



Tempo de instrução deve condizer com estado de inocência do acusado

29/11/2010

De acordo com os ensinamentos de Tourinho Filho, a prisão pode ser definida como a privação mais ou menos intensa da liberdade ambulatoria. Ela pode ser ainda dividida em prisão-pena e prisão sem pena. A primeira, também chamada de prisão sanção, decorre de uma sentença penal condenatória irrecorrível e possui caráter preventivo e retributivo. A segunda, por sua vez, não tem caráter de pena, pois não deflui da condenação.

Esta prisão sem pena, que é também conhecida no mundo jurídico como prisão provisória – porque vem antes da condenação – ou por prisão cautelar – porque visa assegurar o processo de conhecimento – e ainda por prisão processual – pois ocorre durante o desenrolar do processo penal, é palco de inúmeras discussões, principalmente pelo fato de que se esta lidando com um acusado inocente por presunção legal.

As prisões processuais são aquelas atreladas ao processo com o objetivo de garantir sua instrumentalidade e, portanto, incidem enquanto necessário ao fiel andamento da ação penal, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São elas: a prisão preventiva (artigo 311, CPP), em flagrante (artigo 301, CPP), temporária (Lei 7.960/89), decorrente de pronúncia (revogada pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008) e decorrente de decisão condenatória recorrível (revogada pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008).

A reforma processual penal engendrada pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 confirmaram a natureza cautelar da prisão durante o processo penal, bem como o direito de recorrer, independentemente de restrição à liberdade. Na sistemática introduzida pela reforma, a ordem de prisão do réu solto ou a manutenção da referente ao acusado que já se encontrava preso, deve ser fundamentada pelo juiz quando da prolação da sentença penal condenatória, tendo como base os requisitos da prisão preventiva (artigo 312, CPP). O fundamento cautelar da “conveniência da instrução criminal” não é mais admissível, pois no momento da prolação da sentença a instrução criminal já foi concluída.

Quanto à prisão na pronúncia, a lógica é a mesma. Nos termos do artigo 413, parágrafo 3º, do CPP, o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de outra medida restritiva de liberdade já decretada e se o acusado estiver solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I do CPP, o qual trata da prisão e da liberdade provisória.

O artigo 5º, inciso LXI, da Carta da República estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, definidos em lei”. Nada obstante, as prisões provisórias exigem ainda a necessidade cautelar da prisão, que se justifica desde que presentes os requisitos legais das medidas cautelares em geral que são o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Segundo a teoria das cautelares, a necessidade cautelar não decorre do direito substancial, o *direito de punir*, ou do fato constitutivo do direito em si mesmo, o *fato delitivo*, mas do perigo para a efetividade do direito na demora em satisfazê-lo, perigo este que deve ser faticamente demonstrado. No caso da prisão-pena o legislador analisa direta e abstratamente a gravidade da conduta tipificada como infração legal. Essa ordem legislativa, que é a prisão como efeito automático da sentença, se baseia no *poder de punir* e no *fato delitivo*. Já nas prisões provisórias – exceto na prisão em flagrante e a disciplinar militar provisória –, a análise da necessidade, adequação e proporcionalidade é feita concretamente, pelo órgão jurisdicional, com base na cautelaridade da prisão.

É sabido que a Ciência Penal é o ramo que tem a tarefa de regular e legitimar a forma mais violenta de intervenção do Estado sobre a liberdade e a dignidade das pessoas. O que é pouco divulgado, contudo, são os resultados de pesquisas realizadas em diversos países ocidentais, noticiando que a população dos estabelecimentos penais é cada vez mais constituída por presos provisórios e não por pessoas definitivamente condenadas. Isso significa que a forma mais violenta de restrição às liberdades individuais decorre do próprio processo e não da pena.

Daí, portanto, a necessidade de se estabelecer limites à duração e utilização das prisões processuais, deixando claro seu caráter acessório ao processo de conhecimento e excepcional, por se tratar de uma medida de coerção penal. Nesse sentido, já ensinava Beccaria que “o acusado não deve ser encerrado senão na medida em que for necessário para impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime”.

