

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

FÁBIO COSTA KLAUTAU
JONAS NETO DE REZENDE MARTINS

**EM QUE MEDIDA A SÚMULA 52 DO STJ PODE ACARRETAR
CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO EM ACUSADO
PRESO PREVENTIVAMENTE CONSIDERANDO O TRÂMITE DO
PROCESSO PENAL?**

BELÉM
2020

FÁBIO COSTA KLAUTAU
JONAS NETO DE REZENDE MARTINS

**EM QUE MEDIDA A SÚMULA 52 DO STJ PODE ACARRETAR
CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO EM ACUSADO
PRESO PREVENTIVAMENTE CONSIDERANDO O TRÂMITE DO
PROCESSO PENAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Neves Lima
Filho

BELÉM
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

K63q Klautau, Fábio Costa

Em que medida a súmula 52 do STJ pode acarretar constrangimento ilegal por excesso de prazo em acusado preso preventivamente considerando o trâmite do processo penal? / Fábio Costa Klautau, Jonas Neto de Rezende Martins. – Belém, 2020.

29 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2020.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Neves Lima Filho

1. Prisão preventiva. 2. Presunção de inocência. I. Martins, Jonas [Neto](#) de Rezende. II. Lima Filho, Eduardo Neves (orient.) III. Título.

CDD 341.5

FÁBIO COSTA KLAUTAU
JONAS NETO DE REZENDE MARTINS

**EM QUE MEDIDA A SÚMULA 52 DO STJ PODE ACARRETAR
CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO EM ACUSADO
PRESO PREVENTIVAMENTE CONSIDERANDO O TRÂMITE DO
PROCESSO PENAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Neves Lima Filho

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito:

Banca Examinadora:

Prof. Me. Eduardo Neves Lima Filho - Orientador
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

**EM QUE MEDIDA A SÚMULA 52 DO STJ PODE ACARRETAR
CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO EM ACUSADO
PRESO PREVENTIVAMENTE CONSIDERANDO O TRÂMITE DO PROCESSO
PENAL?**

FÁBIO COSTA KLAUTAU¹

JONAS NETO DE REZENDE MARTINS²

RESUMO

Estudo que objetiva analisar o instituto de prisão preventiva e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como defender a necessidade de regulamentação legal de delimitação de um prazo máximo, como se tem, atualmente, com a prisão temporária. Adotou-se como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica. Verificou-se a importância de tratar do assunto em virtude da grande repercussão e polêmica que circunda a temática, de modo que se questiona em que medida a ausência de lei que defina um prazo máximo para a prisão preventiva pode mitigar o princípio constitucional da razoável duração do processo e da presunção de inocência e, conseqüentemente, gerar a inobservância dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Conclui-se que o presente tema possui pertinência na medida em que analisa o Código Penal e o Código de Processo Penal, os quais garantem a fluidez e observância das normas processuais que garantam a execução da pena com a devida proporcionalidade e razoabilidade inerentes a cada caso concreto.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Demora excessiva. Princípio da razoável duração do processo. Princípio da presunção de inocência. Súmula 52 do STJ.

ABSTRACT

Study that aims to analyze the preventive detention institute and its applicability in the Brazilian legal system, as well as to defend the need for legal regulation of delimitation of a maximum term, as is currently the case with temporary detention. The deductive approach was adopted and bibliographic research was used as the procedure method. It was verified the importance of dealing with the subject due to the great repercussion and controversy that surrounds the theme, so it is questioned to what extent the absence of a law that defines a maximum term for pre-trial detention can mitigate the constitutional principle of reasonable duration the process and the presumption of innocence and, consequently, generate the non-observance of the constitutionally guaranteed fundamental rights. It is concluded that the present theme is pertinent insofar as it analyzes the Penal Code and the Code of Criminal Procedure, which guarantee the fluidity and observance of the procedural rules that guarantee the execution of the sentence with due proportionality and reasonability inherent to each case. concrete.

¹ Graduando do curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

² Graduando do curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Keyword: Pre-trial detention. It takes too long. Principle of reasonable duration of the process. Principle of the presumption of innocence. Precedent 52 of the STJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito do acusado à razoável duração do processo art. 5º, LXXVIII CF; 2.1. A razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileiro; 2.2. A garantia da presunção de inocência e razoável duração do processo; 2.3. O princípio da razoabilidade e proporcionalidade como pressuposto da duração razoável do processo; 2.4. Prisão cautelar e a possibilidade de desencarceramento em um cenário de demora excessiva; 3. Da prisão preventiva; 3.1. Prisão preventiva no Brasil; 3.2. A necessidade de legislação prevendo a duração máxima da prisão preventiva; 4. O excesso de prazo no processo penal e a ausência de sanção pelo descumprimento; 4.1. Da súmula 52 e a controvérsia do excesso de prazo com o fim da instrução criminal; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Levando-se em consideração a necessidade cada vez mais iminente de se assegurar e garantir direitos previstos constitucionalmente, urge a importância do debate no que se refere ao âmbito do Direito Penal Brasileiro. Nesse sentido, sabe-se que a temática aqui abordada, qual seja, a ausência de previsão legal (isto é, positivada, escrita) do prazo máximo para a prisão preventiva, é bastante discutida na doutrina e na jurisprudência, em que pese o Código Penal Brasileiro ser datado originalmente de 1940. Ainda que o referido diploma legal possua bastante tempo de vigência, a temática ainda se revela de atualidade, uma vez que está constantemente em pauta entre os criminalistas.

O problema central que se objetiva responder neste estudo é: a ausência de lei determinando um prazo máximo para a prisão preventiva mitiga o princípio constitucional da razoável duração do processo?

Para tanto, abordar-se-á, no primeiro capítulo, o direito que o acusado possui à razoável duração do processo e, como subtópicos, conceituar-se-á a razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileiro; demonstrar-se-á de que forma a garantia da presunção de inocência do processo; abordar-se-á o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e, por último, correlacionar-se-á a prisão cautelar com a possibilidade de desencarceramento em um cenário de demora excessiva.

Já no segundo capítulo, conceituar-se-á o instituto da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, bem como será correlacionado o referido instituto com a abordagem brasileira e argentina, ambos países da América Latina, de modo que se demonstrará de que forma se dá o tratamento da prisão preventiva no ordenamento jurídico argentino e se fará as comparações pertinentes entre ambos. Além disso, será reiterada a necessidade de legislação prevendo a duração máxima da prisão preventiva para que não se dê azo a uma eventual ilegalidade.

Por derradeiro, na terceira e última parte, será demonstrado o excesso de prazo no processo penal e se defenderá a imposição sanção pelo descumprimento do referido prazo, a fim de que se evite ilegalidades no cumprimento da pena. Além disso, será demonstrada de que forma a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça terá relevância no que diz respeito à controversa do excesso de prazo com o fim da instrução criminal.

