

AUSÊNCIA DE LIMITE DE PRAZO PARA PRISÃO PREVENTIVA E PROPOSTA DE CONTROLE EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: INEQUIVALÊNCIA ENTRE PRISÃO PENA E PRISÃO PROCESSUAL

*ABSENCE OF TIME LIMIT FOR PREVENTIVE DETENTION AND PROPOSAL FOR CONTROL
IN LIGHT OF PRESUMPTION OF INNOCENCE: INEQUIVALENCE BETWEEN SANCTION AND
PROCEDURAL DETENTION*

Roger Machado

*Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).
Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/IDPEE-Coimbra e em Direito Penal
e Processo Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Assessor no Ministério
Público Federal.
roger_rm@outlook.pt*

RESUMO

A legislação brasileira não prevê um prazo máximo para a prisão preventiva. É comum que os Tribunais exerçam algum tipo de controle por meio de critérios fluidos como proporcionalidade e razoabilidade. A doutrina nacional, por sua vez, apresenta algumas possibilidades de controle a partir da soma de prazos processuais. O problema que se coloca, entretanto, é saber se prisões preventivas por prazo indeterminado são compatíveis com o princípio da presunção de inocência. Assim, apresenta-se uma noção de presunção de inocência, seguida da exposição dos posicionamentos sobre controle de prazos de preventivas para, por fim, sugerir um novo critério de controle baseado nas frações de tempo suficientes para progressão de regime, previstas na Lei de Execução Penal. O trabalho foi desenvolvido essencialmente com pesquisa doutrinária e aportes pontuais de Cortes Internacionais (CORTE IDH, TEDH), recorrendo-se a decisões jurisprudenciais nacionais em alguns casos como forma representativa da compreensão e do comportamento judicial majoritário sobre determinados pontos de exame.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Prisão preventiva. Limite. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT

Brazilian legislation does not set a maximum term for preventive detention. Courts usually exercise some kind of control via fluid criteria such as proportionality and reasonableness. National legal theory, in turn, presents some possibilities of control based on the sum of procedural deadlines. The emerging issue, however, is whether indefinite preventive detention is compatible with the principle of presumption of innocence. Hence, this paper presents a notion of presumption of innocence, followed by an exposition of the

positions on control of the terms of preventive detention to, finally, suggest a new criterion of control based on sufficient time fractions for regime progression, as provided for in the National Prison Law. The study was developed essentially using legal theory research and occasional contributions from International Courts (IACHR, ECHR), resorting to national case law decisions in some cases as a representative of the majority judicial understanding and behavior on certain points.

Keywords: Presumption of innocence. Preventive detention. Limit. Prison Law.

Data de submissão: 20/10/2021

Data de aceitação: 04/12/2021

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE TRATAMENTO COMO INOCENTE. 2. PRISÕES PREVENTIVAS POR PRAZO INDETERMINADO E AS PROPOSTAS DE CONTROLE DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. 3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO INEQUIVALÊNCIA ENTRE PRISÃO PENA E PRISÃO CAUTELAR: CRITÉRIOS DA LEP PARA AFERIÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A presunção de inocência é um direito-garantia fundamental estatuído na Constituição, art. 5º, inciso LVII, no art. 8, §2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 14, §1º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e que se projeta como uma exigência constitucional e convencional de tratamento como inocente, servindo como orientação axiológico-normativa do processo penal e funcionando concretamente como vedação a quaisquer medidas que se traduzam em antecipação de pena e/ou de pré-juízos incriminatórios.

Nesse contexto, a par da ampla abrangência que tem o princípio em destaque, o tema das prisões preventivas talvez seja um dos pontos de contato mais relevantes no que diz respeito ao tratamento como inocente. Destacamos, em particular, as prisões demasiadamente prolongadas.

A legislação brasileira não prevê um limite máximo de duração da prisão preventiva,¹ ainda que recentemente tenha acolhido uma crítica corrente da doutrina acerca da necessidade de revisão periódica obrigatória sobre a legalidade da prisão, agora prevista no art. 316, parágrafo único, CPP, com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019.²

A revisão periódica traz em si uma expectativa de possível controle, mesmo que insuficiente, a respeito da legalidade das prisões que se prolongam no tempo. Assim, o exame a cada 90 dias determinado pela lei cria a obrigatoriedade de que uma decisão judicial tenha que aferir a real situação do caso concreto e verificar se permanece algum perigo processual gerado pelo estado de liberdade do suspeito ou do acusado.

No entanto, mesmo a revisão periódica, numa realidade como a brasileira, pode não dar conta de superar o problema das prisões preventivas ilegais. Isso porque, na prática, se constata que as prisões para conveniência da instrução criminal podem se arrastar por anos sob o argumento de que a fase de instrução ainda não está encerrada e de que o réu é uma ameaça para o processo ou, ainda, pela complexidade do caso.

Ademais, quando ocorrem prisões para garantia da ordem pública essa revisão pode ser meramente protocolar, posto que, fundamentada em razões de segurança social e não processual, a manutenção da prisão é facilitada pelo recurso sistemático a expressões genéricas e hiperbólicas sobre o perigo causado pela liberdade do réu à sociedade.

Neste artigo, o problema proposto é se a ausência de prazo máximo para prisão preventiva é compatível com a exigência constitucional e convencional de tratamento como inocente. A hipótese inicial é que há uma efetiva incompatibilidade entre o direito-garantia destacado e as prisões preventivas por prazo indeterminado. Sugere-se como solução viável, ainda que paliativa no contexto atual, a adoção de prazos estabelecidos na Lei de Execução Penal (LEP) para progressão de regime como vetores de controle do tempo máximo de prisão preventiva.

¹ O projeto de CPP que tramita no Congresso Nacional desde 2009 traz inovações importantes na matéria, ao estabelecer prazo máximo de 30 dias de duração da preventiva durante o inquérito policial, findo o qual deve ser imediatamente revogada (arts. 14, § único c/c art. 31, §§ 3º e 4º). No art. 559, § 2º, fixa um prazo máximo de 4 anos para a prisão preventiva no curso do processo. Em todo caso, as prisões durante o processo seriam orientadas por prazos específicos de acordo com cada etapa processual (art. 558). Primeiro, os prazos são fixados a partir de momentos em que decretada a medida: Até a sentença condenatória, o prazo máximo, em regra, de 180 dias; após a sentença, até 360 dias. Mas há hipóteses de aumento e de prorrogação: No caso de júri, são 180 dias até a decisão de pronúncia e outros 180 dias até a sentença condenatória. E mais: caso o réu recorra por meio de REsp e RE o prazo de 360 dias será acrescido de outros 180 dias, ou seja, o simples fato de exercer um direito (de recurso), permite que se fique preso por mais tempo. A todos os prazos previstos no art. 558, acrescentam-se mais 60 dias, caso o crime tenha pena máxima igual ou superior a 12 anos. Chama atenção, aliás, que o juiz pode decretar a medida com prazo certo, conforme art. 561 do Projeto.

