal Procedure. Fundamental Rights. Treaty of Asuncion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 PRISÃO CAUTELAR E PRAZO RAZOÁVEL: A FORÇA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.1 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA PRISÃO: A INSERÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
2.2 A PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: DIFERENÇAS DOGMÁTICAS E UMA CRISE COMUM ENTRE PRISÃO PENA E PRISÃO SEM PENA	40
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRAZO RAZOÁVEL NAS PRISÕES PROCESSUAIS	52
2.4 AS PRISÕES PROCESSUAIS E SUA (IN)ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DE UM CRITÉRIO JURÍDICO PENAL MÍNIMO DE RAZOABILIDADE	55
2.5 A ESTATÍSTICA SOBRE A APLICAÇÃO DAS PRISÕES PROCESSUAIS NO BRASIL	63
2.6 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O DESCUMPRIMENTO DO PRAZO RAZOÁVEL EM RELAÇÃO ÀS PRISÕES PROCESSUAIS	70
3 PRISÃO PROCESSUAL: TEMPO E PERCEPÇÃO	80
3.1 CONHECIMENTO MODERNO E TEMPO	86
3.2 TEMPO LINEAR: A QUEBRA DO PARADIGMA NEWTONIANO	93
3.3 A PERCEPÇÃO DO TEMPO NO DIREITO, NO PROCESSO E NA PRISÃO	103
4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DAS PRISÕES PROCESSUAIS NOS PAÍSES SIGNATÁRIOS DO TRATADO DE ASSUNÇÃO	116
4.1 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, O BRASIL E O PRAZO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL: DA INÉRCIA BRASILEIRA AO PIONEIRISMO PARAGUAIO	117
4.2 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DAS PRISÕES PROCESSUAIS NA ARGENTINA:	

AVANÇO EM RELAÇÃO AO BRASIL	128
4.3 O PRAZO RAZOÁVEL NA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY: O DECRETO LEY 15.738 DE 18 DE AGOSTO DE 1998	135
4.4 A POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DOS PAÍSES DO MERCOSUL QUANTO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	138
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
REFERÊNCIAS	152
ANEXO – Total Populacional no Sistema Penitenciário Brasileiro 2005/2010	160

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca trazer elementos para o aprofundamento da discussão acadêmica sobre a constitucionalidade do tempo razoável na aplicação das prisões processuais. O foco principal é a prisão preventiva, analisada a partir de uma visão interdisciplinar sobre o tempo e das possíveis contribuições do direito comparado, no caso, as oriundas dos modelos adotados pelos países signatários do Tratado de Assunção – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai –, cuja realidade, em muitos aspectos, confunde-se com a brasileira.

O destaque na prisão preventiva justifica-se pelo fato de a sua adoção e a presença de seu requisito ser a regra nos casos de cerceamento de liberdade anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com a ressalva da prisão temporária, aplicada de forma não usual, que se presta a assegurar a investigação criminal. Ou seja, paradoxalmente, no Brasil, prende-se primeiro para depois investigar, sem que se verifique se é necessária a segregação prévia.

A área de concentração “Sistema Penal e Violência” está presente em razão do enfoque na prisão. Já a linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos” é adequada à análise tanto das regras processuais penais correspondentes estabelecidas na lei brasileira e nas dos países signatários do Tratado de Assunção, como também, com especial ênfase, ao exame dos dispositivos garantidores de direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB. Verifica-se que a Constituição é afetada quando há imposição desse cerceamento da liberdade a título precário, sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Em vez disso, nesse momento processual, o acusado deveria estar protegido pelo manto do estado de inocência e do devido processo legal.