Assim, para se aplicar a prisão preventiva a partir dos ditames constitucionais, o mestre argentino Alberto Binder enumera quatro requisitos. Em primeiro lugar, é necessária uma suspeita racional e fundamentada de que uma pessoa possa ser autora de um fato punível. Porém, esse requisito não é suficiente, faz-se necessário também a presença dos requisitos processuais. Estes, por sua vez, se baseiam em que a prisão preventiva seja direta e necessária para assegurar a realização do julgamento ou a imposição da pena.

Como terceiro requisito, tem-se a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, com vistas a assegurar que a violência exercida como medida de coerção, nunca seja maior que a violência ensejada pela aplicação da pena, no caso de provar-se o delito em questão. Assim, em se tratando de delitos que prevêem penas menores ou de multa, torna-se claramente inadequada a aplicação da prisão preventiva. Mesmo raciocínio se dispensa nos casos em que se espera a suspensão da pena.

O quarto princípio que deve reger o instituto das prisões cautelares, e aquele que mais nos interessa, é a necessária limitação do tempo. Toda pessoa submetida a um processo tem o direito de vê-lo findar em um prazo razoável, com redobrada razão àquele que está privado de sua liberdade durante o processo. Pois se há morosidade no seu desenrolar, a prisão preventiva perde legitimidade.

Entende-se que se o Estado utiliza o recurso mais cogente de coerção penal com o escopo de assegurar o adequado andamento do processo, paralelamente adquire a obrigação de empregar todos os meios disponíveis para concluí-lo em um prazo razoável. Assim, vê-se a necessidade de

se estabelecer limites absolutos de tempo para a prisão preventiva não condicionados à duração do processo. Toda prisão que se prolongue além do tempo razoável, converte-se, de fato, na aplicação de uma pena.

Todavia, não há no processo penal brasileiro previsão alguma acerca da duração das prisões cautelares, com exceção da prisão temporária, que a lei disciplina expressamente o prazo de cinco dias (Lei 7.960/89, artigo 2º)[1] ou de trinta dias (Lei 8.072/90, artigo 2º, parágrafo 3º)[2], prorrogáveis por igual período. Com relação às demais modalidades de prisão cautelar, paira a mais completa indeterminação.

Ressalte-se, contudo, que mesmo havendo texto de lei dispondo expressamente sobre o tempo da prisão, deve-se ainda averiguar se esses prazos são racionalmente empreendidos e, portanto, não ultrapassam o limite do razoável. Caso contrário, o dispositivo que os institui não poderá ser aproveitado, vez que eivado de inconstitucionalidade. É o que ocorre com a chamada Lei de Crimes Hediondos, acima aludida.

Desta feita, ensina o professor Elmir Duclerc que a Lei 8.072/90 criou uma distorção no sistema de prisões processuais, ao permitir que uma pessoa fique mais tempo presa em decorrência de uma prisão temporária, do que por força de uma prisão preventiva – quando decretada ainda em sede de inquérito – afrontando assim, o princípio da proporcionalidade. E ainda acrescenta:

Da mesma forma, a Lei “hedionda” fere, no particular, os princípios da isonomia e da presunção de inocência combinados, pois ao aumentar o tempo de prisão temporária para determinados delitos, o legislador não levou em conta, como deveria, a sua maior ou menor complexidade, a demandar mais tempo e trabalho na investigação, mas teve em mente apenas a gravidade, ou a “hediondez” de ditos crimes. Criou-se, assim, um sistema diferenciado de prisões temporárias baseado apenas na gravidade do fato, considerado aprioristicamente, isto é, num momento em que todos (acusados de um e de outros crimes) são igualmente inocentes, por presunção constitucional

Assim, o fato de um sistema jurídico apresentar prazos para a duração máxima das prisões cautelares, não impede os operadores do direito de verificar se esses prazos dispostos por lei respeitam a ótica do razoável ou se são tão longos a ponto de restarem inconstitucionais. Por outro lado, mesmo diante do silêncio do nosso ordenamento jurídico quanto às outras modalidades de prisão cautelar, é possível fazer algo. A regra do artigo 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, autoriza o juiz a intervir de ofício e pôr fim a prisão que ultrapassar o prazo razoável.