² A Lei 13.964/19 introduziu no CPP o art. 3º-B, §2º, de onde se retira um prazo máximo para prisão preventiva durante o inquérito policial, tendo em vista que em caso de investigado preso, o inquérito só poderia ser prorrogado por uma única vez, por 15 dias, a partir do qual, se não concluída a investigação, a prisão deveria ser relaxada. Mas este prazo, para além de não aplicável ao processo penal, ainda está suspenso em razão de medida cautelar nas várias ADIs ajuizadas contra as reformas introduzidas pela Lei, dentre elas as ADIs 6298, 6299, 6300.

1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE TRATAMENTO COMO INOCENTE

Em seu aspecto endoprocessual, a presunção de inocência destina-se aos agentes oficiais e é uma regra de tratamento que exige que o acusado não seja tratado como culpado nem como objeto do processo. As restrições de direitos do acusado devem pautar-se pela justificativa fática e jurídica e pela legalidade, não sendo admitida qualquer prática que culmine na antecipação de um juízo de censurabilidade. Engloba os atos de investigação e todos os demais atos capazes de atingir o suspeito ou acusado durante o processo.³

A presunção de inocência não compactua com qualquer modelo de tratamento que equipare o acusado a um condenado, característica que opera primordialmente, mas não exclusivamente, sobre as prisões processuais, a revesti-las de legalidade somente quando são de natureza cautelar ao processo.

Como regra de tratamento, ela impõe ao Estado o dever de tratar todo suspeito ou acusado como inocente, sendo interditas, nessa hipótese, quaisquer restrições de direitos em razão exclusiva da imputação, ou seja, antes da sentença final qualquer medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade torna-se uma afronta ao princípio constitucional.⁴

Para Badaró, a mais clara manifestação dessa garantia ocorre na interdição de prisões automáticas, obrigatórias ou ainda fragilmente subsidiadas por presunções abstratas de periculosidade do agente, de fuga ou outras generalidades similares, sem, contudo, imaginar-se que a garantia vede prisões processuais, desde que concretamente fundamentadas.⁵

Ou seja, encerra uma garantia de liberdade destinada a impedir que o poder público aja ou se comporte “em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado e ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado”.⁶

Segundo Zanoide de Moraes, “a presunção de inocência, como ‘norma de tratamento’, tem relevância pois por ela se garante que, até o término do devido processo penal, a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores”.⁷ Nesse contexto, por violação pode-se entender dispositivos legais “que de forma absoluta e aprio-

³ GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, 2015, p. 106-109.

⁴ Será constitucional quando for revestida de caráter eminentemente instrumental, voltada à instrução do processo ou à garantia da satisfação do resultado final, aí compreendidas tanto a prisão como cautela instrumental, quanto a prisão como cautela final, para evitar uma fuga, por exemplo. Já a execução provisória da pena, por confundir o réu com o culpado e assim o tratar, é incompatível com o princípio, segundo o autor. GOMES FILHO, A. M. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, 1991, p. 42-43; p. 69-72.

⁵ BADARÓ, G. H. **Processo penal**, 2019, p. 66.

⁶ LIMA, R. B. de. **Curso de processo penal**, 2013, p. 10.

⁷ MORAES, M. Z. de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, 2010, p. 426.

rística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que, *prima facie*, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva”.⁸

A temática da presunção de inocência encontra-se também na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como **proteção jurídica da liberdade e como dever de tratamento (múltiplas direções)**. Vista por esse ângulo, a garantia aplica-se vedando as restrições e limitações ilegais, abusivas ou arbitrárias da liberdade e proíbe a antecipação de juízos de culpa em desfavor de pessoas suspeitas ou acusadas como forma ilegítima de aplicação de medidas coercitivas ou como emanação de opiniões incriminatórias.

Dessa garantia decorre o dever estatal de não restringir a liberdade de alguém sem uma causa estritamente excepcional e necessária para assegurar o desenvolvimento eficiente das investigações ou resguardar a ação da justiça, uma vez que a prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva.⁹ Isso ocorre em razão da regra ser a liberdade até que se prove a responsabilidade penal de alguém.¹⁰

Várias decisões da Corte IDH restringem a utilização da prisão preventiva para finalidades eminentemente processuais, portanto cautelares, rechaçando a possibilidade de manuseio do instrumento de privação temporária da liberdade em razão de finalidades preventivas gerais ou especiais próprias da pena e censurando de forma explícita qualquer modalidade de antecipação da pena como violadora da presunção de inocência.^{11, 12, 13, 14} Com isso, a Corte IDH também define importantes critérios distintivos entre a natureza cautelar da medida restritiva de direito/liberdade durante a investigação ou processo e a medida sancionatória própria da pena.

Esses critérios estão justamente na ideia de demonstração e reconhecimento judicial da culpabilidade que, por meio de uma sentença definitiva, confirma a autoria de alguém quanto a um fato criminal específico e na finalidade à que se destina a prisão preventiva, obrigatoriamente distinta da finalidade punitiva inerente à pena.

No âmbito jurisprudencial brasileiro, a presunção de inocência, principalmente em seu aspecto de regra, dever ou exigência de tratamento, tem recebido atenção do STF em julgados de natureza diversa e, ainda que em muitas oportunidades não seja possível extrair de forma clara lições sobre o conteúdo do princípio, diante da fórmula decisória pouco

⁸ *Ibidem*, p. 426-427.

⁹ *COSTA RICA. Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador*. Sentença de 21 de novembro de 2007 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas), 2007, § 145.

¹⁰ *Idem. Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativistas do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentença de 29 de maio de 2014 (Mérito, reparações e custas), 2014b, § 130.

¹¹ *Ibidem*, §310.

¹² *Idem. Ricardo Canese vs Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004 (mérito, reparações e custas), 2004, § 154 e § 162.

¹³ *Idem. Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009 (Mérito, reparações e custas), 2009, §111 e §121.

¹⁴ *Idem. Bayarri vs. Argentina*. Sentença de 30 de outubro de 2008 (Mérito, reparações e custas e exceções preliminares), 2008, §110.

consensual e das oscilações a que o tema tem se submetido nos últimos anos, é possível extrair pelo menos uma diretriz normativa atribuível à presunção de inocência enquanto regra de tratamento, a saber, a impossibilidade de antecipação de efeitos penais próprios da pena ou de restrições de direitos sem que haja prévia responsabilização penal.

