



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO**

MOISÉS FAGUNDES LARA JUNIOR

O EXCESSO DE PRAZO E A REVISÃO PERIÓDICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Porto Alegre

2021

MOISÉS FAGUNDES LARA JUNIOR

O EXCESSO DE PRAZO E A REVISÃO PERIÓDICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção de título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque Sbardelotto

Porto Alegre

2021

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIRETORIA

Gilberto Thums – Diretor da Faculdade
Luiz Augusto Luz – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte
Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Fagundes Lara Junior, Moisés
O excesso de prazo e a revisão periódica da prisão preventiva /
Moisés Fagundes Lara Junior. -- Porto Alegre 2021

50 f.

Orientador: Dr.Fábio Roque Sbardelotto.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Faculdade
de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público,
Curso de Direito - Bacharelado, Porto Alegre, BRRS,
2021.

1. Prisão Preventiva. 2. Excesso de Prazo. 3. Revisão Periódica.
I. Roque Sbardelotto, Fábio, orient. II. Título

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento
Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares
Porto Alegre - RS- CEP 90010-350
Fone/Fax (51) 3027-6565
e-mail:fmp@fmp.com.br
home-page:www.fmp.edu.br

MOISÉS FAGUNDES LARA JÚNIOR

O EXCESSO DE PRAZO E A REVISÃO PERIÓDICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Aprovado em: ____ de _____ de 2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardelotto (Orientador)

Prof. Me. Gilberto Thums

Profa. Me. Thaís Teixeira Rodrigues

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tempo de duração da prisão preventiva, seus eventuais excessos e se a revisão periódica, apresentada como uma possível solução para tal problema, está apta a resolvê-lo. Parte-se, para tanto, de uma abordagem da prisão preventiva no Brasil, analisando seus fundamentos, espécies, justificativas e seu tempo de duração. Ainda, será apreciada a reforma introduzida pela Lei 13.964/2019 e seus precedentes internacionais. Por último, analisa-se a hermenêutica acerca da periodicidade da revisão, passando pelas considerações favoráveis à revisão periódica bem como críticas à possível solução, bem como a posição que o Supremo Tribunal Federal adotou a esse respeito e o panorama da jurisprudência nacional após a decisão do STF. No que se refere à metodologia geral adotada, optou-se pelo método dedutivo que busca explicar o conteúdo a partir de duas premissas, quais sejam, o excesso de prazo da prisão preventiva e sua revisão periódica. Dentre os resultados obtidos, destaca-se o de que, apesar da revisão do Código que passou a prever expressamente a necessidade de revisão da prisão preventiva a cada 90 dias, sob pena de se tornar uma prisão ilegal, a partir da posição do STF e da jurisprudência nacional, houve uma mitigação da previsão legal do Código, acarretando pouca mudança de fato. Contudo, a previsão do Código foi um avanço, atendendo a disciplina internacional sobre o problema, porém, por ser uma questão ainda incipiente, carece de aperfeiçoamento com o tempo.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Revisão periódica.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the length of preventive custody, its possible excesses and whether the periodic review, presented as a possible solution to this problem, is able to solve it. Begins, therefore, an approach to preventive custody in Brazil, addressing its foundations, species, justifications and its duration. Still, the reform introduced by Law 13.964/2019 and its international precedents will be examined. Finally, the hermeneutics about the periodicity of the review is analyzed, going through the considerations favorable to the periodic review as well as criticisms to the possible solution, as well as the position that the Federal Supreme Court has adopted in this regard and the panorama of national jurisprudence after the decision of the STF. With regard to the general methodology adopted, we opted for the deductive method that seeks to explain the content from two premises, namely, the excessive length of preventive custody and its periodic review. Among the results obtained, it is noteworthy that, despite the revision of the Code that now expressly provides for the need to review the remand in custody every 90 days, under penalty of becoming an illegal arrest, from the position of the Supreme Court and national case law, there was a mitigation of the legal provision of the Code, leading to little change in fact. However, the provision of the Code was an advance, given the international discipline on the problem, but, because it is still an incipient issue, lacks improvement over time.

Keywords: Criminal Procedural Law. Preventive custody. Overtime. Periodic review.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A PRISÃO PREVENTIVA NO CENÁRIO BRASILEIRO	11
2.1	A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	11
2.2	AS ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	12
2.3	JUSTIFICATIVAS LEGAIS PARA A PRISÃO PREVENTIVA	18
2.4	O TEMPO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UM PROBLEMA PROCESSUAL	24
3	A REVISÃO PERIÓDICA DA DECISÃO DE PRISÃO PREVENTIVA	28
3.1	A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI ANTICRIME E SEUS PRECEDENTES INTERNACIONAIS	28
3.2	A REVISÃO PERIÓDICA INSERIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO 316 DO CPP	32
4	HERMENÊUTICA SOB DOIS ENFOQUES ACERCA DA PERIODICIDADE DA REVISÃO	37
4.1	CONSIDERAÇÕES FAVORÁVEIS À REVISÃO PERIÓDICA INTRODUZIDA NO CENÁRIO BRASILEIRO	37
4.2	CRÍTICAS À REVISÃO PERIÓDICA INTRODUZIDA NO CENÁRIO BRASILEIRO	39
4.3	A POSIÇÃO DO STF E SUA ABERTURA HERMENÊUTICA	42
4.4	O PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL PÓS DECISÃO DO SUPREMO	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar decretada pela autoridade competente, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, sempre que atendidos os requisitos e as hipóteses em que a lei a autoriza. Surge, assim, para cumprir um papel necessário que visa a garantir que o processo corra da melhor maneira possível, atingindo resultado justo.

Entretanto, não há previsão de prazo máximo para sua duração, diferentemente da prisão temporária, por exemplo. Graças a essa área cinzenta que é a duração da prisão preventiva, seu caráter provisório acaba se perdendo, desvirtuando o instituto e gerando verdadeiros adiantamentos de pena, ao manter presos acusados que não foram sequer julgados.

A incerteza acerca do prazo gerou diversos abusos, nascidos da descaracterização da prisão preventiva, da corrupção dos valores que a norteiam, violando inclusive direitos fundamentais como o devido processo legal, duração razoável do processo e até a presunção de inocência, pois, indefinido o marco final da prisão preventiva, o acusado passa a estar cumprindo uma pena tal qual a final, talvez até mais severa, uma vez que essa última tem data limite.

Uma possível solução para o problema surgiu na redação do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal através das modificações propostas pela Lei 13.964/2019. Esse dispositivo obriga o órgão emissor da prisão preventiva a revisá-la de ofício a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar ilegal a prisão, o que geraria seu relaxamento.

Desse modo, emerge como problemática o excesso de prazo da prisão preventiva, verificando-se no Brasil, ao longo do tempo, uma realidade na qual as prisões cautelares sob sua forma preventiva se protraíram no tempo de maneira exacerbada, não havendo regramento que balizasse minimamente o lapso de sua duração. O advento do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, por meio da Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, estabelecendo a necessidade de revisão judicial das prisões preventivas a cada 90 dias presta-se ao papel de ser solução, já debatida internacionalmente, para a questão do alongamento injusto das prisões preventivas.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar o instituto da prisão cautelar no Brasil, notadamente a prisão preventiva, de forma a verificar seus critérios e eventuais excessos. Já o objetivo específico é aferir a nova redação do art. 316 do Código de Processo Penal com as interpretações possíveis quanto à necessidade de revisão periódica da prisão preventiva, explorando os enfoques que têm sido conferidos ao contorno agora estabelecido

Tendo em vista a excepcionalidade da prisão preventiva enquanto prisão processual e que demanda cuidados específicos, a presente pesquisa justifica-se pela necessidade de análise acerca da ausência de solução definitiva para o problema do excesso de prazo da prisão preventiva e do processo como um todo, sendo imperioso que se impeça o estender de uma privação de liberdade desnecessária.

O primeiro capítulo, intitulado “A Prisão Preventiva no Cenário Brasileiro”, tem por escopo apresentar as prisões cautelares, gênero do qual a prisão preventiva é espécie. Introduzir-se-ão os conceitos necessários para a compreensão do tema, de maneira gradual e progressiva, de forma a apresentar as características da prisão preventiva, entre elas se destacará sua duração, e como sua prolongação é problemática para o investigado tanto quanto é para o instituto, que se desvirtua.

No segundo capítulo, nominado “A Revisão Periódica da Decisão de Prisão Preventiva”, analisar-se-á a revisão periódica através do Pacote Anticrime bem como sua origem em precedentes internacionais que lastreiam a adoção de tal medida no cenário brasileiro. Também examinar-se-á o histórico da revisão periódica no Brasil, até ser estabelecida pela Lei 13.964/2019.

No último capítulo, “Hermenêutica sob dois Enfoques acerca da Periodicidade da Revisão”, analisar-se-ão tanto aspectos positivos quanto críticas levantadas contra a revisão periódica. Examinar-se-ão os argumentos utilizados bem como especificamente a Suspensão Liminar nº 1.395, que fixa entendimento acerca da revisão periódica introduzida pelo parágrafo único do art. 316 do CPP. Por fim, serão observadas decisões encontradas em Tribunais do país sobre o tema para que se possa compreender o panorama atual da jurisprudência nacional.

