

www.lumenjurs.com.br

EDITORES

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Pilati	Felipe Borring Rocha	Marco Aurelio Bezerra de Melo
Alexandre Freitas Câmara	Firly Nascimento Filho	Marcos Chut
Cezar Roberto Birencourt	Fredrico Price Grechi	Marcos Jurema Villela Souto
Cristiano Chaves de Farias	Geraldo L. M. Prado	Mônica Gusmano
Carlos Eduardo Adriano Japissú	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Nelson Rosenvald
Cláudio Carneiro	Helena Elias Pinto	Nilo Batista
Cristiano Rodrigues	João Carlos Souto	Paulo de Bessa Annunes
Elpídio Donizetti	José dos Santos Carvalho Filho	Paulo Rangel
Emerson Garcia	Lucio Antônio Chamion Junior	Rodrigo Klippel
Fauzi Hassan Choukr	Manoel Messias Peixinho	Salo de Carvalho
	Marcelus Polastri Lima	Sérgio André Rocha
		Sidney Guerra

CONSELHO CONSULTIVO

Alvaro Mayrink da Costa	Cesar Flores	João Theodorico Mendes de Almeida Jr.
Amilton Bueno de Carvalho	Firly Nascimento Filho	Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Andréia Mendes de Almeida	Flávia Lages de Castro	Sergio Demoro Hamilton
Scherer Navarro	Francisco de Assis M. Tavares	Tárcis Nametala Sarlo Jorge
Antonio Carlos Martins Soares	Gisele Citadino	Victor Gamero Drummond
Arrur de Brito Gueiros Souza	Humberto Della Bernardina de Pinho	
Cáio de Oliveira Lima		

Rio de Janeiro

Centro - Rua da Assembleia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 - Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra - Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim - CEP 22630-011
Barra da Tijuca - Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo

Rua Correia Vasques, 48 - CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília

SCIS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3226-8569

Minas Gerais

Rua Tenente Brito Meilo, 1.233
CEP 30180-070 - Bairro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

Bahia

Rua Dr. José Perceba, 349 - Sis 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3441-3646

Rio Grande do Sul

Rua Riachuelo, 1335 - Centro
CEP 90010-271 - Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3211-0700

Espírito Santo

Rua Constante Sodré, 322 - Térreo
CEP: 29055-420 - Santa Lúcia
Vitória - ES
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

AURY LOPES JR.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid

Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

Pesquisador do CNPq

Advogado

www.aurylopes.com.br

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Mestre e Doutor em Direito Processual Penal

pela Universidade de São Paulo

Professor de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo - USP e da Universidade de Taubaté - UNITAU

Advogado

www.badaroadvogados.com.br

DIREITO AO PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL

2ª edição

Revisada e Atualizada com as Leis

• LEI 11.689/08

• LEI 11.690/08

• LEI 11.719/08

EDITORA LUMEN JURIS

Rio de Janeiro

2009

cessos judiciais. A nova garantia constitucional brasileira, porém, aplica-se "no âmbito judicial e administrativo".³⁸

O novo dispositivo constitucional não prevê, porém, de forma expressa, um direito equivalente ao assegurado no art. 7.5 da CADH, qual seja, o direito de o acusado preso ser colocado em liberdade, se a duração do processo excede ao prazo razoável. De se observar que, neste caso, evidentemente, a prisão cautelar se tornará ilegal, posto que decorrente de um processo que viola a garantia constitucional. E, se a prisão é ilegal, a Constituição assegura que "toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (art. 5º, inc. LXV). Em suma, ainda que pela conjugação do inc. LXXVIII com o inc. LXV, pode se concluir que existe de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro o direito de o acusado ter sua prisão imediatamente relaxada se a duração do processo penal exceder ao prazo razoável.

³⁸ Cabe destacar que o TEDH, analisando a questão à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, entendeu aplicável tal garantia aos processos administrativos (caso *Oztrik*, sentença de 21.02.1984) e disciplinares (caso *Campbell e Fell*, sentença de 28.06.1984). Analisando a questão, LIBERTIS, Giulio (*Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000, p. 18) observa que os Estados-Partes da CEDH não podem evitar o respeito da garantia do processo em prazo razoável, "roçando a etiqueta" de um fato, para atribuir-lhe natureza administrativa ou disciplinar.

Capítulo 4

A Problemática Definição dos Critérios: a doutrina do não-prazo e sua crítica

4.1. A Evolução da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, como a Constituição, não fixaram prazos máximos para a duração dos processos e, tampouco, delegaram para que lei ordinária regulamentasse a matéria.

O sistema brasileiro adotou a denominada "doutrina do não-prazo", persistindo numa sistemática ultrapassada com que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem, há décadas, debatendo-se.

Dessa forma, a indeterminação conceitual do art. 5º, LXXVIII, da Constituição, nos conduzirá pelo mesmo (tortuoso) caminho da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo importante explicar essa evolução para melhor compreensão da questão.

Foi no caso "Wemhoff"¹ (Sentença de 27.06.1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da "duração indevida", através do que se convencionou chamar de "doutrina dos sete critérios". Para valorar a situação, a Comissão Europeia de Direitos Humanos sugeriu

¹ Cf. PASTOR, *El Plazo Razonable...*, p. 111 e ss.

que a razoabilidade da prisão cautelar (e conseqüente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se:

- a) a duração da prisão cautelar;
- b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser aplicada em caso de condenação;
- c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros;
- d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo;
- e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias, etc.);
- f) a maneira como a investigação foi conduzida;
- g) a conduta das autoridades judiciais.

Tratavam-se de critérios que deveriam ser apreciados em conjunto, com valor e importância relativos, admitindo-se, inclusive, que um deles fosse decisivo na aferição do excesso de prazo.

A doutrina dos sete critérios não foi expressamente acolhida pelo TEDH como referencial decisivo, mas tampouco foi completamente descartada, tendo sido utilizada pela Comissão em diversos casos posteriores e servindo de inspiração para um referencial mais enxuto, denominado teoria dos três critérios:

- a) complexidade do caso;
- b) a atividade processual do interessado (imputado);
- c) a conduta das autoridades judiciárias.

Esses três critérios têm sido sistematicamente invocados tanto pelo TEDH, como também pela Corte Interamericana de

Direitos Humanos? Ainda que mais delimitados, não são menos discricionários.

Cabe destacar que, nos últimos anos, o TEDH, embora mantendo o critério geral da razoabilidade, tem acrescentado em suas decisões que, a duração prolongada da prisão cautelar somente estará justificada se houver uma "real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência".³ A "real exigência de um interesse público" é um fator tão ou mais vago que os três critérios anteriores.

Como tratar do direito de ser julgado num "prazo" razoável, se o TEDH (e também a Corte Interamericana de Direitos Humanos) jamais fixou um limite temporal? Que prazo é esse que nunca foi quantificado? Se não há um limite temporal claro (ainda que admita certa flexibilidade diante das especificidades), o critério para definir se a dilação é "indevida" ou se está justificada, é totalmente discricionário, com um amplo e impróprio espaço para sua (des)valoração, sem qualquer possibilidade de reafirmação.⁴

Nessa indefinição e vagueza de conceitos foi consolidada a (crítica) doutrina do "não-prazo", pois deixa amplo espaço discricionário para avaliação segundo as circunstâncias do caso e o "sentir" do julgador.

2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também já decidiu que os critérios para determinar, no caso concreto, o prazo razoável referente à administração da justiça são: a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; e c) conduta das autoridades judiciais (Relatório nº 111/01, CASO 11.517, Diniz Bento da Silva (Brasil), de 15 de outubro de 2001).

3 CE: Caso Grisez, sentença de 16/09/2002; caso Nevezerzhitsky, sentença de 05/04/2005; caso Panchenko, sentença de 08/02/2005; caso Sandinas Albo, sentença de 17/02/2005.