No entanto, embora seja lugar-comum esse tipo de afirmação, é igualmente corriqueira a tentativa de modificar os marcos legais em que se delimita a fronteira entre o que traduz uma antecipação de efeitos e o que se considera como efeitos temporalmente adequados de uma sanção penal.¹⁵

O direito-garantia fundamental da presunção de inocência, compreendido e contextualizado com o Texto Constitucional brasileiro e com os tratados internacionais a que o Brasil aderiu, permite atribuir-lhe normatividade e delimitar dois pontos cruciais: o de conteúdo, que diz com a abrangência e com a extensão dos significados a ela reconduzíveis e acima adiantados; e do aspecto temporal, o marco definitivo imposto pela própria Constituição, de modo que quando tratamos de distinguir entre uma sanção penal regular e uma antecipada, ou simplesmente entre uma restrição de direito fundamental regular ou antecipada, é preciso ter uma noção adequada do que significa essa antecipação e ao que exatamente ela se antecipa. No caso, o marco temporal distintivo é justamente o trânsito em julgado de decisão de mérito penal condenatória.

A conjugação de diplomas normativos de origem nacional e internacional, portanto, dá respaldo ao que chamamos de exigência constitucional e convencional de tratamento como inocente, impondo não apenas a observância dos preceitos legais, mas também o respeito, sobretudo em matéria internacional, aos entendimentos jurisprudenciais já consolidados pela Corte IDH, a quem, em última instância, cabe a interpretação definitiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Com efeito, as determinações de tutela são extraídas ainda do sistema interamericano de direitos humanos e das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro a partir da adesão a um conjunto de normas de caráter internacional, dentre as quais, figura a presunção de inocência. Mais do que uma adesão formal, exige-se também um respeito ao conteúdo eficaz e às interpretações dadas ao tema pelas cortes internacionais.¹⁶

2. PRISÕES PREVENTIVAS POR PRAZO INDETERMINADO E AS PROPOSTAS DE CONTROLE DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

A atual lacuna legislativa do ordenamento jurídico brasileiro impede qualquer limitação ao prazo das prisões preventivas. Em geral, o tema tem sido tratado no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Uma proposta tímida, embora elogiável, foi introduzida na legislação

¹⁵ Uma análise mais detalhada dessa jurisprudência consta no item 2.2.4 em MACHADO, R. **Presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento**: efeitos endoprocessuais e extraprocessuais, 2021.

¹⁶ MAZZUOLI, V. de O. **Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2018; dentre outros, v. COSTA RICA. **Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2010.

pela Lei n.º 13.964/2019 com a previsão de revisão periódica dos fundamentos da prisão preventiva a cada 90 dias (art. 316, § único, CPP). Trata-se de uma antiga reivindicação doutrinária, além de ser entendimento já consolidado no âmbito da Corte IDH.

Entretanto, a despeito da clareza da redação legal, sancionando com ilegalidade a ausência de revisão e motivação da decisão que mantém a medida cautelar, inúmeras decisões dos Tribunais Superiores contornam o dispositivo legal,¹⁷ sem um necessário controle de constitucionalidade que permitiria, se fosse o caso, afastar a aplicação do preceito legal.¹⁸

A propósito, um caso emblemático sobre a revisão periódica imposta pela inovação legislativa mencionada ganhou notoriedade por envolver indivíduo reconhecido como um dos líderes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). Isso porque obteve liminar no *Habeas Corpus* (HC) n.º 191.836-MC/SP, concedida por Marco Aurélio em 6 de outubro de 2020, reconhecendo o excesso de prazo da prisão preventiva em razão da ausência de decisão judicial que justificasse a manutenção da medida cautelar no prazo de 90 dias – a última decisão judicial que manteve a prisão ocorrera em 25 de junho de 2020, por ocasião do julgamento da apelação.¹⁹

Num movimento inusitado, a Procuradoria-Geral da República protocolou no dia 10 de outubro de 2020 um Pedido de Suspensão Liminar à Presidência do STF (SL 1395) que, em regime de plantão e em decisão no mesmo dia, cassou a liminar deferida pelo relator do HC. O caso foi pautado para análise do Plenário da Corte e contou com maioria no sentido de confirmar a decisão da Presidência que suspendeu a anterior concessão de

¹⁷ No HC 178.897/MT, o Min. Marco Aurélio implementou liminarmente a ordem, reconhecendo violação ao art. 316, § único em caso de prisão preventiva de um ano e 4 meses, sem decisão de revisão e prorrogação. No mérito, o Tribunal, sob liderança de Alexandre de Moraes, entendeu incabível a superação da súmula 691, não encontrando ilegalidade manifesta no caso e cassou a ordem concedida. Situação similar ocorreu no HC 178.596/PR, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, em que houve a concessão de liminar, mas não confirmada pela Primeira Turma. No STJ também se colhem manifestações jurisprudenciais que descumprem a legislação, sob argumento de que os prazos processuais devem ser analisados de forma global, ao ponto de que eventual excesso de prazo decorrerá de um exame de razoabilidade e proporcionalidade. Conferir, dentre outros: BRASIL, **Agravo Regimental no HC 588.513/SP**, 2020c; **Agravo Regimental no HC 580.323/RS**, 2020b; **Agravo Regimental no HC 579.125/MA**, 2020a.

¹⁸ Na linha de Streck, são seis as hipóteses que permitem a não aplicação de uma lei: Quando a lei for inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado ou afastamento de sua aplicação no controle difuso); a nulidade parcial com *ou* sem redução de texto; resolução de antinomias; conflito entre uma regra e um princípio; interpretação conforme a Constituição. Fora dessas hipóteses, diz o autor, é muito provável que a decisão seja arbitrária e destoante dos princípios do Estado Democrático de Direito. STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, 2013, p. 347-348.

¹⁹ Em sessão virtual realizada no dia 13 de novembro de 2020, a Primeira Turma do STF indeferiu a ordem requerida pelo impetrante, cassando a liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio. BRASIL. **Habeas Corpus 191.836/SP AgR**, 2020g.

liberdade obtida pelo paciente.²⁰ Ademais, o Plenário entendeu conveniente fixar a seguinte tese no julgamento concluído no dia 15 de outubro de 2020: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”.²¹

Curiosamente, o Plenário da Corte, por maioria, entendeu que não seria caso de imediata revogação da prisão preventiva em caso de ausência da revisão periódica dentro do prazo legal. Contudo, a própria lei prevê a ilegalidade da prisão cujos fundamentos não foram ratificados em revisão periódica, de modo que deveria ser imediatamente relaxada, nos termos da Constituição, art. 5º, inciso LXV.

Por sua vez, a duração razoável da prisão tem sido objeto de sugestões doutrinárias, julgamentos nos Tribunais Superiores e mesmo de decisões da Corte IDH e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que constituem importantes vetores para consideração. Passamos a expor algumas dessas contribuições.