O método adotado será o dedutivo que se caracteriza por explicar o conteúdo de duas premissas através de uma cadeia de raciocínio do geral para o particular e chegando a uma conclusão. Assim, o referido método orienta a elaboração dessa pesquisa uma vez que explica o conteúdo de duas premissas buscando uma

solução, sejam as premissas: o excesso de prazo da prisão preventiva, e sua revisão periódica. Através destas se buscará solucionar o problema apresentado.

Espera-se, assim, com a presente pesquisa, contribuir para o debate acerca da revisão periódica como meio para resolução do excesso de prazo da prisão preventiva, de forma a enriquecer a discussão, tão importante para o direito brasileiro.

2 A PRISÃO PREVENTIVA NO CENÁRIO BRASILEIRO

2.1 A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

A prisão cautelar, processual ou provisória ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal e por isso deve ser tratada como exceção (mais ainda do que a própria prisão definitiva, que também é exceção, haja vista que a liberdade é regra), uma vez que encarcera um cidadão ainda não julgado.

Já que é excepcional, para se concretizar deve ser suficientemente embasada em fundamentos concretos que justifiquem e autorizem a medida cautelar. Nenhum dos fundamentos, que serão vistos mais à frente, poderá ser invocado sem justificção adequada, sob pena de cercear a liberdade de um sujeito arbitrariamente.

Encontrar o equilíbrio para a decretação das prisões cautelares é difícil, uma vez que se deve achar o meio termo entre garantir o avanço saudável do processo e privar alguém de sua liberdade antes do trânsito em julgado de sua sentença, podendo inclusive resultar em sua absolvição. Além de tudo, existe um dever de cautela, para que tais prisões não sejam, na prática, adiantamentos da pena final.

Desde já se percebe a delicadeza do assunto.

A prisão preventiva já existe desde que introduzida por Dom Pedro pelo decreto de 23 de maio de 1821. Posteriormente, em 1824, a Constituição Política do Reino¹, em seu art. 179 previu:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

O instituto, então, sofreu algumas alterações com o tempo, mas foi em 1941, na formação do Código de Processo Penal vigente que a prisão preventiva sofreu maiores modificações.

¹ BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28/05/2021

O Código de Processo Penal foi concebido em período ditatorial, o que traz muitos reflexos em seu conteúdo, uma vez que a lei reproduz todo um contexto social do momento em que é elaborada. Um desses reflexos se dá no que se refere à prisão, que passa a ser tratada como um instrumento de controle da administração pública. Tratou-se de reduzir os requisitos, ampliando as hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

Com o tempo, porém, o instituto foi sofrendo alterações, sendo que a principal veio com a Lei 12.403 de 2011, de forma a deixar de ser o sintoma do autoritarismo Estatal vigente na época para assumir tanto o caráter cautelar que hoje possui, quanto sua subsidiariedade, com a inclusão de outras medidas cautelares, cuja aplicação deve ser cogitada antes de passar à prisão preventiva, que só cabe esgotadas ou inadequadas as demais.

2.2 AS ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL.

Com a alteração do Código de Processo Penal realizada pela Lei 12.403/2011², restam apenas duas modalidades de prisão cautelar no Brasil: a prisão temporária e a prisão preventiva.

Odone Sanguiné afirma que, após a vigência da Lei 12.403/2011 as únicas espécies de prisão cautelar que subsistem são a prisão temporária e a prisão preventiva³. Isso se dá graças ao fato de a referida lei ter alterado a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

²BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm Acesso em: 21 jun. 2021

³SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Deve-se, porém, fazer aqui uma ressalva. O artigo acima referido sofreu nova modificação com o advento da Lei 13.964⁴, o Pacote Anticrime, e passou a ter a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Alterou-se o texto, mas não o sentido, uma vez que a prisão processual, antes discriminada, passou a ser descrita genericamente apenas como prisão cautelar. Tal alteração apenas reforça o fato de a prisão cautelar ter atualmente apenas duas modalidades: temporária e preventiva, uma vez que explicar quais são passou a ser desnecessário.

Serão abordadas apenas as duas atuais formas da prisão cautelar, uma vez que o trabalho tão somente visa introduzir e elucidar, ainda que superficialmente, em que categoria a prisão preventiva está incluída.

A prisão temporária é regulamentada pela Lei 7.960/89⁵. Conforme a exposição de Motivos 239, a referida lei teve preocupação com a redução da criminalidade, em especial do crime organizado, como também para acabar com a conduta ilegal policial de detenções para averiguações sem mandado judicial.

A prisão temporária é regulamentada pela Lei 7.960/89. A Lei, conforme exposição de motivos, preocupou-se com o combate à criminalidade, que estava em aumento, bem como com abolir a prática policial ilegal de prisão para averiguação. Porém, o legislador apenas legalizou a prática que deveria ser combatida, permitindo a prisão por suspeita⁶.

Embora prevista em lei esparsa, também é regida pelo art. 282 do Código de Processo Penal, que é aplicado para todas as medidas cautelares, inclusive a prisão temporária:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

⁴BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 21 jun. 2021

⁵BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm Acesso em: 21 jun. 2021

⁶SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O referido artigo traz critérios que devem ser seguidos pelo magistrado no momento de decretar a prisão temporária, sejam eles a necessidade e adequação. O juiz deve verificar não só se a prisão é realmente necessária para a investigação, mas também se é adequada para cumprir a função pretendida pela polícia. Tal análise é de suma importância, ainda mais levando em conta a grande quantia de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do já referido código; afinal, sendo possível a aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas, menos gravosas ao imputado, não se faz necessária nem adequada a prisão.

A prisão temporária tem prazo máximo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 caso seja comprovada a necessidade. O prazo é de 30 dias, igualmente prorrogáveis por mais 30, caso o crime seja hediondo. Seu decreto, feito apenas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (não podendo ser decretada de ofício pelo juiz), poderá ser na fase de investigação do inquérito policial, ou ainda, na fase de investigação preliminar de crimes particularmente graves ou antes da instrução do inquérito policial, inclusive⁷.

Os crimes que comportam a prisão temporária estão previstos no art. 1º, III da já referida Lei 7.960/89:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso; b) seqüestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante seqüestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro; e p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Nesse sentido existem duas correntes doutrinário e jurisprudenciais se dividem quanto à limitação de a quais crimes poderá ser aplicada a prisão temporária, se admitindo ou não interpretação extensiva. No sentido de entender

⁷SANGUINÉ, Odone. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais / Odone Sanguiné. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 95.

pela não possibilidade de interpretação extensiva, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTELIONATO (ART. 304 DO CP), USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP) E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, CAPUT, DA LEI 12.850/13). PRISÃO TEMPORÁRIA. INSURGÊNCIA DO IMPETRANTE. SUSTENTADA A ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. CABIMENTO. CRIMES IMPUTADOS AOS PACIENTES QUE NÃO CONSTAM DO ROL TAXATIVO PREVISTO NO INCISO III DO ART. 1º DA LEI 7.960/89. INTELIGÊNCIA DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN MALAM PARTEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER FAVORÁVEL DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. **Na medida em que o rol previsto no inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89 é taxativo, configura constrangimento ilegal o aprisionamento temporário alicerçado na interpretação extensiva, in malam partem**, do crime de Organização Criminosa (art. 2º, caput, da Lei 12.850/13) como evolução legislativa do delito de Quadrilha ou Bando (art. 288 do CP).
(TJ-SC - HC: 40144645920168240000 Capital 4014464-59.2016.8.24.0000, Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 24/11/2016, Quarta Câmara Criminal)⁸ (grifo nosso)

Como referido acima, a prisão temporária, medida excepcional que é, não admite interpretação extensiva ou análoga para que seja efetuada em outros crimes que não os previstos no art. 1º, III da Lei 7.960/89.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade da interpretação de forma extensiva em suas decisões⁹, como exemplo tem-se o seguinte *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS Nº 662955 - SC (2021/0128266-0) DECISÃO Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de LUIZ FERNANDO POLUCENO DE OLIVEIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que denegou a ordem pleiteada no HC n. 5018000-85.2021.8.24.0000/SC. **Ademais, afasta-se também a alegação de ilegalidade da medida de prisão temporária, em razão da falta de previsão do crime de participação em organização criminosa no rol do inciso III do artigo 2º da Lei n. 7.960/1989, tendo em vista tratar-se de norma processual penal que comporta interpretação extensiva. [...]. No caso, ao contrário do que argumenta o impetrante, o crime tipificado no art. 2º da Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa)**

⁸SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus nº 40144645920168240000** Florianópolis/SC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, [2016]. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945410541/habeas-corpus-criminal-hc-40144645920168240000-capital-4014464-5920168240000>

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 632752 - GO** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1212203062/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-632752-go-2020-0332003-3/inteiro-teor-1212203118> Acesso em: 19 jun. 2021.

comporta a decretação da prisão temporária por ser mais gravoso que o tipo penal disciplinado no art. 288 do CP. Como lembra Guilherme Nucci, "a norma processual penal admite a interpretação extensiva e analógica, razão pela qual se pode incluir o crime de milícia (art. 288-A, CP) e o delito de organização criminosa (art. 2º, Lei 12.850/2013) para fins de decretação da prisão temporária" (Leis penais e processuais penais comentadas. (AgRg no RHC n. 100.174/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 2/9/2019). Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do habeas corpus . Publique-se. Intimem-se. Brasília, 11 de maio de 2021. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator. (STJ - HC: 662955 SC 2021/0128266-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 12/05/2021)¹⁰

Importante perceber que a prisão temporária é a única prisão cautelar que possui prazo expresse em lei. Esgotado o prazo, o imputado deve ser imediatamente posto em liberdade, sob a pena da ocorrência do crime de abuso de autoridade, previsto na lei 13.869/19¹¹.