O artigo 648 do CPP, ao tratar de Habeas Corpus, impõe: “A coação considerar-se-á ilegal [...] quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;”. Nesse contexto, aplicando-se literalmente a garantia ínsita no citado dispositivo, tem-se que, uma vez ultrapassado o prazo estipulado por lei, surgirá a ilegalidade. Entretanto, visando à aplicabilidade do citado dispositivo, os tribunais se depararam com uma situação difícil e começaram a se questionar se a extrapolação de qualquer dos prazos constantes no CPP – a exemplo dos dez dias para a conclusão do inquérito policial – tornariam ilegal a prisão

provisória, ou se, por outro lado, os prazos deveriam ser somados e a extrapolação de um prazo poderia ser compensada com a economia de outro e assim por diante.

Dessa digressão, surgiram duas correntes jurisprudenciais: uma defendendo a contagem global dos prazos e outra pugnando pelo cômputo isolado. Nos dizeres de Roberto Delmanto Júnior:

Daí, duas correntes jurisprudenciais surgiram: uma, com o intuito de manter os acusados no cárcere, que é a da contagem global; e outra, da contagem isolada, que, com maior formalismo e obediência literal à lei, entende ilegal o constrangimento de se manter o acusado na prisão, quando extrapolado qualquer um dos prazos por ela estabelecidos.

A jurisprudência pátria consolidou, contudo, o entendimento de que para haver ilegalidade sanável por vias de Habeas Corpus, não se toma como referência cada prazo superado *de per si*, mas sim quando ultrapassado o prazo global de 81 dias, aplicável ao procedimento comum ordinário. Conforme essa orientação, não se configura constrangimento ilegal se o inquérito policial só for concluído em um mês, tendo em vista que a soma de todos os atos já realizados até então não ultrapassaria os 81 dias fixados pela doutrina majoritária.

A “regra dos 81 dias” correspondente à contagem global, leva em conta o acusado preso e abrange a soma do prazo de todos os atos de persecução penal desde o inquérito policial até a prolação da sentença de primeiro grau – posteriormente esse prazo foi encurtado pelo STJ até o término da instrução criminal, a teor das Súmulas 21 e 52 que serão analisadas em seguida. O desrespeito a esse limite temporal caracteriza excesso de prazo na formação da culpa, autorizando o relaxamento da prisão sem prejuízo da continuidade do processo. Ocorre que uma vez relaxada a prisão por excesso de prazo, não pode o juiz decretá-la novamente, salvo diante de motivo superveniente.

Esse posicionamento jurisprudencial, contudo, recebe ainda inúmeras críticas, tendo em vista, primeiramente, que não prevê prazos para “o recebimento da denúncia e despachos ordinatórios, para a realização do interrogatório, remessa do inquérito e as providências burocráticas até a vista ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia etc”. Ademais, no que diz respeito ao procedimento afeto aos crimes dolosos contra a vida, não há prazo para a realização das diligências e tão pouco para a realização do próprio júri.

Com o advento da Lei 11.719/08 o prazo para a manutenção da prisão preventiva foi alterado, ficando o prazo global compreendido entre 95 e 125 dias no procedimento comum ordinário. Observe: 10 dias para a conclusão do inquérito policial (artigo 10, CPP); 5 dias para o oferecimento da denúncia (artigo 46, CPP); 5 dias para o recebimento da peça acusatória (artigo 46, CPP); 10 dias para a apresentação da resposta à acusação (artigo 396, CPP); 5 dias para a análise de possível absolvição sumária (artigo 397, CPP); 60 dias para a audiência una de instrução e julgamento (oitiva do acusado, inquirição de testemunhas, diligências, alegações finais orais e prolação da sentença). Em virtude da complexidade do caso, ou, se houver diligências, as partes vão ter prazo para alegações escritas de 5 dias; nesse caso, o juiz terá o prazo de dez dias para sentenciar.

Para os tribunais esse prazo não tem caráter absoluto, podendo ser dilatado em virtude da complexidade da causa e/ou pluralidade de réus. Contudo, haverá excesso nas seguintes

hipóteses: quando a mora processual for resultado da inércia do Poder Judiciário, por diligências suscitadas exclusivamente pela acusação ou quando for incompatível com o princípio da razoabilidade, atentando contra a garantia da razoável duração do processo.