No segundo capítulo deste trabalho, demonstrar-se-á, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o entendimento predominante no Brasil, sobre o prazo razoável das prisões processuais. Serão analisadas, com o devido enfoque constitucional,¹ as hipóteses em que se entende configurado o excesso de prazo e

¹ SANTOS, 2008, pp. 11 a 13. A inconstitucionalidade na aplicação da prisão cautelar no sentido da agressão aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade da medida dá-se ao ponto de ocorrerem casos de aplicação da prisão cautelar por tempo suficiente para o cumprimento de uma pena em abstrato na sua totalidade em regime fechado, o que traz um grande desequilíbrio entre a execução da pena daquele que fora condenado por sentença penal

verificados os argumentos adotados para tanto, uma vez que a matéria não está expressa em lei no ordenamento jurídico interno brasileiro. Ou seja, neste capítulo, a relação entre prisão cautelar, prazo razoável e direitos fundamentais merecerá, também, um exame mais acurado.²

Destaca-se que o Projeto de Lei n.º 156/2009, em tramitação no Congresso Nacional, encaminha-se no sentido de estipular para a prisão preventiva um prazo máximo razoável de duração, fazendo com que a matéria tenha, novamente, importância no cenário jurídico nacional. Todavia, por ocasião da alteração do Código de Processo Penal vigente, com a Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, o legislador teve a oportunidade de expressar-se nesse sentido e assim não procedeu, revelando, com tal omissão, de certa forma, as incertezas que pairam sobre o tema.

Mas adotando medidas cautelares diversas da prisão processual, a nova lei trouxe indiscutível avanço. Ela deixou de lado a análise do tempo de duração da prisão preventiva, bem como o tempo de duração das medidas cautelares diversas da prisão. E entende-se que essas deveriam ter recebido a estipulação de um tempo de duração, pois também devem ser reconhecidas como medidas de coerção à liberdade do indivíduo, mesmo não sendo de encarceramento.

A importância da determinação de um prazo máximo para a (re)análise da necessidade³ de permanência da aplicação das medidas cautelares deve-se ao fato de serem precários os seus requisitos. Eles podem deixar de existir a qualquer momento, sendo, portanto, lamentável a não estipulação de um prazo em lei.

Enfim, em matéria de definição de um tempo razoável de duração da prisão preventiva e das medidas cautelares diversas da prisão, esquivou-se o legislador ao omiti-lo. Deixou o estabelecimento da razoável duração da prisão preventiva e das medidas diversas da prisão a cargo e arbítrio do juízo, que as aplicará a seu bel prazer, tendo em vista a complexidade da percepção de tempo, rica em subjetivismo. Resta aguardar o desfecho do Projeto de Lei do Senado Federal n.º 156, de 2009 – o PLS 156 –, que, pelo que será apresentado, também não é

com trânsito em julgado e a daquele que cumpre a cautelar sob o manto da presunção de inocência.

² FLACH, 2000, pp. 20-21. As prisões processuais devem receber uma leitura constitucional que implique a proibição de lesar os direitos e garantias, reconhecendo “a Constituição como uma fonte de luz além de um espelho para a sociedade”.

³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 616 e 617. A prisão preventiva deve passar por uma crítica análise de sua necessidade, precedentes do STF, Habeas Corpus 85.861/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21 de junho de 2005, Dj. de 26 de agosto de 2005.

satisfatório.⁴

É preciso considerar que, para a aplicação da prisão preventiva, deve o juiz adotar um critério mínimo do que seja razoável para a efetivação da medida. É importante que ele esteja atento à ideia de que a concepção linear de tempo levou à aceleração da vida contemporânea, a qual se depara com realidade distinta da do encarceramento. A ansiedade aumenta e a privação da liberdade torna-se ainda mais sentida como sofrimento inerente à ideia de tempo perdido ou não vivido.

Entende-se, dessa forma, que o tempo no cárcere não é equivalente ao tempo vivido em liberdade. Isso ocorre porque, nesse quadro caótico das prisões brasileiras, há todos os riscos inerentes à situação e, ainda, porque, nas prisões, há uma estagnação em relação ao acesso às tecnologias que crescem de forma exponencial a cada dia.

Em um mundo em crise,⁵ globalizado, da “telepresença” nas palavras de Virilio,⁶ da tecnologia,⁷ do imediato, do prazer, do descartável, não é mais crível a aceitação de uma concepção de tempo puramente do relógio, um tempo estático, um tempo de que pouco importa quanto leve, é apenas tempo.⁸

E esse sobrepeso decorrente da prisão antecipada, no caso de sua aplicação “preventiva”, contraria a própria ideia de tempo linear e de imprevisibilidade. O fato de se trabalhar com a mera presunção de que algo poderá se repetir, acentuado com a crise não só do encarceramento,⁹ conforme será demonstrado, como da própria razão moderna,¹⁰ torna ainda mais evidente a necessidade de se estabelecerem critérios mínimos voltados à definição de um tempo razoável, apesar de sua inegável complexidade que também se verifica na tentativa de aplicar a medida, usando-se como norte o princípio da razoabilidade. Esse, pelas definições doutrinárias, parece ser tão complexo quanto a própria percepção de tempo.