Já a prisão preventiva tem por função regular o andamento do processo, impedindo que permaneça em liberdade o réu, havendo necessidade e respeitando os requisitos legais. Trata-se, portanto, de prisão com fundamentos processuais.

Pode ser decretada em quaisquer das fases da ação penal ou da investigação policial, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, conforme redação do art. 311 do Código de Processo Penal.

Conforme ensinamentos de Fernando Capez¹², o *fumus boni iuris* é requisito da prisão preventiva:

O juiz somente poderá decretar a prisão preventiva se estiver demonstrada a probabilidade de que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito. São pressupostos para a decretação: (i) prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva); (ii) indícios suficientes da autoria; (iii) perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Trata-se da conhecida expressão *fumus boni iuris*, sendo imprescindível a demonstração da viabilidade da acusação.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 662955 - SC** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206601943/habeas-corpus-hc-662955-sc-2021-0128266-0>Acesso em: 19 jun. 2021.

¹¹ Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

(...)

IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.350

Em contrapartida, Aury Lopes Júnior leciona não ser possível a simples importação de conceitos do processo civil¹³ (*fumus boni iuris*, a se saber), sendo um erro inclusive semântico fazê-lo. Isso se dá pois as particularidades do processo penal não tornarem possível a analogia com o direito processual civil:

Delimitado o objeto das medidas cautelares, é importante frisar nossa discordância em relação à doutrina tradicional, que, ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, seguindo assim as lições de CALAMANDREI em sua célebre obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. De destacar que o trabalho de CALAMANDREI é de excepcional qualidade e valia, mas não se podem transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma imediata e impensada, como tem sido feito. O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!

Seguindo as lições de Aury Lopes, o correto é dizer que o requisito para a decretação da prisão preventiva é o *fumus commissi delicti*, pois para que se decrete tal medida coercitiva requer-se que haja a probabilidade de um fato punível de autoria do indiciado, não a presença de um direito do acusado.

Feita tal ressalva, retira-se esse requisito de trecho do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal: “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. Importa notar que esse juízo é de probabilidade, haja vista não haver certeza em sede de cautelar.

A prisão preventiva não possui prazo definido em lei, diferentemente da prisão temporária, devendo ser mantida enquanto permanecerem as condições que a autorizam e justificam.

Assim como a prisão temporária, a prisão preventiva tem natureza cautelar, e devido a isso é regido pelo art. 282 do Código de Processo Penal. Observar necessidade e adequação é dever do magistrado também na decretação e manutenção da prisão preventiva, como é possível observar na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. SEGREGAÇÃO MANTIDA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. AFERIÇÃO CONCOMITANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO, GRAVIDADE DO CRIME E CONDIÇÕES PESSOAIS DO

¹³ LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 25

PACIENTE DEMONSTRAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. EFETIVA PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À PRISÃO PREVENTIVA VERIFICADA. CUSTÓDIA PROVISÓRIA PROPORCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA AO CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.
(Habeas Corpus Criminal, Nº 50551356720218217000, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leandro Augusto Sassi, Julgado em: 10-06-2021) ¹⁴(grifo nosso)

Como o acórdão demonstra, a necessidade e adequação devem ser observados pelo magistrado tanto na decretação quanto na manutenção da prisão preventiva, haja vista seu caráter cautelar e excepcional, não sendo assim possível seu uso indiscriminado.

Já verificadas as espécies das prisões cautelares, passa-se ao estudo das justificativas legais para a prisão preventiva, de forma a entender as situações fáticas que autorizam sua decretação e, sem as quais, não é cabível tal medida cautelar.

2.3 JUSTIFICATIVAS LEGAIS PARA A PRISÃO PREVENTIVA

Se o requisito da prisão preventiva é o *fumus commissi delicti*, seu fundamento é o *periculum libertatis*. Apesar de grande parte da doutrina considerar o *periculum in mora* outro requisito da prisão preventiva, ele é seu fundamento.

Retomando o alerta de Aury Lopes Jr. quanto ao uso de expressões do processo civil no processo penal, interessa observar-se o significado da expressão civilista.

O *periculum in mora* é um dos requisitos das tutelas de urgência, um dos tipos de tutela provisória do processo civil. A tutela de urgência só pode ser deferida quando há perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo esse seu requisito: a urgência. Esse conceito funciona perfeitamente nas tutelas de urgência, uma vez que a demora natural do decorrer do processo pode acarretar danos sérios, comprometendo inclusive seu resultado final, tornando todo o processo inútil.

Porém, a noção de “perigo da demora” não pode ser aplicada literalmente ao processo penal, no que diz respeito às prisões cautelares e, sendo mais específico,

¹⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 50551356720218217000** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021]. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50551356720218217000&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

às prisões preventivas. Se nas tutelas de urgência o risco é causado pela demora do processo, nas prisões preventivas, o risco é causado pela liberdade do cidadão, uma vez que ele poderia frustrar a pretensão punitiva, se eximindo de cumprir uma possível pena, ou que o comportamento do imputado possa comprometer o desenvolvimento do processo, no caso de ameaça às testemunhas ou destruição de provas, por exemplo.

Assim sendo, o correto é dizer que o fundamento das prisões cautelares é o *periculum libertatis*. Esse perigo está caracterizado, conforme art. 312 do Código de Processo Penal, e a prisão deve servir para garantir a ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Cabe ainda lembrar que existe um quinto fundamento que legitima a prisão preventiva que surgiu com a Lei Maria da Penha¹⁵ sendo ele a garantia da aplicação das medidas de prevenção de urgência da mulher:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Segue-se para uma maior análise de cada um dos fundamentos da prisão preventiva.

A primeira das hipóteses do art. 312 é a garantia da ordem pública. É um requisito extremamente vago e abrangente. Conforme leciona NUCCI¹⁶:

Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: *gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente*.

¹⁵BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm Acesso em: 21 jun. 2021

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 362

Assim sendo, garantir a ordem pública, enquanto fundamento para a prisão preventiva, é restringir a liberdade do imputado caso ela acarrete um abalo a essa ordem na sociedade. O problema e as críticas começam devido ao fato de o conceito ser por demais vago e impreciso. Atribuir uma prisão preventiva à ordem pública não o problema, mas sim conceituar e interpretar o que seria garantir tal ordem.

Ora, sem definição clara, nem maiores esforços para cristalizar um entendimento da aplicação de tal fundamento, o que ocorre é sua utilização da maneira que melhor interessar ao juiz.

Há ainda a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública, que se dá para defender a “credibilidade das instituições”, como se a liberdade do imputado colocasse a credibilidade do judiciário em xeque. Tal tipo de decisão pode ser observada a seguir, em entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. Nos termos do voto condutor da maioria, mostra-se necessário o decreto prisional dos embargantes, **para garantia da ordem pública** e evitar a reiteração criminosa; **eles são acusados de crimes gravíssimos** - tentativa de homicídio qualificado, praticado em razão de desavenças relativas ao tráfico de entorpecentes, além de corrupção de menores. [...] Desse modo, embora transcorrido quase dez anos desde a data das ações delituosas, em atenção as peculiaridades dos fatos – por terem sido os crimes praticados de forma destemida – e a periculosidade dos agentes, resta evidente que **as prisões cautelares se afiguram imperiosas para garantia da ordem pública**, abalada em razão do comportamento dos acusados, que, a princípio, mantêm os modos de vida voltados para prática de crimes, exigindo-se medida enérgica tendente **à recomposição da paz social e, inclusive, da credibilidade das instituições**, manifesta a reprovabilidade de seus comportamentos. Prevalência da decisão majoritária. EMBARGOS DESACOLHIDOS. POR MAIORIA.(Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70083999748, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 09-09-2020) **(grifo nosso)**

Esse tipo de decisão mostra a prisão como um meio de reafirmar a confiança da população nas instituições. Erroneamente também, como pode ser observado na supracitada decisão, é comum fundamentar a medida cautelar na gravidade ou brutalidade do crime cometido, o que também não deve ser baliza para decretar prisão preventiva.

Outra justificativa para a prisão preventiva, lastreada no fundamento da “garantia da ordem pública” é o da segurança do imputado que, sob custódia do

Estado estaria mais seguro que solto onde poderia sofrer represálias das vítimas, por exemplo. Nessa toada, ensina Nucci¹⁷:

Fator que desautoriza a decretação da preventiva é o argumento de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima. Cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister.