4 Tanto a definição de um prazo fixo é relevante, que o TEDH decidiu que "nos casos em que a duração máxima da privação da liberdade é fixada pela lei, de modo indetentável, todo prolongamento da detenção além do termo fixado caracteriza uma violação do art. 5º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos" (caso K.F., sentença de 27.11.1977).

Para se falar em dilação "indevida" é necessário que o ordenamento jurídico interno defina limites ordinários para os processos, um referencial do que seja a "dilação devida", ou o "estándar medio admisible para proscribir dilaciones más allá de él".⁵

Uma vez definido um parâmetro, a discussão desviará seu rumo para outras questões, como, por exemplo: se o limite absolutamente fixado é substancialmente constitucional (à luz dos diversos princípios em torno dos quais gira a questão); em que situações a superação desse limite poderá ser considerada como "justificada";⁶ se é possível considerar indevida uma dilação, ainda que não se tenha alcançado o prazo fixado, mas as circunstâncias específicas do caso indicarem uma conduta danosa e negligente por parte dos órgãos que integram a administração da justiça, etc.

4.2. Análise dos Critérios e o Princípio da Razoabilidade como Elemento Integrador

Além dos três critérios básicos anteriormente apontados (complexidade do caso; a atividade processual do interessado (imputado); a conduta das autoridades judiciárias), é fundamental, ainda, a leitura da questão à luz do princípio da proporcio-

nalidade⁷ ou razoabilidade, critério inafastável na ponderação dos bens jurídicos em questão e integrador dos demais, daí por que, chamado de princípio dos princípios.⁸

O critério da razoabilidade, vem estabelecido na Convenção Europeia (art. 5º, § 3º), na Convenção Americana (art. 7.5) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, nº 3).

Entre nós, embora o direito ao prazo razoável já fizesse parte do ordenamento jurídico interno, por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), com novo inc. LXVIII do art. 5º, da Magna Carta, sobreleva o interesse pelo estudo da razoabilidade do prazo para o término do processo.

A razoabilidade prevista no art. 8.1, da CADH, é aquela relativa à necessidade de uma justiça tempestiva, como um dos elementos necessários para se atingir o justo processo.⁹ A exi-

7 Com base na proporcionalidade, tanto o TEDH, quanto a Corte Interamericana, decidiram que uma prisão cautelar pode superar o prazo fixado no ordenamento jurídico interno e, ainda assim, ser considerada justificada (a partir da complexidade, da conduta do imputado, da proporcionalidade, etc.). No "Caso Firmenich versus Argentina", a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que uma prisão cautelar, que durou mais de 4 anos, estava justificada, mesmo tendo superado o prazo de 2 anos fixado pelo ordenamento interno.

8 Dada sua relevância, o princípio da proporcionalidade exigiria um amplo estudo, que ultrapassasse os limites do presente trabalho. Até mesmo a questão terminológica (proporcionalidade ou razoabilidade) já seria motivo de debate. Assim, para o leitor interessado, sugerimos que a leitura seja iniciada pelos constitucionalistas (que muito têm se dedicado ao tema), especialmente de CANTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, e também de monografias específicas, como as obras: OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios - O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

9 Cf. CHIAVARILO, *Proceso e garantía...* V. II, p. 253; VIAGAS BARTOLOME, *El Derecho...* p. 73.

5 PEDRAZ PENALVA, "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", p. 395. Obviamente que o "acúmulo de servijo" ou argumento similar, não pode ser admitido, como não o é pelo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, na medida em que incumbe ao Estado organizar-se de modo a fazer frente à demanda de tutela e jamais legitimar o "anormal" funcionamento do Poder Judiciário (quase que um "beneficiar-se de sua própria torpeza"). Por outro lado, é perfeitamente admissível o argumento de que se a demora ocorreu por atos de natureza manifestamente procrastinatória por parte do imputado, não há que se falar em dilação indevida, senão em atraso gerado e imputável à parte. Em última análise, como bem definiu o TEDH no Caso *Christista e Viola versus Itália* (sentença de 04.12.1995), "sólo las dilaciones imputables al Estado pueden llevar a concluir la inobservancia del plazo razonable".

gência de tempestividade é normalmente satisfeita quando, em um tempo razoável, é proferida uma decisão de mérito,¹⁰ seja esta de condenação ou tenha outro conteúdo. É o desfazimento, em um sentido ou em outro, da dívida sobre a acusação que pesa contra o indivíduo. O processo penal possui uma carga infamante e sancionatória em si mesmo, que não deve se prolongar por muito tempo. O processo que se desenvolve em um prazo razoável evita que uma pessoa acusada fique muito tempo na incerteza de sua sorte.

Ressalte-se, porém, que o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido, simplesmente, como o direito a um processo que busque a celeridade processual a qualquer custo. **Ou seja, o processo no prazo razoável não é o processo em sua celeridade máxima. Para se respeitar o direito ao processo no prazo razoável, a busca de celeridade não pode violar outras garantias processuais como a ampla defesa e o direito de a defesa possuir o tempo necessário para seu exercício adequado.**

Em outras palavras, o processo no prazo razoável, significa um processo que, naturalmente, deverá durar algum tempo, mas que não pode ter uma demora exagerada, causada por dilacões indevidas e injustificadas.¹¹

É necessário lembrar, ainda, com vistas exclusivas ao processo penal, que não cabe ao legislador a opção de instituir um processo que se desenvolva em tempo razoável ou então instituir um processo lento, em que se assegure ao acusado permanecer em liberdade.¹² O processo sempre tem de se desenvolver em prazo razoável, até por força do art. 5º, LXXVIII, da Constituição. O art. 7.5 da CADH, apenas estabelece que a consequência de um

processo que se estenda além do prazo razoável, estando o réu preso cautelarmente, é o seu desencarceramento.

O desencarceramento é a decorrência do *favor libertatis*, no critério da razoabilidade. Não está, pois, o legislador diante de hipóteses alternativas: instituir um processo razoavelmente célere ou disciplinar um processo lento, mas permitindo que o acusado, se estiver preso cautelarmente, seja posto em liberdade. Se assim fosse, ficaria aniquilada a garantia do processo em um prazo razoável para o réu que não se encontra preso.

O conceito de razoabilidade, segundo o TEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é um conceito aberto, um *standard* a ser analisado em face do caso concreto. Assim, não caberia ao legislador de cada país definir, aprioristicamente, a razoabilidade em termos cronológicos absolutos e válidos para a generalidade dos casos.

Há décadas a Comissão Européia de Direitos Humanos e o TEDH analisam o conceito de razoabilidade, já tendo firmado parâmetros bem definidos sobre o tema.

Contrao, quando se fala em razoabilidade, não se pode esquecer que estamos diante de uma cláusula genérica que, isoladamente, se presta a qualquer senhor (basta verificar que existe até quem defenda a admissibilidade de uma prova ilícita contra o réu, a partir da razoabilidade [ou proporcionalidade], servindo como elemento legítimo [e legítimo, por consequência] de uma sentença condenatória).

Assim, sublinhamos: o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), na nossa concepção, é considerado essencialmente quando vinculado ao valor "indivíduo", visto como garantia da jurisdição para o indivíduo. Trata-se de uma garantia do indivíduo dentro do sistema jurídico.

Analisando o conceito de razoabilidade, CHIAVARIO afirma que a questão exige a valoração balanceada de vários elementos, tendo particular relevo, de um lado, a maior ou menor complexidade da investigação que o processo exige e, junta-

10 CHIAVARIO, *Processo e garantia* ..., v. II, p. 259.

11 VIAGAS BARTOLOME, *El Derecho* ..., p. 78.

12 CHIAVARIO, *La Convención* ..., p. 231, nota 37. No mesmo sentido, cf. PONCET, *La protection de l'accusé* ..., p. 65.

mente, a maior ou menor diligência dos órgãos processuais; de outro, a conduta do imputado, ao menos quanto à sua vontade dilatória ou de paralisação da atividade processual.¹³

A questão pode ser ainda abordada desde uma interpretação gramatical, sob o enfoque da vertente da "dilação indevida". Por *dilação* entende-se a (de) mora, o adiamento, a postergação em relação aos prazos e termos (inicial-final) previamente estabelecidos em lei, sempre recordando o dever de impulso (oficial) atribuído ao órgão jurisdicional (o que não se confunde com poderes instrutórios-inquisitórios).