⁴ Disponível neste sítio: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp>.

⁵ POZZEBON, 2005, p. 12. A crise do conhecimento moderno diz respeito a uma fragilização da aplicação dos institutos do direito. Tal crise, por meio de conceitos de que esse direito faz uso, gerou a supervalorização de garantias processuais assentadas pela Constituição de 1988.

⁶ VIRILIO, 1993, p.13.

⁷ THUMS, 2006, p. 3. Explica o autor que a tecnologia, a evolução, propiciou desenvolvimento antes não visto, como, por exemplo, o tempo das comunicações no exato momento do acontecimento, em tempo real. Observa que há evolução crescente das ciências naturais, enquanto as ciências sociais ficam estagnadas, sem condições de acompanhar o futuro e os avanços tecnológicos.

⁸ MORETTO, 2005, p. 31. “Com a física do século XX, temos uma nova visão do mundo. O espaço-tempo, que fazia parte da imagem de nosso universo, perdeu seu poder para a luz-velocidade.”

⁹ BITENCOURT, 2004, p. 154 e ss.

¹⁰ POZZEBON. *In*: GAUER, 2008, p. 359. A sociedade em que vivemos está em crise, as instituições que compõem esta sociedade estão em crise, e a própria cultura está em crise.

Até o final deste trabalho, pretende-se ter respondido a estas perguntas: (a) para ser considerado razoável, qual deveria ser o tempo máximo de uma prisão preventiva? (b) após qual decurso de tempo deveria ser reexaminada a necessidade de manutenção da prisão preventiva pela presença do(s) seu(s) pressuposto(s) ensejador(es)? (c) e quando deveria ser (re)analisada a necessidade de medidas cautelares diversas à pena de prisão?

A partir das respostas que forem dadas a essas questões, será formulada, ao final, uma proposição, baseada na *práxis* dos Tribunais brasileiros, comparada ao que dispõe o texto constitucional e ao que é realizado pelos ordenamentos internos dos países integrantes do MERCOSUL. Procurar-se-á definir o que pode ser considerado como razoável para o tempo de duração de uma prisão preventiva e para o tempo a ser fixado para a (re)análise da necessidade de aplicação da prisão e da manutenção das medidas cautelares diversas.

No terceiro capítulo, será examinada a questão do tempo, levando-se em conta suas diferentes percepções e sua relação com o direito, o processo e a prisão, já que a discussão aqui proposta envolve o amplo conceito de razoabilidade, com toda a complexidade que encerra, ainda mais, em se tratando de tempo na prisão processual.

O acusado, ao contrário do que acontece a partir de uma visão social consumerista,¹¹ deveria gozar de garantias constitucionais consagradas na Carta Magna, inerentes à dignidade da pessoa humana, caso do direito à liberdade como regra, do estado de inocência e do devido processo legal que, convenientemente observados, deveriam levar, conforme as normas, ao processo penal.¹²

Sendo assim, este capítulo mostrará que há uma particularidade subjetiva na concepção e na percepção de tempo. Esses conceitos ficam a cargo daquele que julga, tentando relacionar a análise da medida coercitiva, que é objetiva, pois tem pressuposto e requisito, com o subjetivismo inerente à própria ideia de tempo.

A prisão preventiva usurpa o tempo em liberdade daquele que ainda está sendo acusado do cometimento de um crime, uma vez que tal coerção é antecipada

¹¹ ROSA & SILVEIRA FILHO, 2009, pp. 11-12. São punidos aqueles que não conseguem consumir, é o “[...] combate aos indesejados”. O autor constata a existência de uma simbolização ao (anti)estético, sendo aplicado o direito penal ao “[...] dito delinqüente [...]”, sendo este “[...] exposto como o avesso dos padrões adequados à sociedade de consumo (os não-consumidores ou consumidores falhos): [...].”