Não se pode, portanto, para proteger o indiciado, tirar-lhe a liberdade. É por demais contraditório e ilógico.

Todos esses equívocos na aplicação do fundamento da “garantia da ordem pública” se dão em virtude da vagueza e imprecisão do conceito. A simples existência de tal fundamento acaba por autorizar prisões lastreadas em argumentos vazios que dançam ao sabor da visão do intérprete.

Já a garantia da ordem econômica, outro dos fundamentos da prisão preventiva, foi inserida no art. 312 do Código de Processo Penal pelo art. 86 da Lei n. 8.884/94, a Lei Antitruste¹⁸:

Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

Fundamentar a prisão nessa garantia busca evitar o abalo que certos delitos poderiam trazer à dita ordem econômica como, por exemplo, causar graves danos ao mercado de ações ou gerar prejuízos enormes com práticas que causem grandes déficits. Porém, existem críticas que dizem não se justificar prisão para garantir a ordem econômica.

Aury Lopes Junior¹⁹ afirma ser inadequada a prisão para garantir a ordem econômica, visto que a Lei 7.492/86 prevê, em seu art. 30, que a prisão preventiva já poder ser decretada em razão da magnitude da lesão causada e em nada adianta

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 363

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm

Acesso em 21 mai. 2021

¹⁹ LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

para diminuir ou reparar a lesão econômica. O autor afirma que seria muito mais útil o sequestro e indisponibilidade dos bens.

Ainda, Roberto Delmanto Junior²⁰ afirma que a prisão preventiva para garantir a ordem pública desvia totalmente da sua finalidade, a saber, de sua natureza cautelar. De forma que tal prisão se torna apenas uma maneira de desencorajar futuras práticas, o que deveria ser finalidade da prisão definitiva, não preventiva.

No que se refere à Conveniência da Instrução Criminal, ocorre sua invocação geralmente para defender a coleta de prova. Em tais casos, a liberdade do imputado traz sérios riscos à instrução, seja destruindo provas, ameaçando testemunhas, alterando a cena do crime, subornando autoridades ou ameaçando juízes ou promotores. O imputado é então recolhido e mantido recluso, com fim de evitar tais danos que atrapalhariam o ritmo e andamento da instrução.

Importa ainda enfatizar a impossibilidade de fundamentar a prisão com base na conveniência da instrução criminal para levar o imputado a interrogatório, por exemplo. Isso não pode se dar pois o indiciado deixou de ser visto como objeto de prova²¹, o que faz do interrogatório apenas um mecanismo de defesa. Ora, não é possível que se admita a prisão de alguém para que se garanta seu direito de defesa.

Por fim, anota-se plausível a existência de discordância quanto ao emprego do termo “conveniência”, já que as prisões preventivas são medidas cautelares e, assim sendo, são regidas pela excepcionalidade, sendo a última medida cabível, apenas sendo utilizada quando esgotadas as demais possibilidades.

A garantia da aplicação da lei penal, por sua vez, visa evitar, majoritariamente, a possibilidade de fuga do imputado que, uma vez evadido, impossibilita a futura execução da pena. Essa garantia exala o caráter cautelar da medida, uma vez que busca defender a integridade da sentença.

Como em todos os demais fundamentos, não basta que ele seja alegado, mas sim deve ser devidamente fundamentado em evidências concretas. O dito perigo que a liberdade do imputado gera deve ser suficientemente embasado, não bastando sua invocação despreziosa, haja vista a excepcionalidade da medida.

²⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²¹ LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 277

Tal entendimento se coaduna com o seguinte *habeas corpus* decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS Nº 581545 - SP (2020/0114058-8) RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA [...] Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de WANDERSON RODRIGUES SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2070315-24.2020.8.26.0000). [...] Complementa: "**[ainda] que haja indício de autoria delitiva em desfavor do paciente, a autoridade coatora não apontou qualquer elemento concreto que indique que sua liberdade representa risco à ordem pública ou à aplicação da lei penal**" (e-STJ fl. 5). [...] A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). **Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração** da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e **do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado**, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: [...]

(STJ - HC: 581545 SP 2020/0114058-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 05/06/2020)²²

Como acima referido, o perigo de liberdade necessário para que se alegue a garantia da ordem pública deve ser devidamente embasado, não sendo suficiente sua mera referência.

Por fim, há uma última justificativa legal que autoriza a prisão preventiva: garantia da aplicação das medidas de prevenção de urgência da mulher na Lei Maria da Penha. Foi adicionada pela Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, ao art. 313 do Código de Processo Penal, que assim prevê:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

O inciso terceiro traz a possibilidade da decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência em crimes de violência contra mulheres, crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência, em casos de violência no âmbito familiar ou doméstico.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 581545 SP* Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860686996/habeas-corpus-hc-581545-sp-2020-0114058-8> Acesso em: 19 jun. 2021.

Tal prisão preventiva possui, como as fundamentadas em quaisquer dos requisitos do art. 312 *caput*, uma excepcionalidade, haja vista que será aplicada mediante falha de medidas protetivas anteriores. Observável em *habeas corpus* denegado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. VIOLAÇÃO DE DOMICILIO. PROCESSO NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA PROTETIVA ANTERIOR. DESCUMPRIMENTO. **Verificado o descumprimento pelo paciente de medidas protetivas deferidas em prol de sua ex-companheira**, mostra-se necessária a segregação, [...], mesmo porque, diante da conduta por aquele observada, de outra forma não será preservada a integridade física e psicológica da ofendida, pois **se revelaram insuficientes as medidas protetivas anteriormente deferidas**, circunstância que está a justificar a segregação, **nos termos da norma contida no art. 313, inc. III**, do precitado diploma legal. ORDEM DENEGADA.(Habeas Corpus Criminal, Nº 70084882810, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em: 11-02-2021)²³ **(grifo nosso)**

Portanto a prisão cautelar deve ser decretada baseada em uma das cinco justificativas legais, presentes no art. 312 do Código de Processo Penal e art. 20 da Lei 11.340, Lei Maria da Penha. Certas justificativas são extremamente questionáveis, recebendo diversas críticas da doutrina, como foi aludido. Tão severas quanto são as críticas à duração da prisão preventiva, como será visto a seguir.

2.40 TEMPO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UM PROBLEMA PROCESSUAL

Conforme abordado anteriormente, a prisão preventiva é uma das espécies de prisões cautelares, ao lado da prisão temporária. Uma das diferenças entre elas é a de que a preventiva não possui duração máxima prevista em lei.

A prisão temporária tem, conforme já exposto, prazo máximo de 5 dias, que podem ser renovados por mais 5 caso se comprove a necessidade. Esse prazo passa a ser de 30 dias, igualmente renováveis por mais 30, caso o crime seja hediondo. Já a prisão preventiva deve ser mantida enquanto permanecerem os motivos que a autorizaram.

²³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084882810** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084882810&codEmenta=7706337&temIntTeor=trueAcesso em: 28 mai. 2021

A jurisprudência construiu um parâmetro para essa duração: o prazo de 81 dias. Esse prazo correspondia à soma dos prazos processuais previstos no Código. Porém, tal critério foi abandonado com o surgimento posterior de leis que alteraram os procedimentos do processo penal, gerando novos prazos. Acerca desta situação, Nucci²⁴:

[...] Por outro lado, dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular um prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o cômputo de 81 dias, que era a simples somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse. Atualmente, outros prazos passaram a ser estabelecidos pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, consistentes em 90 dias, para a conclusão da formação da culpa no júri (art. 412, CPP) ou 60 dias, para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento ordinário (art. 400, *caput*, CPP), ou ainda de 30 dias, para a designação de audiência de instrução e julgamento no procedimento sumário (art. 531, CPP).

Assim, sem a existência concreta de um prazo para a duração da prisão preventiva, grande parte da doutrina (incluindo o autor acima citado) e dos tribunais acata uma interpretação lógico-sistemática, na qual o princípio geral da razoabilidade norteia tal cálculo, inexistindo, de fato, um prazo.

Graças a essa área cinzenta que é a falta de previsão legal acerca da duração da prisão preventiva, seu caráter provisório acaba se perdendo, desvirtuando o instituto e gerando verdadeiros adiantamentos da pena, ao manter acusados, que sequer foram julgados, por longo tempo reclusos, o que gera, inclusive, uma série de medidas judiciais que se avolumam nos Tribunais com vistas à sua revogação.

A incerteza acerca do prazo gera diversos abusos, nascidos da descaracterização da prisão preventiva, da corrupção dos valores que a norteiam, violando inclusive direitos fundamentais como o devido processo legal, duração razoável do processo e até a presunção de inocência, pois, indefinido o marco final da prisão preventiva, o acusado pode, por vezes, vir a cumprir uma pena tal qual a final, talvez até mais severa, uma vez que essa última tem data para terminar.