Por sua vez, os teóricos que defendem a contagem isolada, levam em conta a aflição daquele que está *intra muros*, e por isso, advogam no sentido de que é impossível que se espere o prazo global de 81[3] dias para só depois disso, conseguir a revogação da prisão. Nesse sentido, vale conferir mais uma vez o ensinamento do insigne doutrinador Roberto Delmanto Junior:

Desta feita, se o Código de Processo Penal estabelece, por exemplo, que as testemunhas de acusação, no rito ordinário, em estando o acusado preso, serão ouvidas no prazo de vinte dias, se assim não for feito, a sua prisão automaticamente passará a estar em desacordo com a lei, devendo, em consonância com o nosso ordenamento constitucional, ser relaxada (caso de prisão em flagrante) ou revogada (hipótese de prisão preventiva).

É cediço que a nossa lei processual penal apresenta inúmeras lacunas, tendo em vista que não possui previsão para uma série de atos processuais, o que é o caso, aliás, do instituto das prisões cautelares, que ora tratamos. Em meio a esse problema, ratificamos a necessidade de se estabelecer, mediante lei, limites claros para a duração do processo penal e em particular das prisões processuais. Sem um prazo pré-estabelecido para norteá-las, sua inconstitucionalidade – já apontada por muitos doutrinadores – persistirá, pois fica muito complicado apontar o excesso prazal, uma vez que “razoável” é um conceito jurídico indeterminado, com o qual os operadores do direito mostraram não saber tratar.

Destaque-se que não basta à mera fixação de prazos, é imperioso que se imponha uma sanção pela mora judicial no andamento processo e no caso das prisões cautelares, a medida mais justa e constitucional é a imediata soltura do réu preso, prática esta que já ocorre com a prisão temporária, por força da lei 7.960/89.

Há ainda a existência dos chamados “tempos mortos”, que inviabilizam o direito ao processo sem dilações indevidas e ao mesmo tempo, destroem as garantias constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência. Os “tempos mortos” são períodos de completa inatividade processual e por isso, considerados como indício forte de lesão ao direito fundamental da razoável duração do processo.

Discorrido acerca dos problemas mais latentes que envolvem o tempo das prisões cautelares, faz-se necessário agora analisar três súmulas do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

Súmula nº 21 – Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

Súmula nº 52 – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Súmula nº 64 – Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Primeiramente, vale assinalar que a Súmula 21 está em dissonância com a recente reforma ocorrida em 2008 no Código de Processo Penal, a qual extinguiu do ordenamento jurídico a prisão decorrente de pronúncia, que era automática e procedia diretamente da lei. Portanto, como explicado anteriormente, para que o juiz determine o recolhimento do réu ao cárcere ou a sua soltura, faz-se necessária ordem judicial fundamentada e desde que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Dessa forma, a Súmula 21 do STJ, ao prever que a pronúncia do réu supre a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso prazal, tenta legitimar uma medida restritiva que já se encontrava equivocada. Mas isso não é possível, pois pronunciado ou não o réu, sua prisão já era ilegal. Sem contar com o fato de que a decisão de pronúncia não equivale à sentença condenatória transitada em julgado, nela “temos mera probabilidade de condenação ou até menos que isso”. Nos dizeres de Denilson Feitoza:

[...] no caso da decisão de pronúncia, temos mera probabilidade de condenação ou até menos que isso. A única coisa certa com a pronúncia é a submissão do réu a julgamento perante seu *juiz natural*, que é o tribunal do júri. Seria extremamente excessivo o efeito de submissão à prisão pelo mero fato da pronúncia, o que violaria o princípio constitucional da proporcionalidade *stricto sensu*, pois o “interesse público”, baseado na mera probabilidade da condenação, não poderia se sobrepujar ao direito constitucional de liberdade.

Dessarte, a decisão de pronúncia, que representa a mera submissão do réu à “soberania dos veredictos”, da mesma forma que não mais possui o condão de determinar ou manter automaticamente sua prisão, não valida uma medida restritiva ilegal. Talvez, na sistemática passada onde havia espaço para a prisão decorrente de pronúncia, essa súmula fosse compreensível, vez que o réu pronunciado deveria ser recolhido à prisão. Entretanto, hoje ela sugere desinteresse do Estado para com o direito à liberdade.