No que diz respeito à metodologia, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que se parte da generalização, através de conceitos e teorias, para chegar a uma conclusão prática, isto é, as leis e normas, de caráter abstrato e generalizado, que ditam como se dará a regulamentação de determinado assunto, matéria ou temática e, essa legislação aplicável é utilizada na resolução de um caso prático, isto é, concreto, levando-se em consideração a especificidade de cada demanda submetida à análise do Poder Judiciário.

Dito isto, impende ressaltar que o estudo se subdivide em três partes, a saber: o direito do acusado à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF), referente a primeira; a prisão preventiva sendo a segunda e, por fim o excesso de prazo no processo penal e a ausência de sanção pelo descumprimento como última parte.

2. O DIREITO DO ACUSADO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ART. 5º, LXXVIII CF

Inicialmente, é importante frisar que, conforme o teor do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Nesse sentido, torna-se imprescindível enfatizar que, por óbvio, o âmbito penal necessita seguir essa lógica para que as medidas que lhe são inerentes estejam de acordo com os preceitos da Carta Magna.

De acordo com Lima (2020, p. 1.081), impera no processo penal brasileiro a indeterminação do prazo de duração da prisão preventiva. Então, por derradeiro, há verdadeiro cumprimento de pena antecipada. Com isso, a natureza cautelar que deveria representar provisoriedade se estende temporalmente, frustrando o direito do acusado à resolução do litígio, sem dilações indevidas.

Nesse mesmo sentido, sob a ótica do pensamento de Lopes Júnior (2019, p. 85), pode-se afirmar que “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”. Ressalta-se que, ainda seguindo a linha de raciocínio de Lopes Júnior (2019, p. 85), tal atitude “ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena”. Portanto, segundo o doutrinador mencionado alhures, o Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, carrega o ônus da justiça, de modo que deve haver punição proporcional ao delito praticado.

2.1. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à razoável duração do processo, corolário da garantia do devido processo legal, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Quando se trata do âmbito penal, este princípio se faz ainda mais necessário, tendo em vista que se coloca a um direito fundamental (isto é, a liberdade) do indivíduo em xeque. A efetividade da tutela jurisdicional, escopo principal da razoável duração do processo, pretende evitar que exista demora excessiva na resolução dos conflitos, afinal, conforme prelecionou Rui Barbosa (1997, p.40): “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

É cristalino e cediço que todo o indivíduo tem direito a um trâmite processual sem dilações indevidas, sobretudo no âmbito penal quando submetido à prisão preventiva, medida cautelar que é considerada como *ultima ratio*. Logo, a razoável duração do processo, princípio constitucionalmente garantido, surge como raciocínio lógico que deve, ou deveria, importar em medida garantista ao acusado, considerando hipóteses fáticas atuais como a ausência de regulamentação em relação ao tempo da prisão preventiva. Sendo assim, notório que a aplicação do princípio não pode estar restrita ao livre arbítrio dos aplicadores do Direito. Logo, defende-se a criação de regulamentação legal que lhe dê efetividade.

O cenário atual demonstra que não há qualquer imposição normativa para regulamentar o fator tempo na medida cautelar de prisão preventiva, o que acarreta a necessidade do juízo de conveniência e oportunidade das autoridades judiciárias para assegurar a garantia de uma razoável duração do processo. Não há qualquer razoabilidade neste cenário. A liberdade de um indivíduo não deve estar à mercê de um julgamento tomado pelo subjetivismo, sob pena de se estar diante de uma arbitrariedade.

Nesse sentido, em se tratando do Código de Processo Penal, o que se vislumbra é a preponderante ausência de limitações legais objetivas à duração do processo penal e de suas medidas preventivas. A referida falta de limitação esbarra e se mostra dicotômica com o princípio constitucional abordado neste capítulo, bem como outros mais, como o da presunção de inocência, da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.2. A GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O princípio da presunção de inocência é garantia constitucional com previsão no art. 5º, LVII da Constituição de 1988, que preleciona: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O constituinte, na oportunidade, com nítido ideal garantista, inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, protegeu o indivíduo de eventuais abusos e excessos advindos do *jus puniendi* do Estado.

Ao analisar o referido princípio, Lopes Júnior (2019, p. 106) afirma que se trata do “princípio reitor do processo penal e, em última análise, pode-se verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”. Portanto, para o ilustre autor, tamanha é a importância do princípio aqui mencionado que é através dele que se pode verificar o grau de eficácia de todo um ordenamento jurídico.

Ainda sob a ótica do princípio retromencionado, Moraes (2010, p. 424-427), conforme citado por Nakaharada (2015, p. 30) afirma:

A garantia da presunção de inocência, assim, assume uma dupla face, de tratamento do sujeito submetido à persecução penal, e de disciplina da prova do processo penal. (MORAES, 2010, p. 424-427 apud NAKAHARADA, 2015, p. 30).

Portanto, há duas perspectivas do princípio da presunção de inocência, conforme mencionado acima pelos ilustres professores. Ainda, cumpre trazer à baila Badaró (2003, p. 240), conforme citado por Nakaharada (2015, p. 30), segundo o qual:

Sobre a disciplina probatória, a presunção de inocência faz-se sentir na medida em que todo o ônus probatório deva recair sobre a acusação, para que se comprove a veracidade da acusação formulada na peça inicial. (BADARÓ, 2003, p. 240 apud NAKAHARADA. 2015, p.30).

Compreendendo o espírito axiológico do princípio, resta cristalino que o princípio da presunção de inocência não permite qualquer medida de punição ou que reconheça culpabilidade do imputado. Portanto, considerando a finalidade do presente trabalho, a assertiva segue o raciocínio de que a prisão preventiva deve somente representar natureza meramente processual, de caráter instrumental e, logicamente, com duração razoável, cujo tempo carece de delimitação, para que as garantias sejam efetivadas e tenham eficácia no plano prático.

Inclusive, considerando o entendimento de Gomes (2000, p. 244, *apud* LIMA, 2020, p. 1.087) a “organização defeituosa da Administração da Justiça, sua carência de pessoal e de material não podem servir como justificativas para a morosidade, afrontando o direito a um processo sem dilações indevidas”. A crítica paira sobre a razoabilidade do tempo. Não se discute a importância da aplicação da medida cautelar de prisão preventiva, que se faz imprescindível quando haja elementos indicadores da probabilidade de um delito, bem como em casos em que a liberdade do acusado signifique perigo para o regular andamento do processo. Hipóteses justificadas na estrita legalidade.

Outrossim, a presunção de inocência não permite a conversão da cautelar como pena, tampouco como execução provisória, sob pena de ferimento do princípio. Ainda, o princípio da razoável duração do processo, caso interpretado de maneira conjunta a presunção da inocência, clama pela delimitação objetiva do tempo, viabilizando que o lapso temporal esteja em consonância com a Carta Magna, oportunizando que a persecução penal não se prolongue demasiadamente no tempo. Imprescindível a atuação do Estado célere e eficaz para findar a incerteza e insegurança inerentes a prisão processual, em tempo razoável.