O fato de a prisão preventiva não ter prazo máximo definido, de poder ser fundamentada, ora vagamente para “garantir a ordem pública”, ora conforme a “conveniência da instrução criminal”, expressões que colocam o imputado à mercê do Estado, quando na verdade deveria ser uma exceção; apenas reforça os defeitos

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 p. 360

da prisão cautelar. Tais defeitos, já evidentes na teoria, se escancararam na prática, quando nos deparamos com presos preventivos que estão há muito encarcerados, em verdadeiros adiantamentos de suas penas finais. Um exemplo se dá nesta decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respectivamente:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. CONCESSÃO DA LIBERDADE. Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de G.C., preso desde 04/12/15, em virtude da suposta prática homicídio qualificado. Salienta a impetrante que o paciente foi pronunciado em 09/10/17, e, até o presente momento, não foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. No caso, verifica-se que o magistrado atuante na Comarca de São Leopoldo proferiu despacho no dia 05/04/19, sinalizando momento próximo para a designação do Plenário do Júri. **O paciente, no entanto, está recolhido há mais de 5 anos. Assim, embora a complexidade do feito seja inquestionável, não há mais justificativa razoável para a manutenção da prisão, por prazo manifestamente desproporcional, circunstância que, acaso mantida, configura, na prática, o indesejado cumprimento antecipado da pena.** Precedentes jurisprudenciais. Concedida a liberdade, mediante compromisso. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 70084829969, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 24-03-2021)²⁵

'HABEAS CORPUS' - HOMICÍDIO - PRISÃO PREVENTIVA - EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO - IMODERADO PRAZO - CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO. **Por mais grave que o delito se mostre e ainda que pudesse haver motivos para a prisão cautelar,** o princípio da razoabilidade supõe fundamento sério e específico em cada um dos processos, não servindo como tal o declínio de condições genéricas, mormente **quando o prazo para o encerramento da instrução se mostre absolutamente imoderado, não havendo indicação de que o paciente tivesse contribuição para a demora, sendo dever do Juízo, ao verificar o prazo excessivo, avaliar as condições a fim de ou justificar ou relaxar a prisão,** sob pena de, não fazendo, se adotar o procedimento do art. 381 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em função do prazo que é superior a 230 dias de segregação sem pronúncia, ou motivo. 'Habeas Corpus' concedido com recomendação - extensão de efeitos e ofício.

(TJ-MG - HC: 10000100188341000 MG, Relator: Judimar Biber, Data de Julgamento: 16/06/2010, Câmaras Criminais Isoladas / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/07/2010)²⁶ **(grifo nosso).**

A manutenção de um indiciado no cárcere sem condenação, injustamente e sem a presença fundamentada dos requisitos para sua segregação cautelar, é uma

²⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084829969** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084829969&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

²⁶MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas Corpus nº 70084829969** Belo Horizonte/MG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, [2010]. Disponível em: Acesso em: 28 mai. 202 <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941724287/habeas-corpus-criminal-hc-10000100188341000-mg> Acesso em 21 mai. 2021

grave violação aos seus direitos, incluindo o Fundamental e Constitucional direito à presunção de inocência, pois um presumidamente inocente não seria mantido preso.

Ocorre, entretanto, que por se tratar de uma prisão de natureza cautelar, sem os fundamentos da prisão definitiva, também não pode ser vinculada a determinado prazo mínimo ou máximo, na medida de sua necessidade, ou não, para os fins processuais.

Sendo o Código de Processo Penal de 1941, o problema da duração da prisão preventiva perdurou por anos, sem perspectiva de solução definitiva. Até a Lei 13.394 de 2019. Essa lei buscou aperfeiçoar a legislação penal e processual penal objetivando oferecer uma solução intermediária entre a ausência total de prazo para a duração da prisão preventiva, e a provável inconveniência de fixação de prazo máximo para sua duração.

Um dos dispositivos alterados foi o art. 316 e seu parágrafo único, que passou a prever a revisão da prisão preventiva pelo órgão emissor a cada 90 dias:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Tornar a prisão ilegal passou a ser a consequência de uma prisão preventiva que se estende ao longo do tempo sem que subsistam razões para tal.

Com esta nova definição, no sentido de que deve ocorrer revisão a cada 90 dias acerca da necessidade de ser mantida a segregação cautelar preventiva, construiu o legislador uma fórmula objetiva mitigando as fragilidades antes apontadas, no sentido de perdurar, por vezes, ilimitadamente ou por longo prazo a prisão preventiva sem fundamentação adequada.

3 A REVISÃO PERIÓDICA DA DECISÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

3.1A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI ANTICRIME E SEUS PRECEDENTES INTERNACIONAIS.

Conforme visto no capítulo anterior, a introdução de um prazo para que as prisões preventivas sejam revistas judicialmente tornou-se uma importante novidade disposta a regular eventuais excessos de prazo bem como criar um limite para sua duração.

Conforme MENDES²⁷, direitos fundamentais são o núcleo de proteção à dignidade da pessoa, sendo sua violação ato atentatório à própria Constituição Federal. Sendo a liberdade um direito fundamental, imperioso é o dever de cautela ao privar alguém de sua liberdade.

As prisões cautelares são problemáticas, uma vez que privam um indivíduo de sua liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória em nome da eficácia da persecução penal²⁸. Para ser possível utilizar mecanismo tão oneroso, regras foram estabelecidas de forma a evitar ilegalidades. Tais restrições devem sempre estar atreladas a preceitos rígidos.

A prisão preventiva é decretada exclusivamente pelo magistrado quando atendidos os requisitos legais. Como já foi exposto, a prisão preventiva exige *fumus boni iuris e periculum in mora*, aqui *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. O *fumus comissi delicti* é simplesmente a existência de prova de autoria e indícios de materialidade do crime em análise. Já o *periculum libertatis* trata da necessidade da retirada da liberdade do acusado devido ao fato de que essa liberdade causaria algum risco ao processo.

Ademais, a prisão preventiva só é decretada se não for cabível medida cautelar diversa da prisão, partindo do ponto que a prisão preventiva é mais prejudicial do que tais medidas, tendo em vista o princípio da menor lesividade.

Evidente, portanto, o caráter excepcional da medida que é a prisão preventiva. Importante salientar que a decisão que decreta tal medida deve ser devidamente fundamentada, não sendo suficiente alegação, por parte do

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 197

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p 1.001

magistrado, de que o crime é grave. Deve o magistrado esclarecer o porquê de as circunstâncias do fato concreto ensejarem prisão preventiva, deve motivar o perigo que surgiria com a liberdade do réu.

Como dito anteriormente, a prisão preventiva visa a proteger a eficácia da persecução penal, portanto apenas se justifica enquanto os fatos que a autorizaram persistirem.

Porém, com o pairar de uma névoa de incertezas acerca da duração máxima para a prisão preventiva, algo teve de delimitar sua duração. Inicialmente, em 1968, no caso *Wemhoff*, a Comissão Europeia de Direitos Humanos apontou que a razoabilidade da prisão cautelar se desse através de sete requisitos, sejam eles: a duração da prisão cautelar; 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; os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral e outros; a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias, etc.); a maneira como a investigação foi conduzida; e a conduta das autoridades judiciais²⁹.

Esses sete requisitos foram chamados de “a doutrina dos sete critérios” que, apesar de não terem sido amplamente aceitos como decisivos, foram compilados em um referencial novo de apenas três critérios, sejam eles: a complexidade do caso; a atividade processual do interessado (imputado); e a conduta das autoridades judiciárias, no que foi chamado de “doutrina dos três critérios”.

Essa nova doutrina vem sendo utilizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁰. Todavia, embora delimitados os critérios, ainda são muito subjetivos, persistindo a incerteza quanto ao prazo.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 adicionou o inciso LXXVIII ao art. 5º que sedimentou o direito fundamental à razoável duração do processo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40

³⁰ *Ibid.*, p. 41

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Entretanto, o referido dispositivo apenas ratifica a chamada doutrina do não-prazo que, conforme FEITOZA³¹:

O prazo razoável de duração do processo penal não se mede em dias, semanas, meses ou anos, mas sim deve ser estabelecido em processo posterior (*ex post iudicium*), de conformidade com uma combinação de critérios que permitirão deduzir a razoabilidade ou não da duração do processo em seu conjunto

Tal doutrina, positivada pelo art. 5º, LXXVIII, apenas contribui com a indeterminação acerca do prazo das prisões preventivas, bem como fomenta a discricionariedade do judiciário brasileiro.

Uma posição contrária a essa doutrina foi recentemente tomada e veio em forma de alteração do Código de Processo Penal por meio da Lei 13.964/193³². Ocorreu alteração do parágrafo único do art. 316, criando a necessidade de uma revisão periódica da prisão preventiva, sob pena de torná-la ilegal, obrigando seu relaxamento.

A revisão periódica se dá de noventa em noventa dias. Nela o órgão emissor da prisão deve reanalisar os requisitos autorizadores da medida cautelar de forma a verificar sua persistência. Constatado que se alteraram as circunstâncias que permitiram a prisão preventiva, deve o acusado ser solto, sendo a manutenção da restrição de sua liberdade considerada ilegal.