Colhem-se na jurisprudência da Corte IDH formas de controle do prazo²² da prisão necessárias à preservação da garantia à presunção de inocência estabelecida no art. 8, 2, CADH. Uma delas diz respeito ao controle periódico sobre a legitimidade da medida justamente com o dever de apontar a “falta de razões que motivaram a adoção da medida cautelar”. Ou seja, “o juiz não tem de esperar até o momento de proferir a sentença absolutória para que uma pessoa detida recupere a liberdade, mas deve avaliar periodicamente se as causas, a necessidade e a proporcionalidade da medida se mantêm”, avaliando se o prazo da medida extrapolou os limites legais e da razão.²³

²⁰ No STJ, o paciente não havia obtido o reconhecimento do excesso de prazo no HC n.º 591.759/SP. Na decisão que indeferiu a liminar em 1 de julho de 2020, o relator Schietti Cruz asseverou, com base em posição consolidada na Corte, que os prazos legais devem ser analisados a partir da proporcionalidade e da razoabilidade, não se limitando a uma mera soma aritmética. Advertiu ainda que o paciente já ostentava duas condenações por crimes de tráfico de drogas e não reconheceu ilegalidade que justificasse a soltura imediata. Nessa decisão não há menção nem análise expressa do art. 316, § único, do CPP, com a novel redação. BRASIL. **Habeas Corpus n.º 591.759**, 2020e.

²¹ O acórdão foi publicado em 4 de fevereiro de 2021, (SL 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021).

²² A jurisprudência da Corte IDH faz uma distinção entre o que seria o prazo razoável da prisão, previsto no art. 7.5 e o prazo razoável do processo do art. 8.1 e sugere que a razoabilidade da prisão tende a ter critérios que reduzem o tempo que se admite como possível. De qualquer forma, em Suarez Rosero vs. Ecuador a Corte IDH entendeu violado o art. 7.5 porque a pessoa ficara presa preventivamente por mais tempo que o previsto para a pena máxima do delito. Também se reconheceu o excesso de prazo do juízo, ainda que sem maiores argumentações. HERNÁNDEZ, J. M. C. **Derecho a la libertad personal**, 2019, p. 247 e ss. Em relação a duração razoável do procedimento penal, a Corte IDH já afirmou, com base em jurisprudência do TEDH, que são critérios para análise: complexidade do assunto; atividade processual do interessado; conduta das autoridades judiciais. COSTA RICA, **Suárez Rosero vs. Ecuador**. Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito), 1997.

²³ *Idem*. **Bayarri vs. Argentina**, 2008.

Com efeito, a Corte IDH assentou nesse mesmo caso Bayarri que superado o prazo limite de prisão preventiva previsto na legislação interna, o suspeito ou acusado deveria ser colocado em liberdade, deixando que se extraia daí uma outra importante premissa: embora a CADH não determine um prazo máximo de prisão, exigindo no entanto que seja razoável, entende-se que aqueles Estados que optarem por fixar esses limites devem obediência a ele, sob pena de violação do direito à liberdade da pessoa afetada, consistindo assim em mais uma forma de controlar o excesso do tempo de privação da liberdade. O excesso de prazo da prisão preventiva viola a garantia do art. 8, 2, da CADH²⁴ e como advertido pela Corte IDH cabe aos Estados tanto na legislação quanto na sua aplicação respeitar a excepcionalidade da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência durante todo o procedimento.²⁵

É importante mencionar que ao exigir o respeito a um limite razoável da permanência do indivíduo em prisão preventiva, a Corte IDH não assume uma postura de indiferença em relação às eventuais necessidades de acautelamento do processo. Contudo, adverte que, caso ainda necessário o acautelamento e extrapolado o limite razoável, o Estado deverá recorrer a outras medidas que tenham o condão de garantir o comparecimento da pessoa ao julgamento,²⁶ afastando-se a prisão.²⁷

Por sua vez, um dos Princípios de boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, consolidados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na Resolução n.º 01/2008, sugere como critérios para aferição do prazo razoável: a complexidade do caso; a atividade processual do interessado; e a conduta das autoridades judiciais (Princípio V, devido processo legal).

O TEDH, ainda que não tenha definido um prazo máximo de duração da prisão preventiva, consignou em alguns casos que a manutenção da privação da liberdade deve pautar-se por determinados critérios, quais sejam, a persistência da condição de **suspeita** que recai sobre a pessoa afetada, além de outros motivos **relevantes e suficientes** que

²⁴ Ainda no sentido de que a privação da liberdade por período excessivo traduz uma indevida antecipação de pena e, portanto, violação do princípio da presunção de inocência. *Idem. Suárez Rosero vs. Equador*, 1997, § 110.

²⁵ *Idem. López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), 2006.

²⁶ Com efeito, a Corte IDH tem sua própria interpretação acerca do dever de comparecimento do acusado perante o juízo: “134. (...) Como se observa, la misma prisión preventiva, que sólo puede ser admitida excepcionalmente, tiene entre uno de sus fines más importantes asegurar la comparecencia del imputado en juicio, de forma a garantizar la jurisdicción penal y contribuye a combatir la impunidad. Asimismo, constituye una garantía para la ejecución del proceso. Además, Venezuela establece convencionalmente la prohibición de juicio en ausencia”. *Idem. Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014 (Excepciones preliminares), 2014a.

Entretanto, o dever de comparecimento ao juízo, no Brasil, precisa ser conciliado com o direito de não se autoincriminar, de onde também se extrai a prerrogativa de optar por comparecer ou não ao juízo, desde que, devidamente citado, o acusado opte por fazer sua defesa sem a presença física. Isso, entretanto, não se confunde com a fuga, circunstância que pode desencadear a decretação de prisão preventiva ou mesmo a utilização de medidas cautelares alternativas que se mostrem aptas a evitar a evasão.

²⁷ *Idem. Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009 (Mérito, reparações e custas), 2009.

justifiquem a manutenção da prisão e, por fim, que as autoridades estatais tenham realizado **diligências específicas** no caso concreto durante os procedimentos investigatórios ou processuais.²⁸ A Corte entende que cabe aos Estados conformar as regras substantivas e processuais internas, mas que qualquer privação da liberdade deve estar de acordo com art. 5 da Convenção Europeia, para proteger os cidadãos de arbitrariedades.²⁹

No STJ tem-se comumente advertido que o excesso de prazo da prisão preventiva deve ser analisado a partir de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade,³⁰ não sendo admissível a mera soma aritmética dos prazos processuais que devem ser vistos de maneira global diante das circunstâncias do caso concreto.³¹

A rigor, não parece que esse tipo de decisão judicial diga muita coisa. É difícil extrair daí algum tipo de princípio aplicável ao tema. A aplicação generalizada dos dogmas da razoabilidade e da proporcionalidade para resolver todos os tipos de problemas judiciários cria constantes embaraços a qualquer tipo de controle externo aos abusos que se proliferam na prática forense.³²

No STF, em geral, tem-se analisado o eventual excesso de prazo da prisão preventiva a partir de alguns critérios com os quais seria possível verificar as razões justificáveis que retardam a marcha processual, a saber: número de réus, quantidade de testemunhas a serem inquiridas, necessidade de expedição de cartas precatórias, natureza e a complexidade dos delitos imputados, assim como a atuação das partes. Ou seja, trata-se de uma análise casuística, suscetível à discricionariedade judicial que, como revelam os critérios eleitos, subordina o direito fundamental à liberdade a contingências que pouco ou nada dizem do comportamento da própria pessoa afetada.³³

²⁸ FRANCE. *Affaire Gutsanovi v. Bulgarie* (Requête n.º 34529/10 Arrêt), 2013; FRANCE. *Case of Danov v. Bulgarie* (Application n.º 56796/00 judgment), 2006.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Para os fins aqui visados não há necessidade de adentar em maiores discussões acerca das distinções terminológicas entre as duas expressões e quais seriam as repercussões da distinção de estrutura e de origem ou se tecnicamente são princípios, regras, preceitos, etc. Há uma ampla aceitação da proporcionalidade no direito brasileiro, que se resume, em síntese e na opinião majoritária, pelo conceito oferecido por SILVA, L. V. A. da. **O proporcional e o razoável**, 2002, p. 2, 7 e ss.