Já o adjetivo "indevida" que acompanha o substantivo "dilação", constitui o ponto nevrálgico da questão, pois a simples dilação não constitui o problema em si, eis que pode estar legitimada. Para ser "indevida", deve-se buscar o referencial "devida", enquanto marco de legitimação, verdadeiro divisor de águas (para isso é imprescindível um limite normativo, conforme tratado a continuação).

GIMENO SENDRA¹⁴ aponta que a dilação indevida corresponde à mera inatividade, dolosa, negligente ou fortuita do órgão jurisdicional. Não constitui causa de justificação a sobrecarga de trabalho do órgão jurisdicional, pois é inadmissível transformar em "devido" o "indevido" funcionamento da justiça. Como afirma o autor, "*lo que no puede suceder es que lo*

normal sea el funcionamiento anormal de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a sus tribunales a fin de que los procesos transcurran en un plazo razonable (STEDH Buchholz cit., Eckle, S. 15 julho 1982; Zimmermann-Steiner, S. 13 julho 1983; DCE 7984/77, 11 julho; SSTC 223/1988; 37/1991)."

Com relação aos critérios de razoabilidade, não se pode deixar de mencionar as decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos, proferidas nos casos Neumeister e Wenhoff, ambas de 27 de junho de 1968, que se tornaram paradigmas na fixação da "regra dos sete critérios" daquela Comissão.

Dada a similitude de ambas as decisões, transcreveremos os pontos principais da sentença proferida no caso Neumeister:

"A Comissão, para facilitar a determinação do prazo razoável, entende que os casos devem examinar-se segundo os sete 'critérios', 'fatores', ou 'elementos' que se expõem a seguir:

I) A efetiva duração da detenção. A Comissão não quer dizer que tenha que se fixar um 'limite temporal absoluto' para a duração da detenção. Tampouco se trata de medir essa duração em si mesma, mas geralmente utilizá-la como um dos critérios que permitem determinar o caráter razoável de que se trata.

II) A duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, grau da pena cominada que se possa prever para o suspeito, e o sistema legal de abatemento da prisão no cumprimento da pena que no caso venha a ser imposta. A esse respeito, a Comissão adverte que a duração da prisão preventiva pode variar segundo a natureza da infração, o grau da pena cominada e o da pena que se há de prever no caso. Não obstante, para apreciar a relação entre a pena e a

13 CHIAVARI, *Proceso e garanzia...*, v. II, p. 265. O autor se vale da posição firmada pela Comissão Europeia de Direitos Humanos nas decisões de 12 de julho de 1977 (Caso Hase), reiterada posteriormente nas decisões de 7 de dezembro de 1977 e 12 de julho de 1979. Na doutrina nacional, TUCCI, José Rogério Cruz e ("Dano moral decorrente da excessiva duração do processo", *In: Temas jurídicos de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 97), afirma que "o tempo razoável de duração de um processo deve ser apreciado em consonância com as circunstâncias da causa e com o auxílio de critérios consagrados pela jurisprudência da Corte (especialmente, o arresto Zimmermann e Steiner, de 13 de julho de 1983)" que seriam: "a complexidade do caso, o comportamento do requerente e o comportamento das autoridades judiciárias".

14 GIMENO SENDRA, Vicente et alii, *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 1996, p. 109.

duracão da prisão preventiva, segundo a Comissão, há que se ter em conta a presunção de inocência estabelecida pelo art. 6.2 da Convenção. Se a duração da detenção se aproxima excessivamente da pena prevista para a hipótese de condenação, não se respeitaria o princípio da presunção de inocência.

III) Os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz no detido quando ultrapassam as normas consecutórias da mesma.

IV) A conduta do acusado.

- a) Tera ele contribuído para retardar ou ativar a instrução ou os debates?
- b) Teria retardado o procedimento em consequência da apresentação de pedidos de liberdade provisória, de apelações ou de outros recursos?
- c) Pediu sua liberdade mediante fiança ou oferecendo outras garantias para assegurar o comparecimento em juízo?

V) As dificuldades da instrução do caso (a complexidade dos fatos ou do número de testemunhas e acusados, necessidade de produzir provas no estrangeiro, etc.).

- a) A forma em que se desenvolveu a instrução.
- b) A direção da instrução pela autoridade (o cuidado dedicado ao caso e a maneira como organizou).

VII) Atuação das autoridades judiciais.

- a) No exame das petições de libertação durante a instrução
- b) No processamento do caso.

O TEDH, porém, já ressaltou que não se deve confundir o disposto no art. 5º, § 3º, com o que estabelece o artigo 6º, § 1º, ambos da CEDH. Este último artigo aplica-se a todos os jurisdicionados, para protegê-los contra a excessiva lentidão do proce-

dimento. O primeiro só tem aplicação em matéria punitiva, desde que o acusado esteja preso cautelarmente. Tem por objetivo evitar que, estando o acusado preso, a incerteza sobre sua situação se mantenha por tempo demasiado.¹⁵ E, com base em tal distinção, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em um de seus julgados entendeu que, no que se refere ao caráter "razoável" do prazo, somente alguns dos sete critérios que a Comissão Europeia utiliza em relação ao art. 5º, § 3º, seriam aplicáveis *mutatis mutandi* ao artigo 6º, § 1º (o primeiro, o quarto, o quinto, o sexto e o sétimo).¹⁶

Por outro lado, o TEDH também já decidiu que a "regra dos sete critérios" da Comissão Europeia não é aceitável, já tendo sido abandonada atualmente.¹⁷

Posteriormente, o TEDH passou a levar em conta apenas três critérios:

- (1) a complexidade do caso;
- (2) o comportamento da parte;
- (3) o comportamento das autoridades judiciárias.¹⁸

E, conforme já destacado, nos últimos anos, o TEDH, mantendo o critério da razoabilidade, acrescentou que a duração prolongada da prisão cautelar somente estará justificada se

15 Caso Stogmuller, sentença de 15.11.1969.

16 Caso Neumeister, sentença de 27.07.1968.

17 Cf.: BENVENUTI, Paolo. "La ragionevolezza della detenzione preventiva nell'art. 5, par 3, della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo", *Rivista Italiana di Diritto Internazionale*, nº 57, 1973, p. 523; PONCET, *La protection de l'accusé*,... p. 69, nota 215.

18 Caso Ziemmermann e Streiter, sentença de 27.07.1968. Relembre-se que, conforme destacado no item 4.1, em especial nota nº 3, nos últimos anos, o TEDH, mantendo o critério da razoabilidade, acrescentou que a duração prolongada da prisão cautelar somente estará justificada se houver uma "real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência".

houver uma "real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência".¹⁹

De qualquer forma, há uma clara semelhança entre os critérios adotados anteriormente pela Comissão Europeia e os critérios atuais do TEDH, embora este os tenha definido mais genericamente.

No Brasil, o art. 5º, LXXXVIII, da Constituição – incluído pela Emenda Constitucional nº 45 – adotou a doutrina do não-prazo, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos. Nessa vagueza, cremos que, além dos três critérios acima apontados (complexidade, comportamento da parte e das autoridades judiciárias), devemos considerar a "razoabilidade" como elemento integrador.

Na busca de subsídios para a adoção de parâmetros que permitam aferir a razoabilidade da duração do processo no sistema brasileiro, procuraremos analisar, criticamente, e em separado, cada um dos critérios da Comissão Europeia de Direitos Humanos, bem como os mais importantes julgados do TEDH sobre o direito ao prazo razoável.