O recurso da revisão periódica já foi discutido sistematicamente na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como nos casos que se seguem.

No que se conhece como Caso Argüeles e Outros versus Argentina, foi evidenciado que a prisão preventiva deve sofrer revisão periódica, não se prolongando caso desapareçam as razões que a motivaram³³. Sustentaram ainda que o juiz não deve esperar a sentença absolutória para conceder a liberdade a um

³¹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 157-158.

³² Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014**. párr. 121. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

acusado, e sim deve sustentar periodicamente as razões que deram causa à prisão, bem como a necessidade e proporcionalidade.

Nesse primeiro caso, como se pôde observar, restou demonstrado que deve ocorrer a revisão periódica da prisão preventiva, e que ela deve cessar caso as razões que a autorizam desapareçam.

Já no Caso Bayarri vs. Argentina³⁴ é dito não se poder prolongar uma prisão da qual não se sustentem as razões que autorizaram a medida. Defende ainda que a medida só se pode manter para segurança de investigação e da justiça, não devendo ser as condições pessoais do autor ou do fato determinantes para ensejar a decretação ou manutenção da prisão. Por fim, afirma que um indivíduo deve ser colocado em liberdade ainda que haja razões para manter sua prisão, se já ultrapassado o prazo razoável.

Como é possível observar no último caso, as razões que autorizam a prisão preventiva são importantíssimas na análise de sua manutenção, ao lado do respeito ao prazo razoável, este último indispensável. A indispensabilidade de se respeitar a duração razoável do processo é ainda mais visível quando é dito que o indivíduo deve ser colocado em liberdade mesmo que ainda existam razões para a manutenção de sua prisão, caso o prazo razoável já tenha sido ultrapassado.

No caso Norín Catrimán e outros vs. Chile³⁵ foi dito que a prisão cautelar é uma medida cautelar e não punitiva, portanto deve estar direcionada a atingir fins legítima e razoavelmente relacionados com o processo penal em curso, além de não poder converter-se a prisão em antecipação da pena. Também, que a prisão deve fundar-se em suficientes elementos probatórios para supor razoavelmente que a pessoa submetida ao processo está envolvida no fato investigado. Esse pressuposto material é indispensável para restringir o direito a à liberdade, afinal, não existindo minimamente elementos que permitam vincular o investigado ao fato delituoso, não faz sentido garantir a finalidade do processo. Assim, o Estado não deve prender para investigar, mas sim apenas privar a pessoa de liberdade após uma investigação que respalde tal medida de maneira suficiente.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Bayarri vs. Argentina Sentencia de 30 de octubre de 2008**. párr. 74. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de maio de 2014**. Párr. 311. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2020

Afirma ainda que é devida a revisão periódica, destacando que não deve se prolongar caso não subsistam as razões que motivaram sua adoção, sendo as autoridades nacionais as encarregadas de apreciar a manutenção da prisão, devendo fundamentar a razão pela qual se mantem a restrição de liberdade, para que não ocorra uma privação de liberdade arbitrária, vedada pelo artigo 7.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como se pôde perceber nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos acima referenciadas, pontos bastante recorrentes são a não possibilidade de persistir a prisão preventiva sem as razões que a autorizam, de alongar sua duração além de prazo razoável e a presença da revisão periódica como medida padrão a ser adotada para combater efetivamente o excesso de prazo, de forma a manter sempre presentes a necessidade de manutenção da medida provisória.

3.2A REVISÃO PERIÓDICA (NO BRASIL) INSERIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO 316 DO CPP

Em conformidade com os preceitos dos Tribunais Internacionais, verifica-se que o movimento que intentava tornar o processo célere se iniciou com a edição da Ementa Constitucional nº 45.

A Emenda Constitucional nº 45, inserida em 2004, adicionou o inciso LXXVIII ao art. 5º, de redação:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tal adição possibilitou revisitar diversas situações processuais que antes ignoravam tal busca pela celeridade. A partir dessa pequena adição, a “razoável duração do processo” passou a ser um ideal a ser perseguido e alcançado, de maneira a iniciar reformas que buscariam tal objetivo, conforme será visto a seguir.

O Código de Processo Penal foi forjado durante o Estado Novo, em 1941, período conturbado da história do país. Por meio de um Decreto-Lei se editou o Código, que abarcou muitas das ideias do período, revelando a inadequação do diploma à atual realidade.

Com a Constituição de 1988, o constituinte pôde revigorar a exegese das normas processuais penais³⁶, mas o congresso não conseguiu reformar de maneira integral o referido Código para que de fato ele pudesse se adequar à Constituição. Países vizinhos foram exitosos em realizar reformas em suas legislações processuais penais, como a Argentina em 1991, Paraguai em 1998, Equador em 2000 e Colômbia em 2004.

Após algumas tentativas frustradas de reformas separadas, em 2008 o Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas para preparar o anteprojeto do que seria um novo Código de Processo Penal que pretendia reformar integralmente o antigo. O projeto, já finalizado, foi apresentado em 2009 como o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009³⁷.

Nesse projeto, existia a previsão do reexame da prisão preventiva que excedesse 90 dias, devendo o juiz ou tribunal competente reavaliar a permanência, ou não, das razões que motivaram sua aplicação:

Art. 550. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar.

Interessante notar a aparição da tentativa de revisar a necessidade da medida num projeto de 2009, mas esta não foi a última tentativa. Ainda em 2009, o Conselho Nacional de Justiça aditou a resolução nº 66³⁸, que desde já se preocupava com o excesso de prazo que tomava as prisões provisórias, revelando a inquietação da magistratura frente ao assunto. Seu texto dizia:

CONSIDERANDO a preocupação da magistratura com as situações de prisão provisória com excesso de prazo ou a manutenção da privação da liberdade após o cumprimento da sua finalidade;
CONSIDERANDO a importância da preservação da independência do magistrado, no reexame periódico da situação jurídica de presos provisórios, como forma de evitar situações de excesso injustificado de privação da liberdade;

³⁶ CASAGRANDE, Renato. **A urgência de um novo Código de Processo Penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009.

³⁷ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal** / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/93> Acesso em: 10 jun. 2021.

Também se destaca o art. 3º da resolução, que a muito se assemelha ao entendimento atual do parágrafo único do art. 316 do CPP, que impõe a necessidade do envio dos autos para reexame do juiz quando o processo não tiver movimentações por três meses:

Art. 3º Verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, deverá a Secretaria ou o Cartório encaminhar os autos imediatamente à conclusão do juiz para que sejam examinados

Com essa resolução do CNJ, o caminho rumo à revisão periódica das prisões preventivas como combate de seu prazo excessivo começava a ser pavimentado.

Em 2011, mais precisamente em 3 de julho, entra em vigor a Lei 12.403, que criou o rol de medidas cautelares diversas da prisão, dentre outras reformas no Código de Processo Penal relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares além de outras providências.

Já em 2015, o CNJ publicou a Resolução nº 213. Tal resolução dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Em seu art. 10, a Resolução prevê que o monitoramento eletrônico tem caráter excepcional e deve se sujeitar à reavaliação periódica no que se refere à necessidade e adequação de sua manutenção:

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, **sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção**, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa. **(grifo nosso)**

Muito embora seja restrito à monitoração eletrônica, tal reavaliação, ainda que sem prazo definido, possibilitou que o assunto fosse debatido na comunidade acadêmica jurista, de forma a pretender-se sua extensão para toda e qualquer medida cautelar pessoal.

A revisão periódica chega, finalmente, para outra medida cautelar com a Lei 13.964 de 2019, chamado popularmente de Pacote Anticrime. A alteração se deu no parágrafo único do art. 316 do CPP, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 316. [...]

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

A extensão não foi geral, pois apenas à prisão preventiva se expandiu a reavaliação dos decretos. De modo geral, a medida atribui ao magistrado a obrigação de realizar, a cada 90 dias, a verificação *ex officio* da persistência dos requisitos do art. 312 do CPP e só na presença deles decidir pela manutenção da prisão preventiva. Não havendo tal decisão fundamentada a prisão torna-se ilegal e deve ser relaxada.

Trata-se do princípio da provisionalidade. AURY³⁹ afirma que se trata de um princípio básico, haja vista as prisões cautelares serem, antes de tudo, situacionais, já que tutelam situações de fato. Quando não mais houver suporte fático que legitima a medida, que é materializado na figura do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, imperioso se faz o cessar da prisão.

Importante notar que basta que não mais exista apenas um dos dois, pois para manter a prisão é necessária a existência simultânea de ambos, tanto requisito quanto fundamento.