¹² MESSUTI, 2003, p. 17. Ver também: PASTOR, 2002, p. 439. Identificam o processo penal como pena.

ao seu julgamento definitivo, contrariando, inclusive, entendimento assentado pela Corte Americana de Direitos Humanos.¹³ Por seu turno, a aplicação da prisão preventiva também tem ocasionando um desequilíbrio ímpar no sistema penal brasileiro, em prejuízo do princípio constitucional da isonomia, já que há presos definitivos com direitos executórios penais, enquanto os presos preventivos, detentores em seu favor da presunção de inocência, não gozam de igual direito, ou seja, não recebem a progressão de regime, não podem ser anistiados, não podem receber o indulto como ocorre com aquele que está cumprindo a sua pena com sentença penal irrecorrível.¹⁴

No Brasil, não excepcionalmente, é melhor estar na condição de preso definitivo com pena transitada em julgado do que na condição de preso provisório, ainda não julgado, dito detentor da presunção de inocência.¹⁵ Há, portanto, ligação entre a concepção de tempo, baseada na razão, e a forma como se aplica a coerção, que também fica vinculada a essa ideia assentada na percepção desse tempo de exposição à coerção.

Abordadas a concepção e a percepção de tempo e da prisão processual num prazo razoável, no Brasil, no quarto capítulo, a análise versará sobre a possível contribuição legislativa dos países-membros do MERCOSUL, signatários do Tratado de Assunção – Brasil, Paraguai, Argentina e Uruguai –, no sentido de se procurar estabelecer um critério em relação à razoável duração da prisão processual.

O estudo possibilitará traçar um paralelo entre esses países e o modelo brasileiro, o que se justifica pela proximidade cultural e geográfica e, também, pela própria forma de se entenderem e aplicarem as medidas de coerção provisória antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Busca-se, então, a relação entre os institutos dos países-membros, observando-se a forma como aplicam a prisão preventiva, para estabelecer, assim, uma possível proposta de razoabilidade na administração da medida de coerção, pois eles também sofrem com a concepção de tempo calcada na razão moderna.

¹³ BOVINO y BIGLIANI, 2008, p. 21. A Corte entende como regra geral e como consequência do princípio de inocência que a pessoa que está sendo acusada deva permanecer em liberdade pelo período de duração do processo, como respeito a este próprio preceito, sendo aplicada a prisão preventiva quando ocorrerem algumas condições para que ela seja praticada, condições essas que serão exploradas no transcorrer do trabalho.

¹⁴ SANTOS, 2008, p. 12.

¹⁵ MORAES, Maurício. 2010, pp. 174, 175, 179, 188 e 189. Caráter de paradigma universal de direitos humanos com intuito de impedir atrocidades antes vistas nos regimes fascista e nazista, em âmbito interno, com a necessária inserção na Constituição de 1988, de “perfil humanitário”.

Verifica-se, ao final do capítulo, que a aplicação de um tempo razoável na prisão preventiva, com base no princípio da razoabilidade, torna-se tão complexo quanto a própria concepção de tempo estruturada sobre a razão moderna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar as nuances do processo penal quanto à razoável duração da prisão cautelar, com ênfase na prisão preventiva, considerando-a uma possível variante da razoável duração do processo, como estipulado na Constituição, em seu artigo 5.º, inciso LXXVIII. A abordagem ocorreu no sentido de aproximar a necessidade de se definir um tempo razoável para a duração da prisão preventiva da importância de se determinar um prazo máximo para a duração do processo penal.

Discorreu-se sobre a evolução da modernidade até os dias mais próximos, a partir da concepção do que se conhece ou do que se entende como moderno. Após, procurou-se relacionar a industrialização e o aumento da tecnologia com essa modernidade, chegando-se à crise do conhecimento científico baseado na razão.

Em tal abordagem, percebeu-se que essas alterações afetaram também a concepção de tempo e espaço, contribuindo para uma ânsia de imediatidade dos acontecimentos, ou seja, trazendo uma aceleração. Hoje, tem-se uma sensação de que tudo acontece em tempo real, independente de tempo e distância, com profundos reflexos na percepção de tempo.