Em sua tese, Nakaharada (2015, p. 29-30), demonstra que em um “Estado Democrático de Direito, que se propõe a garantir liberdades individuais em sua Constituição, é coerente que as opções processuais penais tendam a seguir as características modelo do sistema acusatório”. A abordagem suscitada pelo autor enfatiza que a demora na prestação jurisdicional em detrimento da liberdade é problemática que deve ser enfrentada.

2.3. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO PRESSUPOSTO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, implícitos no texto constitucional, são referências para atuação da Administração Pública por possuírem grande pertinência na seara penal, sobretudo quando se trata da análise temporal de medidas gravosas, onde excessiva demora importa na restrição da liberdade do indivíduo sem observância dos ditames constitucionais.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mesmo que não delimitem um caráter objetivo de tempo para análise das medidas aqui tratadas, com sua

efetividade garantem mais dignidade e humanização nas decisões inerentes ao curso do processo penal, sobretudo quanto ao tempo, objeto problema deste trabalho.

O princípio importa em necessidade de mudança da postura do Judiciário até então adotada, para que a entrega jurisdicional ocorra em tempo minimamente razoável, inclusive, evitando o atual cenário de superlotação das penitenciárias brasileiras, cujo excesso de decretações de prisões preventivas aliada a longa e frustrante espera pela decisão judicial são parte das causas da problemática.

2.4. PRISÃO CAUTELAR E A POSSIBILIDADE DE DESENCARCERAMENTO EM UM CENÁRIO DE DEMORA EXCESSIVA

Considerando todo o exposto, oportuno salientar que existe a possibilidade de desencarceramento na hipótese em que seja constatada a ausência de julgamento em um prazo razoável no curso do processo penal, quando o acusado responde pelo feito com decretação de sua prisão preventiva. Este direito está previsto no ordenamento jurídico brasileiro e encontra respaldo em decisões judiciais no país.

Por outro lado, o debate acerca da duração razoável da prisão preventiva segue fervoroso e em polvorosa, visto que não há segurança jurídica quanto ao tempo, que se mostra excessivo na grande maioria dos casos. Cediço que essa medida cautelar possui caráter excepcional, tendo em vista que a liberdade é direito fundamental.

Sendo assim, o julgador tem o dever de fundamentar a decisão no exercício de sua função jurisdicional objetivando que sua atuação seja instrumento idôneo, em conformidade com os exatos termos dos ditames legais com o escopo de administrar corretamente a justiça, sem quaisquer erros ou excessos.

Outrossim, conforme supramencionado, resta nítido a responsabilidade do julgador ao decretar a prisão preventiva. Oportuno frisar que tão grave quanto a decretação da prisão preventiva é a sua perpetuação ao longo do tempo. Sendo assim, há a imposição de um dever ao Estado, de modo que os agentes envolvidos na persecução penal devem zelar por um trâmite mais dinâmico, célere e eficaz para que inexista a configuração do injusto processual aqui tratado.

Sob o aspecto do acusado, surge o direito público e subjetivo ao desencarceramento caso seu processo se demonstre excessivamente prolongado no tempo, com nítida procrastinação em detrimento de sua liberdade, deflagrando grave violação a Constituição Federal de 1988 e aos pactos internacionais, como o Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotados pelo Brasil, contribuindo para a proteção ante ao cenário em que há desrespeito ao mega princípio da dignidade da pessoa humana do acusado, assim como sua condição de inocente.

Dessa maneira, diante da excessiva demora, é possível que seja restabelecido o *status* de sujeito de direitos, viabilizando que o processo seja respondido em liberdade, quando constatado que o feito se prolongou além do tempo considerado razoável, hipótese em que estaria configurado o respeito aos ditames constitucionais, sobretudo o da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, enfatizando a problemática tratada neste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro carece de normativos legais que garantam o desencarceramento do acusado, quando preso preventivamente, que determinem exatamente em qual momento e em que lapso de temporal, de forma específica, resta configurado a falta de razoabilidade na persecução penal.

3. DA PRISÃO PREVENTIVA

No que tange ao instituto da prisão preventiva, Nucci (2020, p. 11) afirma que “busca-se, afinal, a vivência realística de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual as regras processuais penais, com status constitucional, precisam ser rigorosamente respeitadas”. Dessa forma respeitar-se-á os preceitos constitucionalmente garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao processo penal.

Durante a acusação criminal resta necessário o cumprimento aos preceitos do artigo 5º, XXVIII, da Constituição Federal, de forma que não haja qualquer violação de direitos, preservando-se garantias fundamentais como o direito de ir e vir, a razoável duração do processo e a presunção de inocência, visto que o processo penal visa sempre beneficiar o réu, como preconiza o princípio *in dubio pro reo*. Portanto, o processo criminal, ao promover garantia ao acusado deve permanecer em consonância aos ditames do devido processo legal, sempre respeitando os princípios penais.

O Código de Processo Penal pátrio se mantém desde 1941 instituído por meio do Decreto-Lei nº 3.689, período em que a visão sobre medidas cautelares era outra. Claramente, em se tratando de medidas cautelares, há um vasto abismo de ausência

de regulamentação, acarretando em atrasos para o Poder Judiciário e ferem direitos do indivíduo.

Segundo Nucci, (2020, p. 11) “aguarda-se, há muitas décadas, que o Código de Processo Penal seja integralmente reformado”. O que a acalenta o andamento do processo são regulamentações recentes que vieram com o intuito de organizar a relação do estado com o acusado, promovendo uma melhoria na Justiça. A Lei nº 5.349 de 1967, a Lei nº 12.403 de 2011 e a Lei nº 13.964 de 2019 são reflexos de melhorias em âmbito de medidas cautelares, mas ainda tem de haver reparações, pois o que parece é existir uma dissonância entre os Poderes Legislativos e Judiciários, visto a necessidade de sintonia entre legislação e jurisprudência.

3.1. PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão preventiva segundo Nakaharada (2015, p. 107), é uma medida cautelar que poderá ser decretada durante a investigação policial ou no curso do processo penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti*), assim como restando devidamente demonstrado nos autos que o imputado poderá prejudicar a instrução do processo, frustrar a aplicação da lei penal ou ameaçar a ordem pública (*periculum libertatis*).

A prisão preventiva deve ser decretada sempre como a última opção devendo haver extrema necessidade para sua decretação, que necessita estar em consonância com os requisitos previstos em lei, pautados no art. 313, I e II do CPP, para que a medida não se torne desarrazoada perante eventual condenação. Então, para que haja a decretação da prisão preventiva deve o juiz se atentar aos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

No caminho para a decretação de uma prisão preventiva cabe ao magistrado, inicialmente, verificar o tipo penal cuja prática é atribuída ao agente, aferindo, a partir do art. 313 do CPP, se o crime em questão admite a prisão cautelar. Num segundo momento, incumbe ao julgador analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*). O terceiro passo é aferir a presença do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que a permanência do investigado

(ou acusado) em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do Direito Penal ou para a segurança social.