Cabe ressaltar que, na análise desses critérios internacionais, serão formuladas observações críticas sobre a situação do processo penal brasileiro, em relação a cada um deles.

4.2.1. A Efetiva Duração da Prisão

O critério da duração efetiva da prisão cautelar não é um índice absoluto de razoabilidade. Um período de prisão preventiva longo não pode ser, por si só, um indicador de irrazoabili-

19 Cf.: Caso Grisez, sentença de 16.09.2002; caso Neumerzhitsky, sentença de 05.04.2005; caso Panchenko, sentença de 08.02.2005; caso Sardinas Albo, sentença de 17.02.2005.

dade, uma vez que motivos relevantes, como a própria conduta do acusado, podem determinar o retardamento do processo.

Com relação à longa duração do processo, trazemos à colação passagens de dois interessantes julgados do TEDH:

"No caso Wenhoff, é certo que o processo terminou com uma condenação. Porém, bem poderia ter acabado com uma absolvição e, ademais, mantendo uma pessoa demasiado tempo em detenção preventiva, este será levado ao desespero, e uma pessoa desesperada defende sua inocência com uma vontade consideravelmente diminuída."²⁰

No caso Neumeister, a Corte afirmou que:

"Em uma sociedade democrática, o fato de manter um homem durante mais de sete anos na incerteza, na inquietude, na angústia do que será dele, com os sofrimentos que se produzirão em sua vida profissional e social, constituem uma clara vulneração do artigo 6.º 1 de que se trata."²¹

O TEDH, no que se refere aos procedimentos e à busca de um critério adequado para a determinação da razoabilidade de sua duração, tem afirmado a necessidade de se encontrar um "padrão comum europeu", independentemente das concretas circunstâncias que confluem na administração da Justiça de cada um dos Estados. Ou seja, o prazo razoável previsto no art. 5º, § 3º, da CEDH, deve contemplar-se em relação a um padrão

20 Caso Wenhoff, sentença de 27.07.1968. Wenhoff foi preso em 9 de novembro de 1961, juntamente com outras pessoas, sob suspeita de terem cometido vários crimes financeiros. Ficou preso provisoriamente quase 6 anos, tendo sido condenado a seis anos e seis meses de pena privativa de liberdade (Cf. Cour Européenne des Droites de l'Homme – Série B, Affaire "Wenhoff", Strasbourg, Greffe de la Conseil de l'Europe, p. 68).

21 Caso Neumeister, sentença de 27.07.1968.

comum europeu, significando, portanto, razoável para toda pessoa em qualquer dos países europeus signatários da CEDH.²² De outro modo, sua valoração dependerá, necessariamente, das características do sistema judicial de cada Estado concreto, o que não se coaduna nem com a letra nem com o espírito da disposição comentada.²³

No sistema brasileiro, recorde-se, as prisões cautelares não possuem prazo máximo de duração expressamente previsto e, tampouco, existe, expressamente, um direito de imediata liberação do imputado quando superado o prazo.

Assim, o prazo da prisão cautelar está intimamente vinculado ao princípio da provisoriedade. A provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisorialidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada.

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei,²⁴ as demais prisões cautelares são absolutamente indeterminadas, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.

A jurisprudência tentou, sem grande sucesso, construir limites globais, a partir da soma dos prazos que compõem o pro-

cedimento aplicável ao caso. Assim, resumidamente, se superados os tais 81 dias o imputado continuasse preso, e o procedimento (ordinário) não estivesse concluído (leia-se: sentença de 1º grau), haveria “excesso de prazo”, remediável pela via do *habeas corpus* (art. 648, II).²⁵ A liberdade, em tese, poderia ser restabelecida, permitindo-se a continuação do processo. Algumas decisões até admitiram considerar o excesso de prazo de forma isolada, a partir da violação do limite estabelecido para a prática de algum ato específico (ex: a denúncia deverá ser oferecida no prazo máximo de 5 dias quando o imputado estiver preso, de modo que, superado esse limite sem a prática do ato, a prisão seria ilegal).

Mas, concretamente, não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares, impondo-se uma urgente discussão em torno da matéria, para que normativamente sejam estabelecidos prazos máximos de duração para as prisões cautelares, a partir dos quais a segregação seja absolutamente ilegal.

Ademais, a norma processual deveria consagrar expressamente um “dever de revisar periodicamente” a medida adotada, a exemplo de outros sistemas jurídicos.

Ao lado da massificação das cautelares, sua excessiva duração conduz ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

22 GAITO, Alfredo (*Procedura Penale e garanzie europee*. Torino: UTET, 2006, p. 11 e segs.) refere-se a um “mínimo comune denominatore europeo” del diritto processuale penale.”

23 Caso *Mätznerer*, sentença de 10.11.1969.

24 A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960/89, que determina que a segregação poderá durar até 5 dias, prorrogáveis por igual período. Em se tratando de crime hediondo ou equiparado, a prisão temporária poderá durar até 30 dias, prorrogáveis por igual período, nos termos da Lei nº 8.072/90.

25 Sobre o “critério dos 81 dias, cf. *infra*, item 6.2.

Com razão, FERRAJOLI²⁶ afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e de retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência) e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (pois não tem regime semi-aberto ou saídas temporárias).

Na lição de CARNELUTTI, "as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgracadamente em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena: não se esqueça que se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heróicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quicá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobre tudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!"²⁷

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhado um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de "eficiência" do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser "excepcional" torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quando esse agravado pela duração excessiva.

Especificamente no que se refere à duração das prisões cautelares, o Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.

Ainda que tenham origens diferentes, razoabilidade (Estados Unidos) e proporcionalidade (Alemanha), guardam entre si uma relação de fungibilidade, como explica SOUZA DE OLIVEIRA,²⁸ para quem o princípio pode ser classificado em razoabilidade interna e externa. A primeira diz respeito à lógica do ato em si mesmo, enquanto a segunda exige consonância com a Constituição. Divide o autor, ainda, em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser

26 *Derecho y Razón. - Teoría del Garantismo Penal*. 2ª ed. Trad. Perfecto Andrés

Ibáñez; Afonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos

Basco e Rocio Cárnarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997, p. 776 e ss.

27 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago

Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950, v. II, p. 75.

28 SOUZA DE OLIVEIRA, *Por uma Teoria dos Princípios*, p. 321.

adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.

A necessidade "preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja".²⁹ Relaciona-se, assim, com os princípios de prioridade e proporcionalidade.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a *lógica da ponderação*. De um lado, o inenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes.

4.2.2. A Natureza do Delito e a Pena Cominada

A natureza do delito e pena a ele cominada, enquanto critérios da razoabilidade de duração do processo, representam, em essência, o critério da proporcionalidade. Processos que tenham por objeto delitos mais graves e, conseqüentemente, apenados mais severamente, poderão durar mais tempo do que outros feitos por delitos de pequena gravidade.

Todavia, embora o critério da proporcionalidade seja fundamental na ponderação da duração do processo em relação ao binômio "natureza do delito – pena cominada", não poderá ser aceito, de forma isolada, como índice de razoabilidade. Levado ao extremo, delitos apenados com prisão perpétua teriam como razoável um processo que durasse toda a vida...

O critério da proporcionalidade surgiu da tentativa da jurisprudência alemã, depois consagrado legislativamente, de individualizar o critério da razoabilidade. Foi acolhido pela reforma da StPO, de 19 dezembro de 1964, em seu art. 120: "A

custódia preventiva deve ser proporcional à gravidade do fato ou à da pena."