Embora talvez possa parecer pouca a mudança no já referido art. 316, drásticas são as alterações práticas, haja vista que até a vigência dessa lei não havia prazo para a duração da prisão preventiva, o que tornava realidade verdadeiros adiantamentos do cumprimento de pena. Como será possível ver em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a seguir, a revisão periódica não era necessária para manter o apenado preso preventivamente:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. **EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURADO.** 1. Trata-se de paciente segregado em razão do cometimento, em tese, de homicídio qualificado, desde 20 de agosto de 2016. 2. A configuração de violação da razoável duração do processo exige ponderação baseada nas circunstâncias do caso concreto frente às exigências da proporcionalidade. No caso concreto, embora **o paciente encontre-se segregado cautelarmente por, aproximadamente, dois anos**, o processo foi devidamente impulsionado até o momento. Conforme se depreende do ofício de fl. 48, o Departamento de Criminalística informou

³⁹LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 256

que não tem como fazer a perícia no presente momento por falta de peritos e pela excessiva demanda, também urgentes, de perícias aguardando atendimento. 3. Verifica-se que **a necessidade de manutenção da prisão foi analisada no decreto preventivo, bem como na decisão que negou o pedido defensivo de liberdade provisória**, momento em que foram identificados os requisitos da prisão preventiva no caso concreto (fls. 22/23 e 68/70). ORDEM DENEGADA.(Habeas Corpus, Nº 70078670197, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 03-10-2018)⁴⁰

Como destacado no acórdão acima, anteriormente à Lei 13.964/19 o excesso de prazo não se configurava nem com o decorrer de dois anos. Foi alegado que a necessidade da manutenção da prisão já havia sido analisada por duas vezes, pressupondo ser tal quantia suficiente para manter uma prisão preventiva por dois anos. Somente com a alteração no parágrafo único do art. 316 surge um prazo palpável para evitar duração excessiva da prisão.

A partir da normatização de um critério objetivo para o tempo da revisão das prisões preventivas com a reforma introduzida pela Lei 13.964/19 abriu-se grande celeuma doutrinária e jurisprudencial com relação aos desdobramentos de tal prazo, e observados os critérios internacionais para orientar esta opção brasileira afigura-se fundamental abordar perspectivas para o aperfeiçoamento deste modelo a partir de considerações críticas e favoráveis para contribuir com a análise qualitativa deste novo fenômeno processual.

⁴⁰RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70078670197** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2018]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Jsti%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70078670197&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

4 HERMENÊUTICA SOB DOIS ENFOQUES ACERCA DA PERIODICIDADE DA REVISÃO

4.1 Considerações favoráveis à revisão periódica introduzida no cenário brasileiro

Após a introdução da revisão periódica no ordenamento brasileiro, através do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, o órgão emissor da prisão fica obrigado a revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias. A esse respeito, Nucci⁴¹:

A reforma da Lei 13.964/2019 acrescentou o parágrafo único ao art. 316: “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

A regra do processo, por assim dizer, é a de o acusado responder o processo em liberdade, haja vista o princípio constitucional da não culpabilidade, sendo a prisão preventiva a exceção. No julgamento do *Habeas Corpus* 186.144, o Relator Ministro Marco Aurélio defende:

O conjunto de normas revela que a regra é o acusado – até então simples acusado, ante o princípio constitucional da não culpabilidade – responder solto, sendo exceção a prisão preventiva, também apontada como processual. Todo e qualquer preceito que encerre exceção deve ser interpretado de forma estrita. É o que nele se contém, não havendo campo para a criatividade.

Conforme exposição do Ministro, a prisão preventiva, bem como qualquer prisão, tem caráter excepcional e qualquer norma excepcional deve ser interpretada restritivamente, de forma a coibir absurdos. Não fosse assim, muito simples seria a inovação que desrespeitasse regra fundamental.

Ressalta-se, ainda, que anteriormente à Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, havia uma preocupação em se definir o limite da duração da prisão preventiva, pois não havia previsão legislativa expressa para tal. Coadunando o caráter de exceção da prisão, tem-se a seguinte disposição, contida no Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 p.401

Ainda nesse sentido, o art. 387, §1º do mesmo diploma legal afirma que o juiz, ao proferir sentença condenatória, deverá decidir fundamentadamente acerca da manutenção ou imposição da prisão preventiva. O Ministro, seguindo esse entendimento, afirmou que o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Civil introduzido pelo Pacote Anticrime “é de clareza solar, valendo ter presente a norma de hermenêutica e aplicação do Direito segundo a qual, onde o texto da lei é explícito, não cabe interpretação”⁴².

Com o advento do disposto no já referido artigo do CPP, adicionado pela Lei. 13.964/2019, criou-se mais uma maneira de possibilitar o reexame dos requisitos da prisão preventiva. Referente ao assunto, Pacelli e Fischer aduzem:

Se antes havia obrigação de o juiz fundamentar a manutenção da prisão cautelar quando da prolação da sentença condenatória (art. 387, § 1º, CPP) e também quando da decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, CPP), agora se criou mais uma hipótese de reavaliação dos pressupostos da preventiva: conforme o parágrafo único do art. 316 do CPP, uma vez ordenada a prisão preventiva, o próprio órgão emissor da prisão deverá, a cada 90 dias, avaliar, fundamentadamente, se é necessária a manutenção da prisão, sob pena de ela se tornar ilegal. Compreendemos que essa fundamentação não precisa ser exaustiva e detalhada com base em novos fatos, mas é essencial serem declinados, pelo menos, os fundamentos que justifiquem a continuidade da medida cautelar imposta.

Conforme exposto pelos autores, não há a necessidade de que os fundamentos do reexame sejam fundados em fatos novos, bastando tão somente que seja abordada a razão de sua manutenção.

Em síntese, após a imposição da prisão preventiva o órgão emissor deverá revisar a necessidade da manutenção da medida a cada 90 dias. Pela norma, uma vez devidamente fundamentada a renovação da necessidade não se configura o excesso de prazo. Ademais, é explícita a consequência do decorrer do referido prazo sem manifestação judicial fundamentada que renove a prisão: sua ilegalidade.

4.2 CRÍTICAS À REVISÃO PERIÓDICA INTRODUZIDA NO CENÁRIO BRASILEIRO

Por outro lado, embora a mudança na legislação tenha tentado solver o excesso de prazo da prisão preventiva, a solução encontrada não agradou a todos, como será visto a seguir, levantando ressalvas à revisão periódica.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 186.144** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-vota-afastar-preventiva.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021

Uma das críticas à alteração se deve ao fato de, juntamente com a criação de um prazo para o reexame, o legislador definiu a consequência do não respeito à revisão com o decorrer do prazo nonagesimal: a ilegalidade da prisão.

Prever a ilegalidade como sanção ao descumprimento da revisão apenas seguiu o parâmetro adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que, como já foi visto anteriormente, preconiza tal penalidade como consequência. Também como já foi visto, tal convenção assume papel hierárquico inferior apenas à Constituição Federal, o que justifica do reexame na legislação processual penal.

Esse raciocínio foi severamente contestado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – CNPG. Juntamente com o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM – o CNPG emitiu Enunciados interpretativos da Lei 13.964/19 – Lei Anticrime⁴³.

Tais enunciados visam a contribuir com a atividade-fim dos membros do Ministério Público na interpretação da Lei Anticrime. Seu enunciado 35, que versa sobre o parágrafo único do art. 316 do CPP, elucida que: findo o prazo de 90 dias que prevê o dispositivo não deve o preso ser imediatamente posto em liberdade, mas sim deve ter sua prisão reavaliada e seus pressupostos fáticos reexaminados sendo assim, portanto, a ilegalidade ser avaliada judicialmente e não de forma automática:

ENUNCIADO 35 (ART. 316, § único)

O esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente.

Ainda, sugere o CNPG, em seu 36º enunciado, que as partes devem comunicar o juízo acerca de eventuais fatos novos que justifiquem a revogação da prisão:

ENUNCIADO 36 (ART. 316, § único) Havendo fato novo que justifique a revogação da prisão, cabe às partes levá-lo ao conhecimento do juiz, para que o avalie, em decorrência do sistema acusatório que limita a atividade probatória do juízo.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf Acesso em: 16 jun. 2021

O Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União não foi o único a se manifestar de maneira contrária ao reexame. Também criticou a alteração a Associação dos Magistrados Brasileiros que ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade 6582⁴⁴.

A primeira das críticas apontadas na referida ADI se refere a quem realizará a revisão da necessidade da prisão. Entendeu-se pela interpretação que foi feita pelo STJ e TJSP, restringindo-se seu alcance à ação penal, enquanto ela tramitasse no primeiro grau.