Vive-se, portanto, na era dos acontecimentos conhecidos em tempo real, independente do local onde se está, pois tudo é transmitido de imediato, em decorrência da tecnologia. É a telepresença dos dias atuais colocando por terra alguns paradigmas da modernidade, como, por exemplo, o de que ninguém pode estar ao mesmo tempo em dois locais diferentes. Não é o que se percebe com o advento da tecnologia, com a telepresença, com a interatividade, com a virtualização: hoje é possível, sim, estar em vários lugares ao mesmo tempo. Pode-se estar num local, atendendo ao telefone e, ao mesmo tempo, conversar pelo Messenger com alguém que esteja no outro lado do mundo.

Essa reflexão e a demonstração de que o conhecimento moderno baseado na racionalidade está em crise leva ao entendimento de que a concepção que se tem, ou tinha, do tempo, fruto dessa racionalidade moderna, também está em crise. Sendo assim, a noção de tempo começa a entrar em colapso, o tempo do relógio não é mais o mesmo; na verdade, ele nunca foi o mesmo porque as horas de hoje

não são as mesmas horas de ontem, e as vinte e quatro horas de amanhã serão outras horas diversas das de hoje.

O tempo do relógio está em crise, sofre com a subjetividade de cada ser humano, pois cada um sente, concebe o tempo vivido, de forma diferente. E essa diferença, cada vez mais, é realçada pela tecnologia, uma vez que cada ser humano reage de forma diferente também à exposição dessa tecnologia. Não se pode conceber que o tempo do relógio seja igual para todos e desconsiderar que cada pessoa tenha as suas experiências de vida. Esta vida é muito rica em experiências: faz com que cada momento vivido receba a carga das concepções e experiências vividas anteriormente. Entretanto, tais concepções e experiências são únicas, não repetidas, diferenciando-se, então, da ideia que se tem de relógio e de tempo percorrido.

O Estado, ao aplicar a prisão, administra-a concebendo o tempo de exposição à prisão de forma igual, usando o tempo do relógio, o tempo objetivo. Se infligir uma condenação, empregará a prisão pena num tempo em anos que será convertido em dias e horas para aquele que está preso. Para o Estado, essa interpretação está baseada na aplicação do tempo do calendário em dias, de um tempo objetivo nesse caótico estado de incertezas em que se vive. É a aplicação pelo Estado de um fechado entendimento do que seja tempo, uma concepção baseada na racionalidade do relógio que, como visto, está em crise.

O apenado fica, então, à espera do transcorrer do tempo – relógio, calendário – até que o fim de sua pena chegue. Ele fica preso, imóvel, num contexto social extramuros da aceleração e da telepresença, da interatividade, do avanço exponencial da tecnologia, contando os dias de forma metódica, cartesiana, até o final de sua pena, quando não será mais o mesmo e nem a sociedade em que vive será a mesma.

É uma situação difícil para aquele que recebeu a pena por meio de um método de aplicação cartesiano, um método de aplicação anterior à apuração do delito – processo penal – também cartesiano. Trata-se de um ato no tempo, pois é sistemático e depende de uma série de acontecimentos que estão vinculados ao tempo. Isso é o que acontece com quem está sendo processado e sofre uma coerção temporal de sua liberdade.

A prisão preventiva vem sendo aplicada pelos operadores jurídicos sem que levem em conta o avanço tecnológico ou as alterações decorrentes da tecnologia que a concepção de tempo tem sofrido. O Estado usa da prisão preventiva como meio de coerção antes do processo, ou antes do término do processo, partindo de uma premissa de que o tempo de duração do processo e da prisão preventiva não precisa ser estipulado, deixando ao livre arbítrio do julgador decidir sobre o que seja razoável para a aplicação da medida preventiva, ou, também, do que possa ser utilizado para casos considerados demorados.

Em outras palavras, entende-se que o Estado-juíz decide sobre quanto tempo uma pessoa pode ficar presa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com o uso do instituto da prisão de forma preventiva, até que seja apurada a sua culpa. Há uma evidente inversão temporal, o estado pune antes de apurar a responsabilidade do acusado.