Para AMODIO, "o princípio da proporcionalidade responde indubitavelmente à exigência de temperar a periculosidade decorrente da interpretação dada ao conceito de *reasonable time* da Comissão Europeia, a qual, como se viu, considera legítima a existência de um longo período de encarceramento preventivo para delitos não graves, só com base na justificativa da complexidade da investigação. De resto, não se pode nem mesmo objetar com o perigo de uma indiscriminada proporcionalidade entre a duração da custódia preventiva e a gravidade do delito, porque o princípio acolhido pela StPO não opera no sentido de consentir o encarceramento preventivo ou sua delonga por causa da gravidade do delito, quando ausentes os específicos motivos da captura".³⁰

De qualquer forma, o critério da proporcionalidade exige uma leitura cuidadosa. Sem dúvida, serve como limite de duração da custódia preventiva em delitos de menor gravidade, evitando que a prisão se estenda de forma desarrazoada, em razão da complexidade do caso ou outros fatores.³¹ Por outro lado, nos casos de delitos mais graves, a adoção da proporcionalidade, de forma isolada, representa um grave perigo à liberdade pessoal vez que, subsistentes as razões que determinaram a prisão, o processo poderia se estender por longo tempo.

²⁹ AMODIO, Ennio. "La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, jul/set. 1967, p. 888.

³¹ A reforma da Ordenança Processual Penal alemã, procurando eliminar esses males, previu um prazo máximo de duração da prisão preventiva de seis meses. Porém, mesmo ultrapassado esse prazo, sem que tenha sido proferida uma sentença de condenação, pode o acusado permanecer preso se "subsistir particular dificuldade ou amplitude da investigação ou outro importante motivo" (StPO, § 121, 1º). Sobre a lei alemã e o princípio da proporcionalidade cf. BAROSIO, Vittorio. *Il processo penale tedesco - dopo la riforma del 1965*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 85 e s.

Não é este o espírito da Convenção Europeia, cujo art. 5º, § 3º, determina que o acusado preso preventivamente seja julgado em tempo razoável, sob pena de desencarceramento, mesmo subsistindo os fatores determinantes da prisão cautelar. A ausência de tais fatores impede que se decrete a prisão preventiva (ou autoriza sua revogação), mesmo que o julgamento venha a se realizar em tempo razoável (art. 5º, § 1º, c).

Todavia, em algumas hipóteses, pode-se verificar que, mesmo presentes os motivos autorizantes do encarceramento e não excedendo o tempo necessário para preparar um juízo de mérito, a situação contraste com o princípio da razoabilidade. Assume importância, neste caso, o art. 6º, § 2º, da Convenção Europeia, determinando que a duração da custódia preventiva, que se aproxima demais da duração da pena que se pode esperar em caso de condenação, acaba por violar o princípio da presunção de inocência.³²

Some-se a isto que, se o período de prisão cautelar fosse proporcional à pena cominada, independentemente de quaisquer outros elementos definidores de sua razoabilidade, a duração do processo e da prisão cautelar seriam corolários automáticos da imputação, o que viola a presunção de inocência.

De outro lado, considerando uma situação extrema em que fosse cominada a pena de prisão perpétua, o critério da pena cominada ou da pena provável seria totalmente inadequado. A prisão e, por conseguinte, o processo, poderiam durar por toda uma vida. O que dizer, então, caso fosse cominada a pena de morte? Fica evidente, pois, que para os delitos de maior gravidade, ao quais são cominadas penas abstratas bastante elevadas,

32 Caso Werhoffs, sentença de 27.07.1968. PONCET (*La protection de l'accusé...*, p. 70), afirma que o princípio da presunção de inocência pode estar violado em face da aplicação do princípio da proporcionalidade, porque este permite considerar que uma prisão provisória não é desrazoavelmente longa se para o crime pelo qual a pessoa está presa for prevista uma pena mais longa ainda. No mesmo sentido, BENVENUTI "La Ragionevolezza...", p. 529-530.

deve-se buscar uma conjugação de critérios, com base nos fatos incontroláveis emergentes no caso concreto, a fundamentarem a custódia e sua manutenção.

Existem ainda outras razões para justificar o cuidado ao analisar o binômio natureza do delito e pena cominada. Tal regra de proporcionalidade seria aplicável quanto à duração razoável do processo penal. Contudo, não seria suficiente para aferição da razoabilidade relacionada ao processo civil, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, o que também é assegurado pela Convenção Europeia (art. 6º, § 1º), pela Convenção Americana (art. 8.1) e pela Constituição Brasileira (art. 5º, inc. LXXVIII).

Ademais, a regra que postula uma comparação entre a pena provável, em caso de condenação, com o tempo de prisão provisória do acusado, teria sua aplicação enfraquecida nos processos penais em que o imputado estivesse em liberdade.

Por todas essas razões, o TEDH excluiu a aplicação do critério "natureza do delito e pena aplicada" para situações em que não se esteja diante de um processo penal com réu preso.³³

4.2.3. Os Efeitos Materiais e Morais da Prisão Cautelar e do Processo Penal

Os efeitos materiais, morais e de outro gênero, que podem decorrer da prisão cautelar e do próprio processo penal, sem dúvida afetam os direitos dos imputados e a própria presunção de inocência. O encarceramento não pode sujeitar o acusado e a sua liberdade pessoal a um esforço maior do que aquele que se pode exigir de quem se presume inocente. Em decorrência disso, há (ou deveria haver) sensíveis diferenças entre o tratamento dispensado ao acusado preso cautelarmente, de um lado,

33 Caso Neumeister, sentença de 27.07.1968.

e o regime imposto ao preso já condenado por sentença transitada em julgado, de outro.

Contudo, é importante destacar que existe uma pena processual mesmo quando não há prisão cautelar, e essa pena aumenta, progressivamente, com a duração do processo. Seu imenso custo será ainda maior, a partir do momento em que se configurar a duração excessiva do processo, pois então, essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la.

Ilustrativa é a já mencionada “pena de banquillo”, ou seja, a pena processual que encerra o “sentar-se no banco dos réus”. É uma pena autônoma, que cobra um alto preço por si mesma, independentemente de futura pena privativa de liberdade (que não compensa nem justifica, senão acresce o caráter punitivo de todo o ritual judiciário).

A imputação é geradora de um pesado estigma. Como já explicamos em outra oportunidade,³⁴ o termo *estigmatizar* encontra sua origem etimológica no latim *stigma*, que alude à marca feita com ferro candente, o sinal da infâmia, que foi, com a evolução da humanidade, sendo substituída por diferentes instrumentos de marcação. Atualmente, não há como negar que o processo penal assume a marca da infâmia e a função do ferro candente.

A Criminologia crítica aponta para o *labeling approach*³⁵ como essa atividade de etiquetamento que sofre a pessoa e tal fenômeno pode ser perfeitamente aplicado ao processo penal. O *labeling approach*, como perspectiva criminológica, entende que o *self* — a identidade — não é um dado, uma estrutura sobre a qual atuam as “causas” endógenas ou exógenas, mas algo que se vai adquirindo e modelando ao longo do processo de interação entre o sujeito e os demais.

Nesse panorama, o processo penal assume a atividade de etiquetamento, retirando a identidade de uma pessoa, para outorgar-lhe outra, degradada, estigmatizada. É claro que essa estigmatização é relativa e não absoluta, na medida em que varia conforme a complexidade que envolve a situação do réu (o observador na visão da relatividade de EINSTEIN) e a própria duração do processo. Não há dúvida de que tanto maior será o estigma, quanto maior for a duração do processo penal, especialmente se o acusado estiver submetido a medidas cautelares.

O processo penal constitui o mais grave *status-degradation ceremony*. Como explicam FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE,³⁶ o conceito de cerimônia degradante foi introduzido em 1956, por H. GARFINKEL, como sendo os processos ritualizados em que uma pessoa é condenada e despojada de sua identidade e recebe outra, degradada. O processo penal é a mais expressiva de todas as cerimônias degradantes.