Cumprir destacar, ainda, o requisito da contemporaneidade. Assim, segundo o Min. Nefi Cordeiro, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 214.921/PA, os fatos “que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta (princípio da atualidade do *periculum libertatis*)”. Por fim, cumprir destacar ensinamento de Lima, segundo o qual:

Também se faz necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, o art. 310, inciso II, do CPP, autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (LIMA, 2020, p. 1.062).

De mais a mais, frise-se que a prisão preventiva será admitida nos termos do art. 313 do CPP, segundo o qual:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
 I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
 II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (BRASIL, 1941).

Somente após a verificação dos requisitos ora apontados é que se poderia decretar a prisão preventiva do acusado. Como já informado, após a publicação da Lei nº 13.964/2019, a possibilidade de decretação de ofício da prisão preventiva se restou impossibilitada, de modo que se limitou a decretação somente se houver manifestação das partes a qualquer momento do processo, em fase de inquérito policial ou em instrução criminal.

A mencionada Lei também aborda como o juiz deve agir ao receber pedido da parte para decretar a cautelar, explicando, justificando e fundamentando a decisão, demonstrando os motivos que o levaram a tomá-la conforme o art. 315 do Código de Processo Civil. Segundo Lima:

De nada adianta o legislador impor a utilização da prisão cautelar como medida de *ultima ratio* se ao juiz não for imposta a obrigatoriedade de fundamentar o porquê da opção pela medida extrema, o porquê da impossibilidade de aplicação das cautelares diversas da prisão no caso

concreto. É nesse sentido que se deve compreender a nova redação conferida ao §6º do art. 282 do CPP pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (LIMA, 2020, p. 1.062).

Percebe-se, assim, que o magistrado deve ter como norte o embasamento legal para a tomada da decisão. Caso decorridos período de 90 (noventa) dias, deve demonstrar fatos novos para que ocorra a prorrogação da medida, ou seja, se o acusado permanecer preso durante um ano, o juiz deve de três em três meses rever sua decisão.

A duração da prisão preventiva vai além do que a legislação propõe, já que, como é notório existe uma falta de regulamentação estipulando prazos durante a instrução processual para réus que estejam presos preventivamente, a Lei nº 13.964/2019, é um dispositivo inovador que estabelece o prazo de 90 (noventa) dias como sendo aquele em que se utiliza apenas para o interregno de tempo entre a decretação inicial da prisão cautelar até a sentença condenatória.

É válido ressaltar a hipótese negativa de decretação da prisão preventiva através do art. 314, CPP. O magistrado, observando o que preconiza o art. 314 do CPP e a existência dos requisitos do art. 23 do Código Penal, pode, de ofício, deixar de decretar o pedido das partes de prisão preventiva do acusado, levando a revogação da medida cautelar. Como explica Lopes Júnior:

Se houver prova razoável de que o agente tenha praticado o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não caberá a prisão preventiva, por ausência de fumaça de ilicitude na conduta. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 775).

Ao se tratar de prazos previstos para a duração máxima da prisão preventiva durante o processo criminal ainda existe uma lacuna na legislação, porém a jurisprudência e doutrina iniciaram tentativa de fixar um prazo com a duração de 81 (oitenta e um) dias, que seria a soma dos prazos legais existentes na instrução processual com réu preso. Entretanto, em que pese tais esforços, a referida orientação foi vetada com o passar do tempo. Nessa senda, transcreve-se trecho constante na dissertação de Nakahadara, segundo o qual:

Essa interpretação foi aos poucos deturpada pela jurisprudência, a qual passou a considerar que tal prazo seria válido somente até o fim da instrução criminal. É o que se infere do texto da Súmula 52 do Superior Tribunal de

Justiça. Não bastasse isso, a fase recursal também não seria abrangida pelos 81 dias, de modo que não se reconheceria eventual constrangimento ilegal cometido pelos Tribunais de apelação, em clara afronta à presunção de inocência do acusado, a consubstanciar uma indevida execução provisória da pena imposta em primeira instância. (NAKAHADARA, 2015, p. 13).

Nakahadara, ao mencionar as tentativas de delimitação da prisão preventiva, afirma que:

Em termos legislativos, uma primeira iniciativa de limitação temporal da prisão preventiva foi efetuada por meio da edição da Lei do Crime Organizado (9.034/1995), em que o art. 8º previa uma duração máxima da prisão preventiva em 180 dias. [...] Ocorre que um ano após a promulgação da Lei do Crime Organizado, o seu artigo 8º foi modificado pela Lei 9.303/1996, e a previsão de 180 dias de duração da prisão preventiva foi excluída. (NAKAHADARA, 2015, P. 115).

A Lei nº 12.850/2013, em seu art. 22, parágrafo único, mencionou que:

Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu. (BRASIL, 2013).

Vale frisar que o Brasil ainda continua sem regulamentação para a duração da prisão preventiva. Países europeus e da América do Sul possuem lei específica resguardando princípios constitucionais e a duração razoável do processo. Cabe ressaltar que, neste ponto, para termos de comparação é melhor cabível citar países que tenham a cultura *civil law*, onde se assemelham pelo sistema processual penal.

Nessa senda, pode-se mencionar, por exemplo, a Argentina que se assemelha bastante ao Brasil, como menciona Silveira (2015, p. 265) “neste diapasão, à luz das sucedidas experiências do fascismo italiano e do nazismo alemão, países latino-americanos como Brasil e Argentina experimentaram regimes autoritários”. Após esse período conturbado houve nítida evolução na Argentina, de modo que o país, além de ter regulamentação para a duração da prisão preventiva, também já possui um novo Código de Processo Penal, privilegiando o sistema acusatório e colocando um ponto final nos resquícios do antigo ordenamento jurídico processual.

Na Argentina as províncias têm a liberdade de editar suas leis constitucionais e penais. Dissertando acerca disso, Brentel (2011, p. 82) conforme citado por Nakaharada (2015, p. 79), afirma que:

A Argentina constitui uma federação composta por 23 províncias, todas com autonomia legislativa, que lhes permite editar sua própria constituição provincial e um código de procedimentos penais, desde que respeitadas as orientações e os preceitos fundamentais contidos na *Constitución de la Nación Argentina*. (BRETEL, 2011, p. 82 apud NAKAHARAA, 2015, p. 79).

No ano de 1994 foi promulgada a *ley 24.390, Plazos de la prisión preventiva*, criando uma aliança com Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção de Direitos Humanos. A lei foi criada com o intuito de regular o artigo 7.5 da Convenção. Nessa esteira, *prima facie*, pode-se notar que o art. 1º da referida Lei já trazia a previsão de que a duração máxima da prisão preventiva não poderia ultrapassar o prazo de dois anos sem que tenha proferido sentença em primeira instância. Caso o crime seja mais complexo, mediante decisão fundamentada existe a possibilidade de prorrogar para mais um ano. Portanto, findo os dois anos sem proferida sentença, a prisão preventiva deverá ser revogada.