³¹ BRASIL. *Habeas Corpus 578.901/CE*, 2020d.

³² Aliás, como adverte Cruz, essa estratégia da soma dos prazos de atos processuais para análise do período máximo de prisão “gera incertezas e dificuldades na definição desses prazos, os quais, ressalte-se, usualmente são excedidos, com a tolerância de juízes e tribunais, inclusive os superiores, com amparo em juízo de razoabilidade, tendo em mira os critérios já declinados” [os critérios apontados pelo autor são tanto a soma parcial do prazo dos atos, quanto aqueles fornecidos pela jurisprudência do TEDH]. CRUZ, R. S. **Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas**, 2020, p. 147.

³³ Sobre excesso de prazo como fundamento para análise da (i)legalidade na manutenção de prisão preventiva, no STF, dentre outros, v. BRASIL, **Habeas Corpus 186487 AgR**, 2020f; **Habeas Corpus 138.736 AgR**, 2017b; **Habeas Corpus 138.987-AgR**, 2017a; **Recurso em Habeas Corpus 124.796-AgR**, 2016c; **Habeas Corpus 125.144-AgR/CE**, 2016a.

Na doutrina nacional, Lopes Jr. reconhece na indeterminação gerada pela falta de prazo máximo um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro. Adverte que a jurisprudência tentou, sem grande sucesso, construir limites por meio de análise global dos prazos processuais ou mesmo com análise dos prazos de forma isolada. No entanto, a ausência de sanção para o descumprimento dos prazos causa um grande risco de ineficácia.³⁴

Pacelli também aponta as construções jurisprudenciais que se formaram ora em torno de uma visão global dos prazos processuais até a finalização do processo penal no rito ordinário, ora com manifestações a respeito da observância do somatório dos prazos até o encerramento da instrução criminal, razão que levou, inclusive, à edição das Súmulas 21 e 52 do STJ.³⁵ Em sua opinião, o prazo razoável da prisão preventiva deve pautar-se pelo prazo global de 86 dias (ou 107 dias na Justiça Federal) que o autor contabiliza desde a abertura do inquérito policial até o encerramento da instrução criminal no rito ordinário, admitindo ajustes na conta conforme alteração dos ritos ou em razão da complexidade da instrução ou mesmo da pluralidade de réus. Chega a afirmar como ponderável a alegação de que o descumprimento de qualquer dos prazos isoladamente caracterizaria o excesso de prazo, mas adverte que a posição majoritária segue em direção contrária.³⁶

O autor apresenta uma posição aparentemente rígida em relação à contagem do prazo para a prática dos atos processuais, mas abre margem para decisionismos quando admite em situações excepcionais “uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância”.³⁷

Para Nicolitt, seria plausível utilizar como limite máximo de manutenção de uma prisão preventiva no primeiro grau o prazo de 120 dias previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/13, admitindo-se, excepcionalmente, uma prorrogação por igual período totalizando 240 dias. O argumento do autor é de que a própria lei adverte para a necessidade de que a instrução criminal de processos que envolvam crime de organização criminosa seja encerrada num prazo razoável, tendo fixado os limites mencionados. Portanto, se para os casos complexos como esse tipo de processo a lei estabelece um prazo, ele deve orientar a fixação de limites para todos os demais procedimentos.³⁸

³⁴ LOPES JR, A. **Direito processual penal**: de acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019, 2020, p. 642.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. **Diário da Justiça**: Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. **Diário da Justiça**: Brasília, 24 set. 1992. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021. Sobre a violência do entendimento sufragado em ambas as Súmulas ao princípio da duração razoável do processo, ver. LOPES JR, A. *Op. Cit.*, p. 642.

³⁶ PACELLI, E. **Curso de processo penal**, 2015, p. 564-567.

³⁷ *Ibidem*, p. 567.

³⁸ NICOLITT, A. L. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares, 2015.

Continua o autor propondo agregar novos prazos em hipóteses de recurso, conforme o caso. Assim, no recurso em sentido estrito (68 dias),³⁹ no recurso de apelação (108 dias),⁴⁰ de modo que a somatória desses prazos possibilite o estabelecimento de um controle temporal sobre as prisões, tendo, por fim, um limite intransponível, a partir do qual a prisão deve ser relaxada.⁴¹

Segundo Nicolitt, sua proposta seria preferível em relação à fórmula dos 81 dias que, por ceder diante de tantas exceções, acabou se transformando em uma falsa ideia de controle. Ademais, o montante oriundo de sua proposta não seria demasiado quando comparado a legislações estrangeiras de países como Espanha, Portugal e Alemanha.⁴²

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO INEQUIVALÊNCIA ENTRE PRISÃO PENA E PRISÃO CAUTELAR: CRITÉRIO DA LEP PARA AFERIÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO

A propósito da tentativa de criar um parâmetro distintivo entre pena prisão e pena processual valem as observações de Bovino, o qual afirma que ao se permitir a prisão preventiva, ainda que com a detração futura em caso de condenação, a prática pode tornar-se ainda mais severa com aqueles que cometeram delitos menos graves, porque eventualmente terão cumprido toda a pena e até mais tempo do que o necessário na prisão, enquanto os condenados por delitos mais graves podem não ficar tanto tempo presos (preventivamente).