Ocorre que o Estado esquece aquele cuja liberdade ele coagiu, fazendo-o passar longo tempo preso sem ter condenação, antecipando, assim, a possível pena de prisão; ou seja, em pleno estado de inocência, uma pessoa pode ficar presa por tempo indeterminado, até que o Estado-juíz seja levado a avaliar se aquela coerção é ilegal, ou não, por excesso de prazo.

Sendo assim, sobressai-se a inconstitucionalidade da prisão preventiva pelo excesso de prazo, pois da forma como é aplicada, afeta os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Além disso, evidencia grande desproporcionalidade em sua aplicação, agravada pelo tempo de exposição daquele que sofre preso, sem a demonstração de sua culpa. Não há, também, a segurança de que as vantagens sejam maiores que as desvantagens na aplicação da medida como utilizada hoje, afetando-se assim a proporcionalidade em sentido estrito, como anteriormente abordado.

É notável o entendimento no Supremo tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da prisão preventiva, mesmo quando aplicada em crimes considerados hediondos, quando não houver a contribuição da defesa, por violação de princípios norteadores da Constituição, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, da não culpabilidade, ou seja, da presunção de inocência da razoável duração do processo, conforme *Habeas Corpus* 85.237/DF, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, bem como entendimento do Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 87.164/RJ.

Em muitos casos, como foi comentado no desenvolvimento deste trabalho, percebe-se que pessoas ficam presas preventivamente, por tempo excessivo, mesmo estando, tecnicamente, em estado de inocência. Não raro, a prisão acautelatória é aplicada no sentido de uma execução antecipada da pena, ultrapassando qualquer razoabilidade. Inclusive, permanecem durante mais tempo em regime fechado, cumprindo a prisão preventiva, do que ficariam presas neste mais gravoso regime previsto na lei penal, no caso de eventual condenação. Mas a situação pode ser ainda mais grave: em hipóteses em que haja condenação com responsabilidade penal admitida e com trânsito em julgado, o regime de cumprimento de pena poderá não ser o fechado; poderá ser o aberto ou o semiaberto, ou, ainda, a pena carcerária, se ela for substituída por sanções restritivas de direitos. Isso demonstra o grande prejuízo que a medida gera, bem como a sua vinculação ao tempo de duração do processo penal e o risco de crassa desproporção e irrazoabilidade na sua aplicação.

Julgadas, teriam, ainda, o direito a progressões de regime, o direito a saídas temporárias, o direito a serem anistiadas, a receberem o indulto de Natal, etc. Ou seja, no Brasil, o preso preventivo acaba, em tese, durante a fase de conhecimento do processo, encarcerado em regime equivalente ao fechado, sem que lhe sejam garantidos os direitos inerentes, os quais somente lhe serão oferecidos na fase de execução.

A aplicação da prisão preventiva tem sido irrazoável, pois, embora devesse ser aplicada, como exceção, no processo penal, o que se vê é, justamente, o contrário. Assiste-se à falta de critério da prisão preventiva tanto no tocante ao seu tempo de duração, como em relação ao tempo necessário para a (re)análise da necessidade da sua manutenção, trazida pela Lei n.º 12.403/2011.

Pune-se de forma antecipada, hoje, por meio da prisão preventiva, sem critérios e sem benefícios, ficando o preso preventivo junto com o preso definitivo, sem critérios de separação, à exposição do calabouço medieval. Aquele que foi acusado do cometimento de um crime deveria estar amparado pelo estado de inocência, mas o que ocorre é que ele fica preso sem direito algum: sem direito à progressão de regime, sem direito a todas as regras da Lei de Execuções Penais. Passa esse tempo de prisão preventiva com aquele que cometeu crimes de toda a ordem, não havendo separação, no cárcere, entre presos preventivos e presos já condenados.

O preso preventivo vê o preso definitivo, o condenado, recebendo direitos, enquanto ele, que deveria estar amparado pela presunção de inocência, nada recebe dos direitos aplicados a quem tem condenação. Passa o tempo todo vendo aquele com condenação ter benefícios que ele, sob a presunção de inocência não tem.

Então é de se perguntar: será mesmo que se tem a presunção de inocência? Isso leva a crer no impressionante paradoxo de que, no Brasil, é melhor que a condenação seja decidida rapidamente para que o condenado possa receber aquilo que a pessoa, apenas acusada, não tem.