Por fim, Nakahadara expõe:

A prisión preventiva encontra-se regulamentada a partir do artigo 312 do *Código*, sendo que os requisitos para sua decretação são que as penas do delito ou do concurso de delitos cominados em abstrato correspondam àquela privativa de liberdade e que o juiz não vislumbre, à primeira vista, previsão de *condena de ejecución condicional*; ou, ainda que eventual *condena condicional* possa ser concedida, a não ser no caso de concessão de liberdade provisória. (NAKAHADARA, 2015, p. 81).

Já na Itália a partir do governo de Benito Mussolini, ainda de acordo com Nakaharada:

Os traumas sofridos com o regime totalitário fascista de Benito Mussolini – em que o processo penal então vigente por meio do famigerado Código Rocco tinha por essência o seu caráter inquisitório, com graves limitações a direitos e garantias processuais – fizeram-se sentir na elaboração da atual Constituição vigente, exacerbando o seu viés democrático e adotando um sistema processual penal de índole acusatória. (NAKAHADARA, 2015, p. 68).

Nessa esteira, há uma comparação com a legislação penal brasileira, pois o Código de Processo Penal Brasileiro é oriundo de um regime autoritário sob comando de Getúlio Vargas juntamente com o jurista Fernando Campos, seu braço direito, de acordo com Fucilini:

Nítida e sabidamente inspirado no Código de Processo Penal italiano produzido na década de 30, e em pleno regime fascista do ditador Benito Mussolini, nosso CPP foi elaborado em bases notoriamente autoritárias. A expectativa, à época, era a de que o novo Códex (que tinha por objetivo a substituição do defasado código processual de 1890) realizaria, conforme

Campos, a necessária homogeneização do “direito judiciário penal no Brasil, segundo reclama, de há muito, o interesse da boa administração da justiça, aliado ao próprio interesse da unidade nacional. Com o auge do fascismo italiano e do nazismo alemão o Brasil se inspirou para formar o chamado “Estado Novo”. Portanto o novo Código de Processo penal veio para substituir o antigo CPP de 1890, com ideias autoritárias. (FUCILINI, 2020).

Desta maneira a reforma da lei penal brasileira concretizou um processo penal inquisitório, buscando regras para o sistema processual penal, pois segundo Silveira:

O então ministro Campos foi responsável por editar o Código de Processo penal, “Nomeado Ministro da Justiça dias antes de 1937, coube a Campos a missão de redigir (quase exclusivamente) a Constituição de 1937, além de articular a criação de um novo Código Penal (que foi promulgado em 1940) e a unificação da legislação processual (Código de Processo Civil, 1939, e o Código de Processo Penal, em 1941). (SILVEIRA, 2015, p. 266).

É nítido que Itália e Brasil tinham uma relação de pensamentos políticos correlatos onde, naquela época, se tentava centralizar como forma de justiça. O que contrapõe os dois países é que, passado o marco de autoritarismo, só a Itália teve êxito em construir um novo Código de Processo Penal voltado para resguardar direitos e garantias do indivíduo.

Dessa forma, uma nova Itália trouxe amplo aparato de princípios com a promulgação do *Codice di Procedura Penale*, em 1988, este guiado por uma ideia garantista contido na Constituição Italiana.

Existe uma previsão expressa garantindo a duração máxima da prisão preventiva, onde as normas devem estar em consonância com o artigo 27 da Constituição Italiana que consagra a presunção de inocência.

Na fase intermediária, antes da sentença condenatória, em rito ordinário, a lei dispõe que a duração da prisão preventiva será de até seis meses em crimes de pena máxima cominada até 6 anos; um ano, para crimes de pena máxima de entre seis e vinte anos; um ano e seis meses caso o crime tenha pena máxima superior a 20 anos.

3.2. A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO PREVENDO A DURAÇÃO MÁXIMA DA PRISÃO PREVENTIVA

O que vem acontecendo em todo o país é a superlotação das instituições prisionais. De acordo com Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do Relatório “Presos em Unidades Prisionais no Brasil”, o número de indivíduos que sem encontram em

unidades prisionais no Brasil, do período de julho a dezembro de 2019, totaliza 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove). Tal número não abarca os dados da Polícia Judiciária (Federal, Distrital e Estadual) e Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

Importante salientar que dos 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) presos, 362.547 (trezentos e sessenta e dois mil quinhentos e quarenta e sete) estão em regime fechado e 133.408 (cento e trinta e três mil quatrocentos e oito) encontram-se no regime semiaberto. Já os provisórios somam o importe de 222.558 (duzentos e vinte e dois mil quinhentos e cinquenta e oito), ou seja, aproximadamente 30% (trinta por cento) dos presos ainda não obtiveram decisão definitiva, razão pela qual são atingidos pela prisão cautelar, podendo estar enquadrados na prisão em flagrante (art. 302 do CPP), prisão preventiva (art. 311 do CPP) ou prisão temporária (art. 1º da Lei nº 7.960/98).

Esses dados mostram que pode existir uma certa cultura punitivista do Estado onde o cárcere seria a base para uma solução confortadora do clamor público para os problemas da criminalidade, o que poderia causar uma banalização da prisão preventiva.

As decretações das medidas cautelares através desse viés, acabam por ser baseadas na análise judicial subjetiva e, por vezes arbitrária, como ressalta Badaró; Lopes Júnior (2009, p. 84), conforme citado por Nakaharada (2015, p. 125):

Ocorre que atualmente a forma de aplicação da garantia ao prazo razoável da prisão preventiva na realidade brasileira fica ao arbítrio da autoridade judiciária responsável pela condução do processo e varia conforme o entendimento adotado sobre o parâmetro que seria aplicável no caso concreto. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2009, p. 84 apud NAKAHARADA, 2015, 125).

Por um lado, temos a insegurança jurídica onde o indivíduo acaba sendo submetido a prazo incerto na duração máxima da prisão preventiva e por outro lado temos a necessidade de manutenção da segurança jurídica pelo Estado através da razoabilidade da duração da prisão preventiva. De acordo com Nucci (2020, p. 991) “torna-se muito importante, entretanto, respeitar a razoabilidade de sua duração, não podendo transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para a instrução do feito”.

Analisando o instituto da prisão preventiva nos casos concretos, cabe ressaltar o famoso caso do “André do Rap”, que expõe fragilidades na execução da prisão

preventiva. O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal em sua redação determina que o juiz faça reanálise da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias. No caso em questão, o prazo predeterminado não foi seguido e a avaliação que deveria ter ocorrido, foi negligenciada pelo juiz de primeiro grau.