Ao lado do estigma, é inegável o sofrimento, para o imputado, que o processo penal gera. A expressão *stato di prolungata ansia* resume esse fenômeno. Foi empregada na Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil italiano, para justificar a crise do procedimento civil ordinário e a necessidade de implementar formas de tutela de urgência, mas encontra no processo penal um amplo campo de aplicação, levando em conta a natureza do seu *custo*.

O processo penal submete o particular a uma instituição que, em geral, lhe é absolutamente nova e repleta de mistérios e incógnitas. A profissionalização da justiça e a estrutura burocrática que foi implantada devido também à massificação da criminalidade fazem com que o sujeito passivo tenha que se submeter a um mundo novo e desconhecido. Isso sem considerar o sistema penitenciário, que, sem dúvida, é um mundo à parte, com sua própria escala e hierarquia de valores, linguagem etc.

34 LOPES JR., *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 95, nota 251.

35 Cf. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 42.

36 FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 350.

Esse ambiente da justiça penal é hostil, complexo e impregnado de simbolismos. Para o sujeito passivo, todo o cenário revela um mistério, que somente poderá compreender depois de submeter-se a toda uma série de cerimônias degradantes.

A arquitetura das salas dos Tribunais configura um plágio das construções religiosas, com suas estátuas e, inclusive, com um certo vazão, onde deverá ser "exposto" o acusado. Tudo isso traduz, em última análise, que o binômio crime-peccado ainda não foi completamente superado pelo homem. Os membros do Estado – juízes, promotores e auxiliares da justiça – movem-se em um cenário que lhes é familiar, com a indiferença de quem só cumpre mais uma tarefa rotineira. Utilizam uma indumentária, vocabulário e todo um ritualismo que contribui de forma definitiva para que o indivíduo adquira a plena consciência de sua inferioridade. Dessa forma, o mais forte é convertido no mais impotente dos homens frente à supremacia punitiva estatal. Tudo isso, acrescido do peso da espada de Dâmocles que pendente sobre sua cabeça, leva o sujeito passivo a um estado de angústia prolongada.

Enquanto dura o processo penal, dura a incerteza, e isso leva qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena. O sofrimento da alma é um custo que terá que pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor como maior seja a injustiça a que esteja sendo submetido.

Além desse sofrimento psicológico, o TEDH destacou que a consideração dos efeitos materiais e morais da prisão, por óbvio, somente têm aplicação quanto à aferição da duração razoável do processo, no campo penal.

4.2.4. O Comportamento Processual do Imputado

O comportamento processual do imputado tem merecido destaque especial na doutrina e na jurisprudência para a aferi-

ção da duração razoável do processo e, principalmente, o que seria a outra face da medalha, das dilatações indevidas causadas ao processo.

Especificamente no processo penal, onde está em jogo o delicado problema de coordenação e equilíbrio entre o direito à decisão em um tempo razoável e o direito de dispor de um tempo necessário para a defesa, o problema avulta.³⁷

Inicialmente, a conduta pode ser determinada pelo puro e simples exercício de um direito que a lei confere ao imputado, sem que isto represente uma específica exigência de defesa, como por exemplo, o direito ao silêncio. Este caso não pode ser visto como retardamento processual, permitindo que se ultrapasse o prazo razoável. Não se exige, também, uma cooperação ativa do interessado com a autoridade judiciária.³⁸ Então, sublinhe-se: o imputado não tem nenhum dever de contribuir ou colaborar para o celerê trãmite do processo. Nenhum prejuízo poderá advir-lhe da inércia processual, pois protegido pelo direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo.

Quando cautelarmente preso, o "atuar processual" do acusado é praticamente nulo, de modo que seu comportamento (ou ausência de colaboração) é inadequado para justificar a demora processual.

Tal posição fica clara na decisão da Comissão Europeia, no caso Neumeister:

"A Comissão considera que o acusado que se nega a colaborar com os órgãos da instrução ou que interpõe os recursos que lhe são permitidos, se limita a fazer uso de seu

37 CHIAVARI, *Processo e garantia...*, v. II, p. 270.

38 Cf. TEDH, Caso Eckle, sentença de 15.07.1982; Caso Cortigliano, sentença de 10.12.1982.

*direito e não pode ser sancionado por este motivo, a não ser que proceda com abuso ou com excesso.*³⁹

A Comissão Europeia já decidiu que, em via de princípio, não se pode imputar ao acusado encarcerado preventivamente o fato de ter prolongado o procedimento por ter lançado mão dos direitos que a lei lhe confere; ao contrário, só pode sofrer as consequências do uso abusivo ou excessivo de certas possibilidades que lhe são asseguradas por lei, em particular aquelas relativas ao uso dos recursos.⁴⁰

Aqui convém lembrar que o comportamento do acusado deve ser visto em face do direito de defesa. A utilização dos meios legais postos por lei para que demonstre a sua inocência e preserve a sua liberdade não pode causar gravame ao acusado. Ninguém pode ser punido por utilizar regularmente um direito que a lei lhe assegura. Se assim fosse, vãs seriam as garantias do direito de defesa.

Somente em caso de evidente má-fé no (ab)uso de tal direito é que alguma consequência negativa poderia advir para o seu titular. Mas, destaque-se: a regra é a plenitude de defesa e, somente quando, em situações excepcionalíssimas, ficar demonstrada uma evidente má-fé, manobras claramente protelatórias e que busquem esse fim — criar uma dilação indevida — é que o comportamento processual do imputado poderá prejudicar-lhe.

39 *Apuñ, VIAGAS BARTOLOME, Il derecho...*, p. 92. No sentido de que a demora processual não pode ser imputada ao acusado, pelo simples fato de a defesa utilizar todos os instrumentos que o ordenamento jurídico contempla em seu favor, como requerimentos, exceções ou impugnações, cf., TEDH, Caso Ledone, sentença de 12.05.1999; Caso I.A., sentença de 23.09.1998; Caso Eckle, sentença de 15.07.1982.

40 Comissão Europeia, Recurso n.º 6551/74, *apud*: SALVIA, Michele de, "Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della commissione e della corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, out./dez. 1979, p. 1.424.

É claro que, como já se afirmou, não poderiam esses direitos ser objeto de excessos, como manipulação claramente abusiva das próprias técnicas de defesa, o que só poderia ser caracterizado, com grande dificuldade, pela carência racional de finalidade da própria atuação.⁴¹

Já se considerou dilação indevida imputável ao réu: situações em que houve manifesto retardamento da instrução, a propositura de um processo conexo ou prejudicial temerário; uso de recursos com fim meramente protelatório; frequente mudança de domicílio, retardando intimações;⁴² troca constante de defensores e a recusa dos defensores oferecidos pelo Estado.⁴³

Contudo, destacamos: há que se ter muitíssima cautela em situações assim. A regra é presumirem-se legítimas todas as atuações da defesa, pois essa presunção de legitimidade brota do direito fundamental à ampla defesa.