Pretendeu-se, neste trabalho, apontar algumas proposições no sentido de minorar a irrazoabilidade da duração da prisão preventiva no tempo, ou seja, estipular parâmetros máximos para a sua duração, bem como para a (re)análise da necessidade da sua manutenção pelo juízo aplicador dessa medida coercitiva.

Não foi motivo de preocupação precisar quanto tempo deveria ou deve durar o processo, mas, sim, apontar o tempo máximo de duração da prisão preventiva já que, ao longo do trabalho, demonstrou-se a forma inconstitucional como vem sendo aplicada essa medida constritiva e sua irrazoabilidade, obrigando à urgente reflexão sobre a necessidade da estipulação de um tempo máximo para a sua duração e, também, para a invocada (re)análise dos requisitos ensejadores.

Parte da doutrina e da jurisprudência, como abordado, entendem que, no momento da finalização da instrução criminal, preclui a possibilidade de se requerer qualquer demonstração do excesso de prazo. Metaforicamente, esse instante seria um divisor de águas que traria, novamente, credibilidade e legalidade ao processo. De outro modo, pode-se dizer que, a partir do término da instrução criminal, o processo passa por uma revitalização, extirpando-se qualquer ilegalidade pelo excesso de prazo anterior. Entre outros motivos, a doutrina realça a importância da estipulação de um prazo máximo de duração da prisão preventiva, o qual, embora devesse ser a *ultima ratio* do sistema, tem sido a *prima facie*.

Na nova alteração do Código de Processo Penal advinda da Lei n.º 12.403/2011, percebeu-se a continuação de um equívoco: o legislador não estipulou um prazo de duração para a prisão preventiva, nem o tempo que o juiz deve observar para revisar a aplicação da medida preventiva anteriormente aplicada. Foi retirada do texto original do Projeto de Lei a estipulação desse prazo, de modo que o legislador deixou o intérprete em situação precária, para fazer tal revisão, o que, certamente, deve ser agravado pelo grande volume de feitos criminais em tramitação.

Com este trabalho, teve-se a pretensão de quantificar o tempo que é, ou deveria ser, considerado como razoável para a duração da prisão preventiva. propõe-se um tempo, em número de dias, para que ocorra a (re)análise, sob pena de essa prisão preventiva ser relaxada. Pode-se dizer que os prazos de duração da prisão preventiva, apurados por meio da jurisprudência, têm ainda apresentado contornos de irrazoabilidade. O judiciário, quando impõe a alguém ficar preso preventivamente, por longos anos, foge do bom senso. Assim, conforme o que se viu, a prisão preventiva é vinculada a uma situação específica e, se essa situação não persistir, ela também deveria extinguir-se. A prisão preventiva, portanto, tem um caráter precário, momentâneo, de acautelamento processual.

Reiteradas vezes, ao longo deste trabalho, defendeu-se que o excesso de prazo para a prisão preventiva causa diversos prejuízos ao acusado, pois são visíveis os danos que uma prisão acarreta, principalmente, a uma pessoa que ainda não foi sentenciada e está esperando a resposta do Estado. Da mesma forma, teceram-se comentários sobre outra situação lesiva ao acusado: as condições das prisões brasileiras que se assemelham às das grandes masmorras medievais. Também, o fato de o acusado estar preso, limitado espacialmente, leva à redução da sua mobilidade de reação e à possibilidade de ter uma ampla defesa.

Como abordado, há um excesso de prazo no emprego das prisões preventivas, sendo a sua própria aplicação um excesso, pois ela é utilizada no intuito de, primeiro, encarcerar o acusado para, depois, decidir sobre o que pode ser feito no processo para julgar aquele que está sob suspeita. É a prisão preventiva que hoje afronta os direitos fundamentais da forma mais grosseira. Por meio de sua utilização, o Estado desrespeita o direito à liberdade, o direito à presunção de inocência, o direito ao prazo razoável no processo penal, o direito ao devido processo legal e o direito de não ser preso senão por sentença penal condenatória

transitada em julgado.