O STF cumprindo o art. 316, revogou a prisão preventiva por falta de reanálise do juiz de primeiro grau, colocando o acusado em liberdade. Por divergências entre os ministros, houve votação, onde a maioria definiu que a inobservância do prazo não implica na revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos. Desta forma, o STF mais uma vez exerceu a função típica do Legislativo. Nesse sentir, Baldissera (2020), analisando o referido caso, afirma que:

Quer dizer, o STF, guardião da Constituição, mas enternecido com os anseios do povo, decide de forma contrária a ela (art. 5º, LXV). Ou pior, modifica a semântica da redação, dando interpretação em sentido oposto e esvaziando por completo o sentido da norma. (BALDISSERA, 2020).

Por essas e outras vemos que existe a necessidade de existir lei específica decretando prazos para a medida cautelar. Assim princípios constitucionais poderiam se configurar mais seguros, como menciona Lima:

Ao longo dos anos, em virtude dessa indeterminação do prazo da custódia preventiva, diversos abusos foram cometidos, em patente violação à natureza provisória da prisão cautelar, que se via transformada, mediante subversão dos fins que a legitimam, em inaceitável antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, § 5º). (LIMA, 2020, p. 1.082).

Resta deixar claro que o princípio da razoabilidade deve estar em consonância com o estabelecimento de prazos para a prisão preventiva uma vez que existe relação de dependência da peculiaridade e particularidade de cada caso, facilitando a atuação do Estado e satisfazendo as finalidades do processo e das partes, bem como visando a limitação da atuação do juiz perante a decisão da medida cautelar, de modo a evitar decisões arbitrárias pelo magistrado, já que o entendimento de cada juiz aplicado no caso concreto é variável.

Por fim, poderia se configurar uma forma de legislação para a prisão preventiva. Assim, Santos (2008, p. 92) citado por Nahakadura (2015, p. 126), afirma que “é

necessário, assim, que lei ordinária estipule prazos definidos de duração máxima da prisão preventiva para que se constitua um limite à atividade do poder jurisdicional”.

Entende-se que para estipular o tempo de duração da aplicação de uma medida cautelar, em especial a prisão preventiva, através de leis, é imprescindível considerar o princípio da razoável duração do processo sabendo que o acusado deve estar protegido. Atualmente, está em trâmite o novo Código de Processo Penal onde há a esperança de um projeto de lei prevendo legislação processual penal para a prisão preventiva, esse seria o contexto mais próximo para se ter prazos se tratando de prisão preventiva.

4. O EXCESSO DE PRAZO NO PROCESSO PENAL E A AUSÊNCIA DE SANÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO

Oportuno mencionar, nesta temática, o pensamento de Lopes Júnior (2019, p. 86), segundo o qual “a questão da dilação indevida do processo devem também serem reconhecidas nas hipóteses em que o imputado está solto, isto porque estar livre do cárcere não o deixa livre dos estigmas e das angústias inerentes ao processo penal”. Em ambas as situações, com prisão cautelar ou até mesmo sem ela, as dilações indevidas devem ser reconhecidas, visando proteger as garantias fundamentais do acusado.

Sob o enfoque da prisão preventiva, Lopes Júnior (2019, p. 88), utiliza a expressão “(de)mora jurisdicional porque ela nos remete ao próprio conceito (em sentido amplo) da “mora”, na medida em que existe uma injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional”. Com a demora excessiva no tempo da prisão preventiva, por óbvio, fica caracterizado este “inadimplemento” em detrimento da liberdade do acusado.

Na obra de Aury Lopes Junior, supramencionada, demonstra-se o marco inicial da preocupação com a (de)mora na prestação jurisdicional como verdadeiro problema para a Administração da Justiça. Considerando o cenário mundial, foi o Pós Segunda Guerra Mundial que enfatizou a pertinência da problemática a ser abordada, cuja solução foi a inserção do direito fundamental a razoável duração do processo na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10/12/1948, da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição Federal de 1988 recebeu

expressamente o direito fundamental. A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A problemática surge pelo fato de tanto as convenções supramencionadas, como a Constituição Federal de 1988 não terem estipulado prazos máximos para duração do processo, tampouco delegaram para que lei ordinária o fizesse. Surge, então, o que Lopes Júnior (2019, p. 89) chama de “doutrina do não prazo”, que ocorre em razão da ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento.

Logo, diante do cenário dificultoso que se encontra o acusado quando posto em prisão preventiva, considerando demora excessiva, segundo o pensamento do autor, é necessária fixação de duração máxima do processo e da prisão cautelar, hipótese que torna necessária sanção em caso de descumprimento de prazos, devendo acarretar na extinção do processo ou na liberdade automática do imputado.

Nucci, por sua vez, demonstra que a ausência de um prazo determinado de duração da prisão preventiva é, de fato, uma problemática. Aduz que devem ser respeitados a razoabilidade de duração, não transpondo limites de bom senso e da efetiva necessidade para a instrução do feito. Assim, Nucci (2020, p. 174) passa a defender, então, a existência de princípio constitucional implícito, qual seja “a duração razoável da prisão cautelar”.

Porém, Nucci (2020, p. 175) defende uma interpretação lógico-sistemática, utilizando o princípio da razoabilidade, não para atribuir prazo máximo, ou prazo determinado com sanção para o descumprimento, mas para que a “razoabilidade seja a justa medida do bom senso”, sem necessidade de prazos fixos para o término da instrução.

Desse modo, impende ressaltar que o presente estudo defende o posicionamento de Aury Lopes Júnior, visto que, sob sua ótica, considerando a existência de prazo máximo para a prisão preventiva através de regulamentação, não haveria indeterminação temporal que pudesse acarretar em questionamentos acerca de razoável duração do processo, pois o critério se tornaria objetivo.

4.1. DA SÚMULA 52 E A CONTROVÉRSIA DO EXCESSO DE PRAZO COM O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A falta de entendimento consolidado sobre o prazo para a prisão cautelar também está presente no âmbito jurisprudencial. Nessa senda, cumpre destacar a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça, na qual se lê que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal”. A divergência sobre seu entendimento repercute entre os doutrinadores e especialistas, tanto sobre a sua redação quanto sobre a compatibilidade com os princípios processuais penais, pois alguns autores não concordam que o constrangimento ilegal se acaba com o fim da instrução criminal, visto que o fim da instrução criminal não resulta no fim do processo, como explica Nahakadura (2015, p. 144) “a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça limitou ainda mais o âmbito de incidência do critério de aferição de razoabilidade da prisão preventiva e excluiu a fase de prolação da sentença”.

Ademais, a nossa Carta Magna assegura a duração razoável do processo no art. 5º, LXXVIII, assim o período entre o fim da instrução criminal e a sentença condenatória pode configurar constrangimento ilegal, quando o excesso de prazo não decorrer do acusado, pois encerrada a instrução criminal o juiz ainda pode expedir diligências, assim como os prazos para as alegações finais e sentença.