A Súmula 52 se assemelha à anterior, mas se refere à instrução criminal. O significado de sua orientação se baseia no raciocínio de que a fase mais crítica do processo, que é a instrução, já foi superada, restando, portanto, poucos atos até o fim do feito e conseqüentemente pouco tempo. Logo, não seria razoável livrar o réu por excesso de prazo após a instrução criminal se durante ela isto não ocorreu, e, de qualquer forma, a sentença condenatória está próxima.

Entretanto, essa é uma visão equivocada, pois conforme princípio vetor da teoria das nulidades processuais, somente aquilo que não acarreta prejuízo às partes pode ser convalidado. O ato processual que implicar prejuízo para uma ou ambas as partes há de ser declarado nulo e se possível refeito nos moldes corretos. Afora isso, o processo não acaba com o término da instrução, carece ainda de vários outros atos para sua completude, como por exemplo, diligências finais e recursos, não podendo, portanto, o réu continuar preso todo o tempo restante, apenas por ficção jurídica, sem que haja fundamentos plausíveis para tanto.

No entendimento de Aury Lopes e Gustavo Badaró, a súmula veio antecipar o termo final dos 81 dias da sentença de primeiro grau para o término da instrução. E isso leva a constatação de dois fatores: um, de que o termo final do prazo de 81 dias estava se mostrando difícil de

alcançar; e dois, a atitude conservadora frente ao entendimento de que se o processo não fosse concluído no prazo, o réu deveria ser posto em liberdade, não importando o crime que houvesse cometido o que pelo visto, não agradou muito.

Contudo, na prática, muitas vezes a jurisprudência tem decidido acertadamente, dando efetividade aos postulados constitucionais:

Não estando dentro dos limites da razoabilidade, e não tendo a defesa concorrido para tanto de forma significativa, o excesso de prazo deve ser entendido como constrangimento ilegal, razão por que se torna inaplicável, na hipótese, a Súmula 52 do STJ, impondo-se a imediata soltura do réu para se ver processado em liberdade. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a imediata soltura do paciente, se por outro motivo não estiver custodiado, em virtude do excesso de prazo não-razoável da sua custódia provisória (STJ, 5ª Turma, HC 63308, Rel. M. Arnaldo Esteves Lima, J. 12.12.2006).

O constrangimento ilegal por excesso de prazo deve ser reconhecido quando a demora é injustificada, hipótese verificada in casu. Inaplicabilidade da Súmula 52/STJ. Precedente do STF. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (STJ, 5ª Turma, HC 56033, Rel. M. Gilson Dipp, J. 06.06.2007).

Por fim, a Súmula 64 é bastante lógica e ainda corrobora com os preceitos do direito constitucional à razoável duração do processo, que dispensa o tempo necessário para o exercício do direito de defesa do acusado. Todavia, é prudente elucidar que todas as interpretações sobre essa súmula devem ser feitas de modo a nunca desvirtuar sua intenção e assim, enfraquecer a garantia da ampla defesa. Ademais, deve-se saber distinguir quando o excesso de prazo deve ser debitado à defesa e quando de fato decorre da mora judicial.

Diante de tudo quanto exposto, percebe-se a importância da duração razoável do processo, principalmente quando se esta lidando com um réu preso. Aqui, mais do que nunca, a instrução deve ter um tempo condizente com o estado de inocência do acusado. Não basta que a prisão seja excepcional, é necessário também que haja um prazo razoável de duração. A situação se torna mais gravosa quando se percebe que há uma antecipação dos efeitos da condenação e que, além disso, e mesmo assim, muitos operadores do direito, não se dignam a respeitar o postulado constitucional de celeridade processual.

Referências

ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo No Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETI, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed., ver. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

OLIVEIRA, Ronaldo Kietzer. Do Excesso de Prazo nas Súmulas do STJ. *Revista do Direito Público da Universidade de Londrina*, Londrina, ano 3, Ed. n. 1, jan./abr. 2008. Disponível em:

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3.

[1] O art. 2º, caput, da lei nº 7.960/89 dispõe que: “A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.(grifo nosso).

[2] O art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre crimes hediondos, reza que: “A prisão provisória sobre a qual dispõe a lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

[3] Como foi dito anteriormente, a jurisprudência atual afirma que esse prazo está compreendido entre 95 e 125 dias.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2010-nov-29/tempo-instrucao-condizer-estado-inocencia-acusado/>