Por isso o autor propõe uma releitura do princípio de inocência como proporcionalidade na mesma linha defendida por Sergi, para quem o princípio de inocência é proporcionalidade,

³⁹ “Nas hipóteses de recurso deve-se agregar ao cálculo a duração ideal, conforme o caso. Assim, temos para o recurso em sentido estrito o seguinte: 10 dias para o traslado (arts. 587, parágrafo único c/c 590, ambos do CPP), quatro dias para as razões e contrarrazões (art. 588 do CPP), quatro dias para o juízo de retratação (art. 589 c/c § 3.º do art. 800 do CPP), cinco dias para subir ao tribunal *ad quem* (art. 591 do CPP). Chegando ao Tribunal, seguirá imediatamente para o Ministério Público para vista por cinco dias, e em seguida irá ao relator também por cinco dias. O CPP não estabelece prazo para inclusão em pauta. Relativamente ao habeas corpus o Código estabelece que a inclusão em pauta dar-se-á na primeira sessão. Considerando que o habeas corpus tem prioridade e que o órgão competente terá ao menos uma sessão semanal, temos que a inclusão em pauta deve ocorrer em 15 dias e a lavratura do acordo deve-se dar na forma do § 2.º do art. 615 do CPP aplicado analogicamente (15 dias aplicando-se o mesmo raciocínio sobre a realização das sessões). Por derradeiro, o art. 592 do CPP determina que os autos desçam em cinco dias, do que se extrai um prazo total de 68 dias para prisão no aguardo de recurso em sentido estrito”. *Ibidem*.

⁴⁰ “Na hipótese de apelação, o juízo de admissibilidade do recurso faz-se em 10 dias (Inc. II, § 3.º do art. 800 do CPP), 16 dias para as razões e contrarrazões (art. 600 do CPP), 30 dias para subir (art. 601, segunda parte, do CPP), 10 dias com o MP, 10 dias com o relator e 10 dias com o revisor. Também aqui não há prazo para inclusão em pauta, o que reclama o mesmo raciocínio aplicado ao recurso em sentido estrito, ou seja, 15 dias para inclusão e 15 dias para julgamento, consoante interpretação do art. 615, § 2.º, do CPP. Por fim, aplica-se analogicamente o art. 592 do CPP, devendo descer os autos em cinco dias. Assim, a prisão provisória pode aguardar a apelação por 108 dias improrrogáveis”. *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

num sentido de **inequivalência** entre a prisão processual e a pena definitiva.⁴³ Embora a autora tenha escrito no contexto argentino, algumas de suas premissas parecem ajustáveis e aplicáveis no Brasil.

Para Sergi, em síntese, o princípio de inocência só pode manifestar-se na prática e com algum êxito em termos de limitação dos poderes se for capaz de impedir a aplicação de uma medida de privação da liberdade ou de restrição de direitos que na esfera processual e antes de um juízo de culpa ostente tanto do ponto de vista qualitativo, como quantitativo, uma gravidade equivalente à pena tal como prevista em lei.

Os demais requisitos aceitos na doutrina em matéria de prisões preventivas funcionariam como mecanismos instrumentais para que o Estado aplicasse as medidas restritivas processuais dentro do parâmetro de **inequivalência** proposto, ou seja, em casos excepcionais e por período de tempo curto, seriam aplicadas medidas processuais de severidade menor do que uma pena definitiva. Seria então a falta de proporcionalidade entre prisão processual e pena definitiva que salvaguardaria a essência do princípio de inocência tal como surgido no desenvolvimento teórico de caráter político dos autores iluministas, tendente a eliminar os abusos cotidianos da justiça penal.⁴⁴

Nessa perspectiva, para Sergi, a primeira e mais importante medida é estabelecer um limite máximo de tempo de prisão que seja menor do que a pena definitiva possível de ser aplicada no caso concreto (exame que deve levar em conta a facticidade em razão de que a pena não se determina só na escala penal).⁴⁵

Os critérios sugeridos pela autora são os seguintes: primeiro, a única forma de impedir uma equivalência entre a pena definitiva e a prisão preventiva, inclusive com tratamento aos presos provisórios a partir de um regime progressivo, é utilizar justamente os prazos legais da Lei de Execução Penal como parâmetros máximos de permissão do encarceramento preventivo. Ou seja, o preso provisório não poderá ficar mais tempo encarcerado do que aquele que seria suficiente para, numa fase de execução, obter o direito de liberdade por meio da saída temporária e a semiliberdade.⁴⁶ Cumprido esse prazo, não se tratará de uma progressão do regime ou concessão de benefícios em fase de execução, mas sim da concessão da liberdade.

⁴³ BOVINO, A. *Contra la inocencia*, 2005.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ SERGI, N. *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, 2005, p. 471-487.

⁴⁶ Tanto as saídas temporárias quanto a semiliberdade, previstas na Lei n.º 24.660/96 que regula a *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, são formas de obtenção parcial e condicionada da liberdade. No primeiro caso, pode ser pelo tempo de liberdade de cada saída (até 12, 24 ou 72 horas), por motivo de estreitamento de laços familiares, frequência a programas educacionais ou programas voltados à preparação da liberdade condicional, ou, por fim, razões de confiança (art. 16). A semiliberdade permite o trabalho externo em condições similares a de uma pessoa livre, retornando ao alojamento à noite (art. 17). Em qualquer caso, para ambas, exige-se o cumprimento de no mínimo metade da pena; em caso de prisão perpétua, no mínimo 15 anos de cumprimento (art. 15). Verificado esse prazo, ainda se exige um tempo mínimo de período de prova (pelo menos um ano para as penas maiores de 10 anos; 6 meses para penas entre 5 e 10 anos; a partir do ingresso no período de prova para penas inferiores a 5 anos.

Em segundo lugar, afirma que a concessão de liberdade não pode se dar mediante os mesmos critérios quando ocorre na fase processual ou na fase de execução da pena. Enquanto os critérios de avaliação do condenado são importantes para permitir o progresso no regime de execução da pena, esses informes carcerários não devem ser condicionantes para obtenção da liberdade do preso sem condenação.

Em acréscimo ao que foi mencionado, é o excesso de prazo da prisão que deve determinar a liberdade e não os informes de conduta próprios da fase de execução penal. Segundo a autora, essa indevida transferência de critérios acabará por violar fatalmente o princípio de inocência. Com tais critérios a autora acredita que seja possível afastar qualquer equivalência entre medida cautelar e pena.⁴⁷

A reflexão de Sergi parece oferecer um fundamento coerente para a distinção entre o tempo admissível de prisão processual (portanto, cautelar) e o tempo de uma execução de pena. Esse fundamento torna-se complementar ao critério sugerido por Giacomolli no sentido de utilizar-se dos parâmetros de progressão de regime previstos na LEP, ao aferir o prazo máximo a partir da pena mínima abstratamente considerada. “Trata-se de uma tese factível, razoável, possível, extraída do próprio sistema criminal”, assevera. Por fim, sugere que esse parâmetro seja dividido em percentuais a cada fase processual (investigação, processamento em primeiro grau, em fase recursal etc.).⁴⁸ Porém, nos casos em que já houve decisão de mérito, a melhor estratégia talvez seja utilizar como vetor para aferição a pena fixada em sentença ou acórdão condenatório.

Ademais, acredita-se que a coerência com o princípio da presunção de inocência admite apenas a utilização dos vetores da LEP que se referem aos suspeitos ou acusados tecnicamente primários (Art. 112, I, III, V, VI, a, b, c), usando-se como referência o(s) crimes investigados ou imputados ao indivíduo, independentemente de futuro reconhecimento de reincidência.