Discutiu-se a crise que atinge o conhecimento moderno, fundamentado na razão, e as dificuldades que esse cenário de complexidade traz para os juristas na aplicação dos institutos jurídicos, caso também da prisão preventiva. Tal mudança tem fragilizado a concepção clássica de que o tempo é igual para todos, um tempo objetivo, tempo da razão. Mas esse tempo não é mais objetivo – é subjetivo – com percepções diferentes para cada pessoa. O avanço da tecnologia conduziu à quebra de alguns paradigmas modernos, como o de que não se poderia estar em vários lugares ao mesmo tempo. Hoje, graças à interatividade proporcionada pelo Messenger, Internet, entre outros recursos que se multiplicam a cada dia, isso é possível, propiciando o recebimento de informações de qualquer lugar em tempo real, isto é, no exato momento em que os acontecimentos estão ocorrendo.

Como o próprio conceito de razoabilidade é afetado por essa crise, a pesquisa permitiu identificar, com mais clareza, o que é irrazoável, ou seja, depois de todas as considerações feitas, torna-se inaceitável a aplicação da prisão preventiva como uma espécie de antecipação da pena, ou ter o seu tempo de duração expresso em período superior ao da duração do próprio processo penal, de acordo com o rito previsto, ou ainda, conceber-se a inexistência de um tempo máximo de duração para o processo e para a prisão preventiva, contrariando o que emana de Tratados Internacionais e de países vizinhos, com realidades, em alguma medida, semelhantes à nossa.

Mesmo assim, entendeu-se pela proposição de um tempo máximo para a (re) análise da necessidade da prisão preventiva de até 60 (sessenta) dias, ou seja, o juízo deverá reexaminar a manutenção da coerção preventiva, no máximo, até 60 (sessenta) dias após a data em que ocorreu a determinação da prisão preventiva e, ao final deste prazo, justificar, fundamentadamente, atento à complexidade de cada processo, a necessidade de prorrogação dessa medida excepcional privativa de liberdade, ou das medidas alternativas à prisão, diferente do que fora proposto, de maneira irrazoável, no artigo 559, § 2º do PL 8.045/2010, tomando por base o tempo para o reexame proposto no artigo 562 do aludido projeto de lei.

Essa disposição, por considerar um limite de tempo de até 60 (sessenta) dias, deriva de uma ponderação entre o tempo máximo de duração da prisão temporária nos casos de crimes hediondos, que é de 30 (trinta) dias, conforme artigo 2.º, § 4.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, e o prazo jurisprudencial de duração do

processo que era de 81 (oitenta e um) dias se o réu estivesse preso. Ou seja, para encontrar esse tempo máximo, entendido como razoável, para a (re)análise da necessidade da medida, considerou-se um tempo que ficasse entre os 30 (trinta) dias de duração da prisão temporária para os crimes hediondos e os 81 (oitenta e um) dias de duração do processo quando o réu estivesse preso antes.

Concluindo, ressalta-se que a proposta que se faz, com atenção à triste realidade dos nossos estabelecimentos carcerários, vem no sentido de estabelecer um prazo menor, inclusive, do que aquele proposto no PL 8.045/2010, no qual o artigo 562 deixa claro que o tempo para a realização do reexame obrigatório por parte do juízo seria após os 90 (noventa) dias de encarceramento preventivo. O projeto prevê punição para o Estado ao determinar que a prisão, a partir da extrapolação do prazo, será considerada ilegal, bem como dá uma resposta diferente daquela apresentada na Lei n.º 12.403, de maio de 2011, que nada falou sobre a duração da prisão preventiva ou a (re)análise da necessidade da sua manutenção.

O que parece contar com alguma unanimidade, portanto, é a irracionalidade do tempo de duração da prisão preventiva no Brasil, hoje, com mais de 162 (cento e sessenta e dois) mil presos provisórios, em violação à razoável duração do processo e ao tempo de exposição na prisão. Sem uma limitação, o Estado, de regra, mantém o réu preso de forma preventiva até que o Tribunal se manifeste sobre a total ilegalidade da demora na produção da culpa, entre outros argumentos usados para a concessão da ordem em *habeas corpus*. As garantias previstas na Constituição Federal de 1988, especialmente as que envolvem o direito de liberdade, devem passar do plano formal para o material e, para tanto, com o presente trabalho, espera-se, de alguma forma, ter contribuído.