Com esse tempo entre o fim da instrução criminal e a sentença, o acusado que está preso não poderia alegar excesso de prazo pelo critério adotado na Súmula 52. Se existe um direito fundamental, que é a duração razoável do processo, deve existir um prazo para o término do processo criminal e não somente da instrução criminal, como afirma Lopes Júnior, *in verbis*:

Esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo a quo anterior ao julgamento em primeiro grau, é incompatível com o direito ao processo penal em prazo razoável, assegurado pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição. O direito à “razoável duração do processo” não pode ser reduzido ao direito à “razoável duração da instrução”. O término da instrução não põe fim ao processo. (JÚNIOR, 2019, p. 711).

Alguns julgados dos tribunais brasileiros se posicionam de acordo com o entendimento constante da redação da Súmula 52, reafirmando que o excesso de prazo se resta superado com o fim da instrução processual.

No caso em questão a defesa alega excesso de prazo para a formação da culpa, visto a demora para o término da instrução processual. Além disso, há que se considerar o lapso temporal até a prolação da sentença. O Tribunal de Justiça do Espírito Santo entendeu que mesmo com a demora comprovada, o excesso de prazo não se configura só pelas somas aritméticas, sendo necessário uma análise de

razoabilidade para argumentar sobre o caso. O feito foi conhecido e denegado, conforme transcreve-se a seguir:

HABEAS CORPUS – ARTIGOS 121, § 2º, INCISOS I E IV E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CPB - PRISÃO PREVENTIVA – MANUTENÇÃO - CONSTANGIMENTO ILEGAL - 1) EXCESSO DE PRAZO NA REALIZAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: AUTOS NA FASE DE ALERGAÇÕES FINAIS – APLICABILIDADE DA SÚMULA 52 DO STJ. 2) AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DO PERICULUM LIBERTATIS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA: INOCORRÊNCIA. 3) OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. 1) Os prazos processuais penais não podem resultar de meras somas aritméticas, sendo imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, uma vez que o discurso judicial não é mero discurso de lógica formal. Princípio da razoabilidade – art. 5º, LXXVIII, da CF/ss. Precedentes dos Tribunais Superiores. Outrossim, considerando que os autos se encontram na fase de alegações finais, aplica-se a Súmula 52 do STJ. 2) A decisão que decretou a prisão preventiva está devidamente fundamentada, de acordo com a norma legal e em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX da CF/ss e nos artigos 282, incisos I e II, 311, 312, 313, inciso I c/c o 282, §6º e 315, todos do CPP, portanto, manifestamente improcedentes as considerações expendidas no sentido de rotular-se a decisão judicial como destituída da necessária fundamentação legal, sendo imperiosa e necessária a manutenção da prisão. 3) Embora a Constituição Federal vigente, admita que a regra no Estado Social e Democrático de Direito seja a liberdade, prevendo que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ela prevê, como exceção, a restrição à liberdade, conforme o inciso LXI do art. 5º, da CF/ss, e os arts. 312 e 313, ambos do CPP. Assim, estando a exceção à liberdade apoiada nas circunstâncias que a autoriza, não há que se falar em constrangimento ilegal, muito menos em ofensa ao princípio da presunção de inocência. 4) Ordem denegada VISTOS, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Criminal, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator. Vitória/ES de 2014. PRESIDENTE RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA. (TJ-ES-HC: 00152144720148080000, Relator: SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, Data de Julgamento: 23/07/2014, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/07/2014).

Por outro lado, também existem visões referentes a Súmula 52 que preferem que o processo criminal corra a teor da não prazo, dessa forma podendo ir de acordo com a redação da súmula, já que segundo sua redação, o tempo entre o fim da instrução processual e a sentença não configura excesso de prazo. Assim, de acordo com Nucci:

Dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular um prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o cômputo de 81 dias, que era a simples somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse. (NUCCI, 2020, p. 992).

Atualmente a Súmula 52 continua sendo motivo de divergência por parte dos tribunais, que decidem, em alguns casos, com uma interpretação que afirma poder haver excesso de prazo entre o encerramento da instrução e a sentença, como explica Lima:

O Superior Tribunal de Justiça também vem sujeitando as súmulas 21 e 52 a uma releitura, no sentido de que, ainda que encerrada a instrução criminal, é possível reconhecer o excesso de prazo na formação da culpa, especialmente quando o caso evidenciar flagrante ilegalidade decorrente de mora processual não imputável ao acusado. (LIMA, 2020, p. 1.090).

O acusado amparado pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, deseja que o seu processo seja concluído em um tempo razoável, haja vista que o término da instrução criminal não encerra o processo. Nessa linha de pensamento, autores como Lopes Júnior (2019, p. 712), divergem da redação da súmula a ponto de não concordar com sua existência e afirmam que “é chegado o momento de serem canceladas as Súmulas ns. 52 e 21 do STJ, pois incompatíveis com o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável”.

Com a redação da Súmula 52, afirmando que o constrangimento é superado com o fim da instrução processual, defende-se, neste estudo, pensamento diverso e se acredita que, por vezes, a demora nas fases derradeiras do pós-instrução processual poderiam acarretar em um prolongamento do feito que seria imputado ao Estado, o que configuraria o constrangimento, de acordo com Breatas:

E se, finda a instrução, o julgamento demorar? E se o juiz, mesmo após superada a fase instrutória, demorar para sentenciar? O término da instrução não pode ser confundido com o término do processo. O direito do acusado é de ser julgado num tempo razoável e não de ter seu processo instruído num tempo razoável. (BRETAS, 2006, p. 103).

A afirmação de que todos os processos, após o fim da instrução criminal, serão finalizados em um tempo “curto” é, no mínimo, insegura, uma vez que o juiz pode ser capaz de retardar ou haver uma morosidade na prolação da sentença.

Nessa linha de raciocínio, cumpre trazer à baila o Habeas Corpus nº 06322820520208060000 julgado pelo Tribunal de Justiça do Ceará, onde acusado, respondendo pelos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, foi preso em flagrante na data (06/11/2019). Com a instrução criminal encerrada e os memoriais finais apresentados, os autos estiveram conclusos para sentença na data

de 25/10/2019. Passaram-se 11 (onze) meses e não houve o julgamento do feito e, somente após a defesa entrar com pedido de revogação da prisão preventiva, é que o Tribunal acatou o pedido em virtude da demora injustificada por parte do Estado acarretando em constrangimento ilegal:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006). POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI Nº 10.826/2003). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Demora injustificada. WRIT CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. 1. O paciente está preso provisoriamente por tempo que ultrapassa a fronteira da razoabilidade protelatória do mesmo ou de sua defesa técnica. 2. São normas de aplicabilidade imediata, insculpidas no art. 5º do Documento Constitutivo do Estado Brasileiro, as seguintes: “(…); LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (…); LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (…); LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (…)”.