A razão dessa opção é garantir que o preso preventivo não seja considerado reincidente⁴⁹ antes que uma decisão de mérito de natureza penal reconheça de forma definitiva que ele cometeu um segundo crime após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória anterior.

Assim, os parâmetros limitativos de prisão preventiva, calculados sobre a pena mínima abstrata ou a pena já fixada no processo, seriam: até 16% em caso de crime sem violência ou grave ameaça; 25% em caso de crime com violência ou grave ameaça; 40% em caso de crime hediondo ou equiparado; 50% em caso de crime hediondo ou equiparado com resultado de morte, em caso de provável exercício de comando, individual ou coletivo, de organização

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ De acordo com o autor, “[...] em face do critério redutor buscado no sistema, o parâmetro da pena mínima se revela mais protetivo do direito de liberdade”. GIACOMOLLI, N. J. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**, 2020, p. 113-114.

⁴⁹ Com efeito, a consideração prévia do indivíduo como reincidente, para fins de incidência normativa das hipóteses do art. 112, II, IV, VII, fatalmente violaria a presunção de inocência, atribuindo, de imediato, ao suspeito ou acusado a prática do crime ou ainda está sob investigação ou é objeto de caso penal.

criminosa voltada à prática de crimes hediondos ou equiparados e, por fim, em se tratando de investigação ou processo por conta de crime de constituição de milícia privada.

Há ainda a hipótese especial prevista no art. 112, § 3º, da LEP, de modo que, no caso de suspeita ou acusada gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, o percentual exigido pode ser de 1/8 da pena mínima abstrata ou já fixada em decisão de mérito, desde que não se trate de investigação ou processo atinente aos crimes cujas características foram previstas nos incisos I, II, III, V.

Essa perspectiva, distinta inclusive da ideia de execução antecipada da pena e mesmo das hipóteses previstas nas súmulas 716 e 717 do STF, traz resultados diferentes para o exemplo de Rangel:

Réu condenado a 6 anos de reclusão em regime fechado. Preso, provisoriamente, a (sic) um ano. Recurso exclusivo da defesa postulando absolvição. Se entendermos que não há mais execução provisória da pena, o réu não poderá se valer do tempo que permaneceu preso (que corresponde a 1/6 da pena) para postular a progressão do regime. A prisão, por força do art. 283, será preventiva; ou, se após o trânsito em julgado, execução definitiva.⁵⁰

Com essa proposta aplicada ao exemplo de Rangel, o cumprimento de um ano de prisão seria causa de imediata soltura do réu, cuja pena máxima já estava definida (recurso exclusivo da defesa), e não hipótese de progressão de regime como defendida pelo autor.

Outra hipótese seria a da utilização dos prazos máximos da Lei 12.850/13, acrescidos de um prazo maior em caso de recursos, tal como formulado por Nicolitt, o que aparentemente é uma estratégia ainda mais restritiva da prisão e protetora do direito à liberdade.

No entanto, há de se reconhecer que é adotado um cálculo de vários prazos processuais que guardam semelhanças com a fórmula dos 81 dias criticada pelo próprio autor. Sua fórmula, ao que parece, distinguir-se-ia apenas pela menção a uma impossibilidade de transposição da somatória dos prazos, circunstância que, diante da avalanche de processos em trâmite no país, é suscetível de ser contornada pelo casuísmo das decisões judiciais.

Entre as duas opções mencionadas, constata-se que os parâmetros oriundos da LEP têm o êxito de definir critério mais objetivo ao contrário de utilizar como parâmetro prazos processuais em boa parte descumpridos exatamente pelo Poder Judiciário, a quem, em última análise, caberá decidir se decorre de sua incapacidade de vencer o acúmulo de processos a violação ao prazo razoável da prisão preventiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O excesso de prisão tem o inevitável inconveniente de transmutar uma prisão processual em um grave dano decorrente da natureza punitiva que assume essa segregação, tornando-se, portanto, inconstitucional e inconveniente por violar a presunção de inocência.

⁵⁰ RANGEL, P. **Direito processual penal**, 2018, p. 922.

Ainda que os Tribunais manifestem alguma preocupação em estabelecer determinados critérios de análise do caso concreto, a fim de avaliar eventual excesso de prazo das prisões preventivas, todas as tentativas passam por aferições casuísticas e suscetíveis de manipulações discursivas.

Recentemente a reforma introduzida pela Lei n.º 13.964/2019 tentou enfrentar esse problema com a nova redação do art. 315, § 2º, CPP (exigências mínimas de fundamentação e motivação das decisões). Em todo caso, continua-se a creditar a uma legislação específica a expectativa de maior êxito, mas até que seja elaborada, a melhor estratégia parece ser a adoção de critérios legais já disponíveis, como alguns dos aqui sugeridos.

Por ora, diante da lacuna legislativa, o critério proposto pode ser suscitado diante dos órgãos jurisdicionais, por exemplo, em alegações de excesso de prazo movidas em pedidos de liberdade e revogação de prisão preventiva ou por meio de *habeas corpus* com fundamento no excesso de prazo da prisão.

Como se tentou demonstrar, a matéria tem forte dimensão constitucional e convencional, a respaldar a adoção de critérios legais que possam servir de obstáculo às prisões preventivas intermináveis. Há, portanto, conteúdo normativo suficiente e apto também a ensejar recursos de natureza especial e extraordinária, além de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais em sede de controle difuso de constitucionalidade e convencionalidade.

Ainda que se possam discutir outros critérios, uma das possibilidades plausíveis é a acolhida da noção de **inequivalência** apresentada com os patamares legais sugeridos, na medida em que preservam uma correlação entre tempo máximo de prisão preventiva e o fato penal em causa, além de trazer à tona a distinção entre prisão penal e prisão processual.

Desde essa perspectiva, a proposta é também, pela própria genética dos direitos fundamentais, uma proteção contra o exercício do poder jurisdicional que, mesmo investido das funções de garantia dos indivíduos, pode resvalar para abusos e desproteções indesejadas.