Como adverte GIOVANNI CONSO, "a celeridade do processo é um valor que deve ser perseguido em todas as situações e buscado com firme propósito, com a condição, porém, de que não se pague o preço com o direito de defesa".⁴⁴ É evidente, portanto, que a celeridade deve ser buscada resguardando o direito de defesa do acusado ou de qualquer outra parte ou sujeito processual.⁴⁵

Aliás, as declarações internacionais que asseguram o direito a um julgamento em prazo razoável, também asseguram o direito de defesa e, mais do que isto, o direito de o acusado dis-

41 VIAGAS BARTOLOME, *El derecho...*, p. 91.

42 Comissão Europeia, decisão de 23 de maio de 1966.

43 Comissão Europeia, Caso Haase, decisão de 17.07.1977, Caso Eckle, sentença de 15.07.1982.

44 CONSO, Giovanni, "Il processo penale", *In: Tempo e giustizia*. Padova: Cedam, 1967, p. 72.

45 LEONE, Mauro, *El tempo nel diritto penale sostanzativo e processuale*. Napoli: Jovene, 1974, p. 296.

por de tempo necessário para preparar sua defesa. A CADH, no art. 8º, § 2º, "c" assegura que: "*durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas... concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa*". Ora, é evidente que a celeridade não pode ser buscada suprimindo-se outras garantias dos sujeitos processuais, principalmente da defesa.⁴⁶

4.2.5. As Dificuldades da Instrução

As dificuldades da instrução, enquanto critério determinante da razoabilidade da duração do processo, podem ser enfocadas sob duplo aspecto: a complexidade objetiva e a complexidade estrutural.⁴⁷

A complexidade objetiva ocorre nos processos relativos a certos tipos de delitos, como os delitos econômicos⁴⁸ ou falimentares.⁴⁹ A necessidade de realização de uma ou mais perícias também pode justificar um tempo mais longo de duração do processo,⁵⁰ assim como a dificuldade encontrada para o cumprimento de cartas rogatórias.⁵¹ O grande volume de documentos escritos a se examinar também é um dado idôneo a determinar uma duração mais longa do processo.⁵²

Quanto à complexidade estrutural, seria o caso de um processo como um grande número de partes ou de co-réus no pro-

cesso penal,⁵³ ou a presença, no *iter processual*, de uma autônoma fase instrutória.⁵⁴

Cabe lembrar, também, que a complexidade pode resultar não só de uma dificuldade probatória, mas também de questões de direito, como problema de interpretação de normas.⁵⁵ Porém, quando surge um problema interpretativo, o magistrado não pode causar grande retardo ao processo, até mesmo porque, *intra novi curia*. Há casos, contudo, em que questões de direito podem justificar atrasos na marcha processual, como, por exemplo, quando é necessário fazer prova da vigência de lei estrangeira.

Por outro lado, o TEDH tem assinalado que a busca inconsciente e precipitada da rapidez pode ser igualmente prejudicial. Não é porque o caso é complexo, trazendo dificuldades para a instrução, que se poderá decidir com base em um suporte probatório menos preciso: "Convém sublinhar, ademais, que a preocupação com a rapidez não dispensa os magistrados, no sistema de processo penal vigente no continente europeu, onde cabe-lhes a responsabilidade da instrução ou de direção do processo, de tomarem quantas medidas sirvam por sua natureza para esclarecer se a acusação está ou não devidamente fundada."⁵⁶

4.2.6. A Forma de Condução da Instrução e a Conduta das Autoridades no Processo

Passemos agora aos dois últimos critérios da Comissão Europeia: a forma de condução da instrução e a postura da autori-

46 Relembremos aqui a lapidar previsão da Constituição da República Portuguesa, que assegura ao arguido o direito de "*ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias da defesa*" (art. 32).

47 CHIAVARIO, *Processo e garantia*, v. II, p. 265-266.

48 Caso Weinhofer, sentença de 27.07.1968.

49 Caso Huber, sentença de 08.02.1973.

50 Comissão Europeia, Parecer de 01.06.1967.

51 Caso Neumeister, sentença de 27.06.1968.

52 Comissão Europeia, Parecer de 08.02.1973.

53 No caso de um grande número de acusados, a Corte Europeia tem sugerido a separação do processo cumulativo em tantos processos quantos forem os réus (Cf. Caso Neumeister, sentença de 27.07.1968; Caso Ringelsen, sentença de 16.07.1971). O art. 80 do CPP brasileiro permite a separação no caso de um excessivo número de acusados, para não lhes prorrogar a prisão provisória.

54 CHIAVARIO, *Processo e garantia*, v. II, p. 266.

55 VIAGAS BARTOLOME, *Il derecho*, v. II, p. 89.

56 Caso Neumeister, sentença de 27.07.1968.

dade julgadora no processo. Ambos critérios podem ser analisados conjuntamente, devido à grande interação entre eles, visto que os maiores atrasos na condução do processo se dão, principalmente, em razão da forma como foi induzida a instrução pelo juiz.

Se um acusado preso tem direito a que seu processo seja tratado prioritariamente, com uma celeridade particular, esta não deve prejudicar os esforços do magistrado para esclarecer, plenamente, os fatos objeto do processo, fornecendo a ambas as partes todas as oportunidades para produzirem provas e apresentarem suas razões, e para não se pronunciar senão depois de uma madura reflexão sobre a existência do delito e sua pena.⁵⁷

Em linha de princípio, um problema de retardamento ou de dilação processual, no que diz respeito à condução do processo, pode ter sua origem tanto na deficiente direção da autoridade judiciária, como na carência de meios ou adequada organização dos Tribunais dos Estados.⁵⁸ Nesta última hipótese, porém, a responsabilidade passaria do Poder Judiciário para o Poder Executivo.⁵⁹

De qualquer forma, trata-se, sem dúvida, de responsabilidade do Estado perante o cidadão. Cumpre ao Estado prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos. Trata-se, nesse aspecto, de responsabilidade da Administração Pública, e não de um problema apenas interno do Poder Judiciário, como é no caso em que um de seus magistrados ou Tribunais não desempenhe, corretamente, sua tarefa por problemas próprios. De qualquer forma, os direitos assegurados constitucionalmente e nas Declarações Internacionais são direitos dos indivíduos frente ao Estado como um todo, e não

em relação a alguns de seus "Poderes". De qualquer setor ou atividade estatal que advenha violação, esta não será admissível.

Nessa linha, perfeita a lição de GUASP: "es una exigencia derivada del derecho natural la que impide al Estado desentenderse del problema de si existen o no en el conjunto de sus actividades algunas dirigidas fundamentalmente a la realizacion de aquel valor (justicia). Existe un autentico derecho subjetivo para los súbditos del Estado a que el Poder Público se organice de modo que los imperativos de justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos, sin que el Estado pueda omitirse de combatir las medidas, que en su conjunto de actividades, no respondan a las minimas exigencias de justicia".⁶⁰

Assim, fica evidente que existe um verdadeiro direito subjetivo por parte dos jurisdicionados de exigir que o Estado se organize de modo a prestar a tutela jurisdicional com qualidade e sem dilações indevidas.⁶¹

60 "Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad". In: *Estudios Jurídicos*, p. 173 e ss.

61 O STF já decidiu que: "verificado o excesso de prazo, impõe-se a expedição de alvará de soltura, cumprindo ao Estado aparelhar-se para proceder ao julgamento das ações em tempo razoável" (STF, HC nº 87.102/SE, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.02.2006, v.u., DJ 20/04.2006). O STJ também já reconheceu excesso de prazo da prisão por falta de aparelhamento do Estado: "Hipótese em que a ação penal estaria estagnada há mais de 01 ano e 04 meses aguardando a juntada de laudo de degravação de interceptação telefônica, diligência requerida pelo Ministério Público ainda na fase instrutória, sendo que os pacientes estão presos cautelarmente há mais de 01 ano e 09 meses. II. A excessiva demora na conclusão da diligência não pode ser imputada aos réus e nem a seus advogados, sendo atribuível exclusivamente ao Estado-Juiz, eis que evidenciada, nos autos, a impossibilidade de realização da providência, seja em virtude de falhas e danos nos equipamentos do Instituto de Criminalística, sem previsão de reparo ou substituição, seja pelo acúmulo de serviços nesse Órgão. III. O constrangimento ilegal por excesso de prazo deve ser reconhecido quando a demora é injustificada, hipótese verificada in casu. IV. Inaplicabilidade do Enunciado nº 52 da Súmula desta Corte. V. Deve ser determinada a soltura dos pacientes, se por outro motivo não estiverem presos, relaxando-se a prisão cautelar anteriormente imposta." (STJ, HC nº 37.342, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Min. GISON DIPP, j. 22.03.2005, DJ 27.06.2006, p. 419).

57 TEDH, Caso Weinhoff, sentença de 27.07.1968.

58 No caso Moreira de Azevedo, sentença de 23.10.1990, o TEDH decidiu que o Estado é responsável pelo conjunto de sua estrutura judiciária e não apenas pelo juiz que atua no processo.