Tais preceitos fundamentais da Carta Magna, perfeitamente ajustados à disciplina jurídica internacional dos Direitos e Garantias Individuais da Pessoa Humana, documentados nos Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Estado Brasileiro é signatário, são de irrefutável observância pelos agentes públicos, mormente do Poder Judiciário, em qualquer de suas instâncias. 3. No presente caso, tem-se que o paciente fora preso no dia 06/11/2018, há quase 1 (um) ano e 11 (onze) meses, estando os autos conclusos para a sentença desde 25/10/2019, portanto, há cerca de 11 (onze) meses. Tratando-se de réu preso, já que o processo possui simples complexidade e número pequeno de autores, não há justificativa para a demora no julgamento do feito, denotando-se desídia por parte do Estado Juiz. 4. Em assim sendo, manter esta espécie de segregação, cuja característica fundamental é a provisoriedade, é desnaturá-la, impingindo-lhe uma estigma de inconstitucional permanência, razão pela qual é ilegal a continuidade da prisão cautelar, recomendando-se a adoção das medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, em substituição à segregação decretada, podendo o magistrado de piso aplicar outras medidas que achar necessário. 5. Ordem conhecida e concedida. ACÓRDÃO Acordam os integrantes da Terceira Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade da Turma, em conhecer do presente pedido de Habeas Corpus, para conceder a ordem, nos termos do voto da douta Relatoria. Fortaleza/CE, 29 de setembro de 2020. Francisco Lincoln Araújo e Silva Presidente do Órgão Julgador Marlúcia de Araújo Bezerra, Data de Julgamento: 29/09/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/09/2020. (TJ-CE – HC: 06322820520208060000 CE 0632282-05.2020.8.06.0000, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 29/09/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/09/2020).

Nessa esteira, resta comprovado que pode existir constrangimento ilegal após o fim da instrução processual. Acredita-se que o acusado amparado pelo art 5º, LXXVIII, deve ter uma duração razoável do processo até a sentença, porque a mora

e o retardo do Estado pode, sim, existir entre o término da instrução processual e a sentença condenatória, como comprovado no caso exposto.

A partir deste julgado concordamos com a ideia de Oliveira:

Não se quer levar a crer que a Súmula 52 do STJ caiu em desuso ou é inaplicada; não é isto. Apenas se quis ilustrar com estas decisões, que, felizmente, ela vem encontrando limites, ou seja, quando a demora é injustificada a razoabilidade vem sendo utilizada de modo que seja se concedam os pedidos de liberdade. (OLIVEIRA, 2008, p. 124).

Com isso conclui-se que a Súmula 52 continua sendo muito utilizada, entretanto não se concorda com a maneira que o referido entendimento sumular vem sendo utilizado. Defende-se, neste estudo, que o constrangimento ilegal resta superado após a sentença condenatória e que o lapso temporal entre o fim da instrução criminal e a decisão de caráter condenatório pode se configurar constrangimento com a demora sem justificativa do Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, objetivou-se, no primeiro tópico, abordar o direito do acusado à razoável duração do processo, encontrando arrimo no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal da República Brasileira. Tal direito ganha, assim, *status* de norma constitucional, devendo todo o ordenamento jurídico levá-la em consideração para a criação, modificação ou exclusão de quaisquer normas. Além disso, analisou-se, de maneira detalhada e minuciosa, as disposições legais que preconizam e preveem o direito à razoável duração do processo em todo o sistema legal.

Na segunda parte abordou-se a garantia da presunção de inocência, também prevista constitucionalmente, e a sua correlação com a razoável duração do processo. Assim, explica-se: caso a presunção fosse aplicada ao extremo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em tese, não haveria a necessidade de decretação da prisão preventiva, uma vez que sempre se partiria da premissa de que todo o indivíduo é inocente. Ademais, objetivou-se expor e compreender em quais hipóteses a prisão perderia a validade e eficácia, havendo, como consequência direta, o desencarceramento, isto é, a liberdade do acusado.

Por fim, na terceira e última parte propôs-se a realizar uma abordagem histórica do instituto da prisão preventiva no Brasil, bem como buscou-se a comparação entre ordenamentos jurídicos distintos, a saber: Argentina e Brasil. Neste tópico pode-se

compreender por qual motivo se faz absolutamente urgente e imprescindível a regulamentação de legislação que regulamente o prazo máximo que este tipo de prisão poderá ser submetido. Ademais, defendeu-se a necessidade de criação e aplicações de sanções pelo descumprimento do prazo máximo que seria estipulado, como uma forma de dar efetividade e cumprimento ao dispositivo legal, juntamente com a análise da Súmula 52.

Desse modo, impende ressaltar que o presente estudo defende o posicionamento do eminente Professor Aury Lopes Júnior, visto que, sob sua ótica, considerando a existência de prazo máximo para a prisão preventiva através de regulamentação, não haveria indeterminação temporal que pudesse acarretar em questionamentos acerca de razoável duração do processo, pois o critério se tornaria objetivo.

REFERÊNCIAS

BALDISSERA, Rafaela dos Reis. Caso André do Rap, Supremo e o vazio deixado no §único do art. 316 do CPP. **Canal Ciências Criminais**, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-andre-do-rap-supremo-e-o-vazio-deixado-no-%c2%a7-unico-do-art-316/>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

_____. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de nov. de 2020.

_____. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil**: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2ltNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 29 de nov. de 2020.

_____. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

_____. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

_____. **Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%2752%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%2752%27).sub). Acesso em: 20 de nov. de 2020.

BREATAS, Adriano Sérgio Nunes. **O excesso de prazo no processo penal.** 1. ed. Curitiba: JM, 2006, p. 103.

FUCILINI, Diego Castilho. As origens fascistas do Código de Processo Penal de 1941. **Justificando**, 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/06/15/as-origens-fascistas-do-codigo-de-processo-penal-de-1941/>. Acesso em: 28 de nov. de 2020.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal.** 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 85.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2020. p. 1.081; 106;1.087.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo. **Prisão Preventiva:** direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 11.

OLIVEIRA, Ronaldo Kietzer. **O excesso de prazo nas súmulas do STJ.** Revista de Direito Público, Londrina, v. 3, n. 1, p. 118-127, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/10903/9537>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro.** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan-fev., 2015, p. 265-266. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

STJ. HC 214.921/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 17/03/2015, DJe: 25/03/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178706653/habeas-corpus-hc-214921-pa-2011-0181514-1/relatorio-e-voto-178706668>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

TJ-CE. HC: 06322820520208060000, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 29/09/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/09/2020, **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936238904/habeas-corpus-criminal-hc-6322820520208060000-ce-0632282-0520208060000>. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

TJ-ES. HC: 00152144720148080000, Relator: SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, Data de Julgamento: 23/07/2014, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/07/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375955043/habeas-corpus-hc-152144720148080000>. Acesso em: 01 de dez. de 2020.