Assim, o estabelecimento de um limite máximo para duração das prisões preventivas terá o êxito de impedir que a prisão se arraste por anos em total desrespeito à liberdade do indivíduo afetado. Essa medida somada a uma efetiva revisão periódica das preventivas pode ser um grande avanço para o controle das ilegalidades praticadas no campo das cautelares pessoais. De outro lado, pode minimizar os danos causados nas eventuais revisões periódicas puramente protocolares.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, G. H. **Processo penal**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no HC 579.125/MA**. Rel. Min. Nefi Cordeiro, 9 de junho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020a. Disponível em: <<https://bit.ly/3HCcvul>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no HC 580.323/RS**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 2 de junho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020b. Disponível em: <<https://bit.ly/3Mrttzw>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no HC 588.513/SP**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 30 de junho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020c. Disponível em: <<https://bit.ly/3HLeU62>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **578.901/CE**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 30 de junho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020d. Disponível em: <<https://bit.ly/3HYGBtt>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **n.º 591.759**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática. Brasília, 1 de julho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020e. Disponível em: <<https://bit.ly/3HGM2fl>>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. **Diário da Justiça**: Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. **Diário da Justiça**: Brasília, 24 set. 1992. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **125.144-AgR/CE**. Agravo Regimental no *habeas corpus*. substitutivo de recurso ordinário. inadequação da via eleita. homicídio. prisão preventiva. garantia da ordem pública. fundamentação idônea. excesso de prazo não configurado. Rel. Min. Rosa Weber, 31 de maio de 2016. Brasília, DF: STF, 2016a. Disponível: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur351749/false>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **135.324**. Crimes de latrocínio, corrupção de menores, associação criminosa e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. alegação de excesso de prazo da prisão preventiva. Não ocorrência. Rel. Min. Teori Zavascki, 22 de novembro de 2016. Brasília, DF: STF, 2016b. Disponível em: <<https://bit.ly/3rgxPRI>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **138.987-AgR**. Agravo regimental em habeas corpus. 2. Direito processual penal. 3. Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver (art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e 211, caput, *c/c* art. 29, caput, todos do Código Penal). 4. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. 5. Gravidade demonstrada pelo *modus operandi*. Periculosidade concreta do acusado. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 6. Excesso de prazo no encerramento da instrução criminal. Ausência de constrangimento ilegal. Complexidade do caso: dois réus, defensores diversos, dois fatos delituosos, vinte e três testemunhas arroladas na denúncia, dez pela defesa do paciente e expedição de diversas cartas precatórias para inquirição. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. Rel. Min. Gilmar Mendes, 17 de fevereiro de 2017. Brasília, DF: STF, 2017a. Disponível em: <<https://bit.ly/3DZDL5a>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **138.736 AgR**. Agravo Regimental. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Porte ilegal de arma de fogo. Associação criminosa. Prisão preventiva. Excesso de prazo não configurado. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 25 de agosto de 2017. Brasília, DF: STF, 2017b. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372928/false>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **186487 AgR**. Agravo regimental em *habeas corpus*. Homicídio qualificado, cárcere privado e organização criminosa armada. Prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo. Inocorrência. Precedentes. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 5 de agosto de 2020. Brasília, DF: STF, 2020f. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429406/false>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **191.836/SP AgR**. Habeas Corpus contra decisão monocrática de ministro de tribunal superior. Recorribilidade. Supressão de instância. Superação. Excepcionalidade. Singularidade e relevância da controvérsia. Prisão preventiva. Inobservância do prazo estabelecido pelo art. 316, parágrafo único, do código de processo penal. Concessão automática da liberdade provisória. Inviabilidade. Segregação cautelar fundamentada em acórdão condenatório. Inexistência de ilegalidade. Rel. Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020g. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172986340/habeas-corpus-hc-191836-sp-0103803-1220201000000/inteiro-teor-1172986421>>. Acesso em: 21 fev. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 124.796-AgR**. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. penal e processual penal. crimes de latrocínio, de ocultação de cadáver, de falsidade ideológica e de lavagem de dinheiro. artigos 157, § 3º, 211 e 299, do código penal, e 1º, da lei nº 9.613/1998. liberdade provisória concedida à corrê. impossibilidade de extensão dos efeitos de decisão com fundamento no artigo 580 do código de processo penal à situação distinta. alegado excesso de prazo. inocorrência. custódia preventiva devidamente fundamentada. elementos concretos a justificar a medida. agravo regimental desprovido. , Rel. Min. Luiz Fux, 28 de junho de 2016. Brasília, DF: STF, 2016c. Disponível em: <<https://bit.ly/3rctqz4>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão Liminar 1395 MC-Ref**. Pedido de suspensão de medida liminar. Procuradoria-geral da república. Art. 316, parágrafo único, do código de processo penal. Pacote anticrime (Lei 13.964/2019). Competência do presidente do supremo tribunal federal para conhecer de pedido de suspensão de segurança. Contracautela. Presença dos requisitos para deferimento. Resguardo da jurisprudência do STF. Inexistência de revogação automática de prisão preventiva. Necessário exame de legalidade e de atualidade dos seus fundamentos. Resguardo da ordem pública e da segurança jurídica. Suspensão referendada. Rel. Min. Luiz Fux 15 de outubro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020h. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BOVINO, A. Contra la inocencia. **Ciencias penales**: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p. 11-29., nov. 2005. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63220>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CRUZ, R. S. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. Ed. ver. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Barreto Leiva vs. Venezuela**. Sentença de 17 de novembro de 2009 (Mérito, reparações e custas). San José: CIDH, 2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Bayarri vs. Argentina**. Sentença de 30 de outubro de 2008 (Mérito, reparações e custas e exceções preliminares). San José: CIDH, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Brewer Carías vs. Venezuela**. Sentencia de 26 de mayo de 2014 (Excepciones preliminares). San José: CIDH, 2014a. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). San José: CIDH, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/3nbwTJZ>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Ecuador, parágrafo 145**. Sentença de 21 de novembro de 2007 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). San José: CIDH, 2007. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **López Álvarez vs. Honduras**. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas). San José: CIDH, 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ricardo Canese vs. Paraguai**. Sentença de mérito, reparações e custas, 31 de agosto de 2004. San José: CIDH, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Suárez Rosero vs. Ecuador**. Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito). San José: CIDH, 1997. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativistas do povo indígena Mapuche) vs. Chile**. Sentença de 29 de maio de 2014 (Mérito, reparações e custas). San José: CIDH, 2014b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

FRANCE. Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie (Requête n.º 34529/10 Arrêt)**, 15 octobre 2013. Strasbourg: Cour Européene des Droits de L'Homme, 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3qwE5SD>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

FRANCE. Court of Human Rights. **Case of Danov v. Bulgaria (Application n.º 56796/00 judgment)**, 26 octobre 2006. Strasbourg: Cour Européene des Droits de L'Homme, 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2VKhbJq>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, N. J. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

HERNÁNDEZ, J. M. C. Derecho a la libertad personal. In: FUCHS, M.-C.; STEINER, C. (ed.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

LIMA, R. B. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR, A. **Direito processual penal**: de acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MACHADO, R. **Presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento**: Efeitos endoprocessuais e extraprocessuais. 2021. (Dissertação de mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

MAZZUOLI, V. de O. **Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYYK>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

MORAES, M. Z. de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLITT, A. L. **Processo penal cautelar**: Prisão e demais medidas cautelares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*: Disponível em: <<https://bit.ly/34uwmdv>>. Acesso 29 ago. 2020.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SERGI, N. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal**: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 471-487. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6080>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, n. 1, p. 23-50, abr. 2002, p. 2, 7 e ss.. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2022.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.