59 VIAGAS BARTOLOME, *El derecho...*, p. 98.

O TEDH tem admitido que problemas conjunturais de um Estado possam levar a uma maior duração do processo. Neste caso, devem ser adotadas medidas contingenciais para procurar sanar o problema específico e episódico.⁶² Assim, admite-se como solução apta a superar uma dificuldade momentânea, que a ordem de escolha dos processos a serem julgados tenha por base não a ordem cronológica de suas distribuições, mas o grau de urgência e a importância do interesse debatido.⁶³ Porém, como adverte o TEDH, se esse estado de coisas se prolongar e assumir um caráter estrutural, não sendo os meios acima citados suficientes e não podendo a administração da justiça adotar outras medidas eficientes, o Estado responderá pelo retardamento do processo.⁶⁴

Na mesma linha, já assinalou a Comissão Europeia que as dificuldades extrínsecas na gestão dos processos por parte de pequenos tribunais, ainda que por força de frequentes mudanças na composição de seus órgãos, não são aptas, *per se*, a justificar o retardamento do processo, pois correspondem a dificuldades inerentes à estrutura da organização judiciária, não se podendo considerar problemas meramente circunstanciais.⁶⁵

- 62 Caso Foti e outros, sentença de 10.12.1982.
 63 Segundo GOMES, Luiz Flávio ("As Garantias Mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiros", *Rev. GOMES, Luiz Flávio; PROVESAN, Flávia* (Coords.), *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p. 244), uma das faces da garantia do julgamento no prazo razoável é de natureza mandamental, isto é, "sempre que se constatar infração à garantia, que se mande julgar o processo com prioridade".
 64 Caso Ziemmermann e Steiner, sentença de 13.07.1983.
 65 Comissão Europeia, Caso Andorfer-Tonwerke, parecer de 08.03.1982. Segundo GOMES ("As garantias mínimas...", p. 244), "o excessivo volume de trabalho pode isentar o juiz pessoalmente da responsabilidade, mas de modo algum escusa o atraso da prestação jurisdicional"; além disso, observa que "os defeitos de estrutura e de organização da justiça não podem ser invocados como desculpa para a morosidade, o que significaria desconhecer o próprio conteúdo essencial de direito a um processo público sem dilações indevidas".

Com relação ao comportamento dos órgãos judiciários no próprio processo, CHIAVARIO distingue duas situações: por um lado, a existência de um procedimento que tenha uma maior duração, mas onde esta decorra da efetiva realização de atividades úteis ao processo; por outro, uma situação caracterizada por uma verdadeira e própria inércia dos órgãos judiciários.⁶⁶

Nesta última situação é que se verifica a ocorrência dos "tempos mortos" entre uma atividade processual e outra, ou entre as fases processuais. No dia-a-dia forense brasileiro é comum a demora para a conclusão do inquérito policial, oferecimento da denúncia, para a citação do réu, intimação de testemunhas, realização de audiências e, principalmente, o enorme tempo-morto nas pilhas dos cartórios e gabinetes dos juizes e tribunais. Nestes casos, evidencia-se a efetiva mora jurisdicional. O problema não é a dilatação dos prazos fixados em lei, mas a ausência de mecanismos⁶⁷ que impeçam os "tempos mortos".⁶⁸

O TEDH é severo com os atrasos decorrentes de demora na adoção de medidas como o desaforamento,⁶⁹ ou da não realização do desmembramento de processo em que há vários réus.⁷⁰

- 66 CHIAVARIO, *Processo e garantia...*, v. II, p. 274.
 67 Registre-se, a esse respeito, que o Código de Processo Penal português de 1987, em seus arts. 128 e segs., prevê um incidente destinado a acelerar o andamento do processo ou a realização do julgamento, tendo em vista os prazos máximos previstos em lei.
 68 CHIAVARIO, *Processo e garantia...*, v. II, p. 274.
 69 Caso Foti e outros, sentença de 10.12.1982. No Código de Processo Penal brasileiro há previsão de desaforamento para os processos do Tribunal do Juri, quando o julgamento não se realiza no período de um ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa (art. 424, parágrafo único). Também no Código de Processo Penal Militar há previsão de desaforamento do processo, pela impossibilidade de constituir o Conselho de justiça, ou quando a dificuldade de constituí-lo ou mantê-lo retarda desnecessariamente o curso do processo" (art. 108, inc. III).
 70 Cf.: Caso Neumeister, sentença de 2.07.1968; Caso Ringelsen, sentença de 16.07.1971. No ordenamento pátrio é possível o desmembramento de processos quando há excessivo número de acusados, para não lhes prorrogar a prisão provisória (Código de Processo Penal, art. 80). O STF já considerou haver excesso

Também já considerou que o excessivo número de processo,⁷¹ ou a dificuldade em combater determinada forma de criminalidade⁷² ou, ainda, uma greve dos advogados,⁷³ não podem ser consideradas justificativas para os "tempos mortos".

No Brasil, grande parte dos tempos-mortos poderia ser eliminada com uma maior racionalização da imensa burocracia dos cartórios e secretarias dos foros e tribunais. Insistimos na necessidade de acelerar o tempo do processo, mas desde a perspectiva de quem o sofre, enquanto forma de abreviar o tempo de duração da pena-processo. Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais, senão de acelerar através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo.

É diminuição de tempo burocrático, através da inserção de tecnologia e da otimização de atos cartorários e mesmo judiciais. Uma reotenação racional do sistema recursal, dos diversos procedimentos que o CPP e leis esparsas absurdamente contemplam e ainda, na esfera material, um (re)pensar os limites e os fins do próprio direito penal, absurdamente maximizado e inchado. Trata-se de reter a aceleração não mais pela perspectiva utilitarista, mas sim pelo viés garantista, o que não constitui nenhum paradoxo.

Há uma clara relação entre o aumento do número de processos, fruto da penalização ou do "direito penal máximo", e a duração que eles acabarão tendo.⁷⁴

de prazo na prisão, que viola o direito ao processo no prazo razoável, num caso em que o processo ficou paralizado, por quase nove meses, aguardando o retorno de carta precatória expedida para interrogatório de co-réu, sem que tenha sido determinado o desmembramento do feito (STF, HC nº 84.931/CE, 1ª T., Rel. Min. Cezar Pezoso, j. 25.11.2005, v.u., DJ 16.12.2005.)

71 Caso Ledonne, sentença de 12.05.1999.

72 Caso Eckle, sentença de 15.07.1982.

73 Caso Portington, sentença de 23.09.1998.

74 Sobre o tema, cf., *infra*, item 8.

Capítulo 5

Análise de Algumas Decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Corte Americana de Direitos Humanos e o (Pioneiro?) Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Como já destacamos, além de firmatário da CADH, o Brasil é passível de ser demandado junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que previsivelmente "importa" muitos dos entendimentos do TEDH, que acabarão – por via transversa – afetando nossa jurisprudência interna, como já ocorreu na decisão do TJRS, a seguir analisada.

O direito a um processo sem dilações indevidas (ou de ser julgado num prazo razoável) é "jovem direito fundamental", ainda pendente de definições e mesmo de reconhecimento por parte dos tribunais brasileiros, em geral bastante tímidos na recepção de novos (e também de "velhos") direitos fundamentais, mas que já vêm sendo objeto de preocupação há bastante tempo por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), e dos sistemas processuais europeus. Diante dessa tradição européia na questão e da inegável influência que as decisões do TEDH exercem sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e ela, sobre o sistema interno brasileiro, é importante analisar a doutrina construída em torno do art. 6º, § 1º, da CEDH1 (também fonte de inspiração da CADH).

1 Art. 6º, § 1º: "Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial estabelecido pela Lei, que decidirá sobre os litígios, sobre seus direitos