Assim entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

PROCESSO PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REAVALIAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 2. Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente). 3. O caput do art. 316 do CPP, ao normatizar o tema, previamente dispõe o limite temporal da providência judicial - "no correr da investigação ou do processo". 4. Seja diante de uma interpretação sistemática do CPP, seja porque a lei "não contém palavras inúteis", **conclui-se que a aplicação dos referidos dispositivos restringe-se tão somente à fase de conhecimento da ação penal.** [...] 5. Em complementação, ressalta-se que **a observância da referida norma pelos Tribunais de Justiça e Federais**, quando em atuação como órgãos revisores (grau recursal), **inviabilizaria sobremaneira o trabalho das Cortes de Justiça, cuja jurisdição abrange inúmeras Varas e Comarcas em todo o país.** [...] **Inclusive, nada impede que a defesa a cada 90 dias, em tempo maior ou menor, renove nas Cortes de Justiça o pedido de relaxamento da prisão cautelar por excesso de prazo.** Ou mesmo, pleiteie a revogação da prisão cautelar quando do surgimento de um fato novo, utilizando-se, dentre outros, o habeas corpus. 7. Portanto, **a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais**, quando em atuação como órgão revisor. 8. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Ta., DJe 17/06/2020)⁴⁵

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXTORSÃO. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **OBRIGAÇÃO DE REVISAR, A CADA 90 (NOVENTA) DIAS, A**

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível

em:http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=6027729. Acesso em: 16 jun. 2021

⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 70084882810** São Paulo/SP: Tribunal de Justiça de São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863478145/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-569701-sp-2020-0077077-2/inteiro-teor-863478344?ref=juris-tabs> Acesso em: 28 mai. 2021

NECESSIDADE DE SE MANTER A CUSTÓDIA CAUTELAR. TAREFA IMPOSTA APENAS AO JUIZ OU TRIBUNAL QUE DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA. REAVALIAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, QUANDO EM ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO REVISOR. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao "órgão emissor da decisão" - em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva - o dever de reavaliá-la. 2. [...] 3. Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação - de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos - seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexecutável, sob pena de tornar a prisão preventiva "ilegal", data maxima venia, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade. [...] (HC 589.544/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª Ta., DJe 22/09/2020)⁴⁶ **(grifo nosso)**

Os tribunais e a AMB entendem que o reexame da prisão deve ser feito pelo Juiz que a decretou, apenas podendo fazê-lo até o momento da prolação da sentença, já que após julgar a ação penal sua competência e jurisdição se esgotam.

Ora, se apenas o juiz pode revisar a necessidade da prisão após os 90 dias o tribunal não o pode (excetuando os casos de competência originária), afinal tal atitude deverá ser tomada pelo "órgão emissor da decisão".

Apesar dessa situação, o Conselho Nacional de Justiça, na I Jornada de Direito e Processo Penal de 2020, editou enunciado no sentido de atribuir ao Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação periódica da situação prisional do acusado, mesmo que a ordem de prisão tenha sido decretada pelo magistrado de primeiro grau:

Enunciado 21

Cabe ao Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação periódica da situação prisional do acusado, em atenção ao parágrafo único do art. 316 do CPP, mesmo que a ordem de prisão tenha sido decretada pelo magistrado de primeiro grau.

A associação dos Magistrados Brasileiros também fez críticas ao fato de a consequência jurídica da não observância do prazo de 90 dias para a reavaliação da necessidade de a prisão preventiva ser a sua revogação por ilegalidade. Tal sanção pode ser facilmente observada em decisões do Supremo Tribunal Federal:

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 589.544 - SC Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869776144/habeas-corpus-hc-589544-sc-2020-0144047-4> Acesso em: 19 jun. 2021.

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS. Decorrendo a custódia da prática do crime de integração a organização criminosa, a teor de interceptações telefônicas, tem-se dado a sinalizar a periculosidade, sendo viável a prisão preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO – AUSÊNCIA. Apresentada motivação suficiente à manutenção da prisão, **observado o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais**, fica afastado constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo, revelando-se subsistente a custódia – parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.
(HC 182724, Relator: Marco Aurélio, 1ª Ta., DJe-148 15-06-2020) **(grifo nosso)**

Muito embora a ilegalidade não tenha se configurado, restou demonstrado que seria ela a consequência para o descumprimento do prazo. A AMB finaliza destacando a polissemia sobre a interpretação da norma, servindo ela de base para a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Importa aqui salientar que o julgamento da ADI segue suspenso, tendo ocorrido em 18/06/2021 pedido de vista pelo Ministro Gilmar Mendes⁴⁷.

4.3 A POSIÇÃO DO STF E SUA ABERTURA HERMENÊUTICA

O Supremo Tribunal Federal expos seu posicionamento quando da análise do pedido de Suspensão Liminar nº 1.395. Tratava-se da análise do *habeas corpus* 191.836, que determinou a soltura de André Oliveira Macedo, conhecido como André do Rap, tido como um dos líderes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital, o PCC.

Inicialmente, faz-se necessário compreender o referido *habeas corpus* para então entender o porquê de o posicionamento do STF na SL 1.395 ser importante para a consolidação de uma interpretação da Lei 13.964/19.

O *mandamus* impugnou decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que anteriormente havia negado revogação da prisão preventiva. Ao examinar, o relator Ministro Marco Aurélio entendeu pela configuração do excesso de prazo da prisão, uma vez que o juiz que emitiu a decisão não revisou a necessidade de sua manutenção em 90 dias, conforme preceitua o parágrafo único

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Informativo STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, n. 1021/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

do art. 316 do Código de Processo Penal, o que acarretou sua ilegalidade. Conforme o relator⁴⁸:

O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal dispõe sobre a duração, fixando o prazo de 90 dias, com a possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado. Apresentada motivação suficiente à manutenção, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo.

Assim, liminarmente foi determinada a soltura do já referido apenado. Eis que, alegando perigo à ordem pública, foi ajuizada a Suspensão de Liminar 1.395.

Importante aqui frisar que foram levantados diversos argumentos para sustentar a necessidade de concessão da suspensão de liminar pleiteada pela Procuradoria Geral da República. Um dos argumentos utilizados foi supressão de instância, por exemplo. Porém, no presente trabalho não serão analisadas todas as teses introduzidas, porquanto o objetivo é analisar tão somente a ilegalidade automática da prisão findo o prazo nonagesimal para revisão de sua necessidade.

Como dito anteriormente, foi invocada a periculosidade de André Oliveira Macedo, que esteve 5 anos foragido e foi condenado por tráfico transnacional de 4 toneladas de cocaína (crime hediondo), à pena de 10 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, já estando exauridas as instâncias ordinárias. Também foi condenado a 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão por crime de mesma natureza, nos autos da Ação Penal n. 0012478-85.2013.4.03.6104, objeto do AREsp n. 1.421.634, não conhecido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹.

Conforme o voto do Ministro Luiz Fux, o redator da SL 1.395, a liminar em sede de *habeas corpus* concedeu ao parágrafo único do art. 316 do CPP interpretação visivelmente antagônica com as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal competentes para julgamento do *habeas corpus* em questão, como seria demonstrado ao longo do voto.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 191.836** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.395** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fux-andre-rap.pdf>. Acesso em: 11 8 jun. 2021

O Ministro revelou que a Primeira Turma revogou medidas cautelares e não conheceu de *habeas corpus* cujas questões de direito eram exatamente iguais às do HC 191.836. Em todos os referidos casos, a prisão preventiva não foi imediatamente revogada, de forma a causar a soltura do paciente, ainda que já transcorrido o prazo de 90 dias.

Como forma de exemplificar, o Relator colacionou decisões que corroboravam seu posicionamento. No HC 184.390, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio e Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes⁵⁰, o Ministro Relator concedeu alvará de soltura baseado na não observância do prazo de 90 dias para que ocorresse a revisão da prisão preventiva: a desobediência do parágrafo único do art. 316 do CPP. O Ministro Luiz Fux, ao analisar o acima referido *writ* referiu:

O Ministro Relator deferiu a medida liminar a acusado da prática de “furto a agência bancária, invadida durante a madrugada, por meio de arrombamento de portas e desligamento de sistema de segurança, no qual subtraídos R\$ 1.700.000,00, a teor de dados colhidos mediante quebra de sigilo telefônico”. Embora tenha julgado “sinalizada a periculosidade e viável a prisão preventiva”, **o Relator concedeu alvará de soltura, ao fundamento de que “Inobservado o prazo de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais acerca da manutenção da preventiva, tem-se desrespeitado o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal”. Nada obstante, no julgamento do mérito do writ, a decisão monocrática, proferida em 7/5/2020, foi revogada pela Primeira Turma em 22/6/2020, considerando incognoscível a alegação de decurso do prazo de 90 dias previsto no art. 316, parágrafo único, por não ter sido decidida pela Corte a quo, não se autorizando a superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal em tais situações. (grifo nosso)**

Concluiu-se que, em todos os precedentes sobre a matéria que o HC 191.836 versa, a Turma competente para julgamento do *Habeas Corpus* revogou as decisões liminares dadas pelos Relatores. Em todos os casos analisados afastou-se o constrangimento ilegal gerado simplesmente pelo decurso do tempo.

O Ministro ainda afirma que, após a decisão proferida pelo HC 191.836, outros réus requereram a extensão dos efeitos da decisão, o que poderia colocar em liberdade diversos agentes que apresentam extremo risco para a sociedade. Assim, afirma o Ministro Luiz Fux:

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 184.390** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753233346> Acesso em: 19 jun. 2021

Essas circunstâncias evidenciam que não se legitima concessão de medida liminar em juízo sumário e monocrático abandonando a interpretação consequencialista a que se refere a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 20 (“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”). Isso significa que uma decisão monocrática contrária aos entendimentos colegiados do Supremo Tribunal Federal não deve produzir efeitos jurídicos sem o crivo do órgão colegiado competente para a alteração do precedente

Consubstancia-se a impossibilidade da decretação automática da soltura do agente após decorrido o prazo de 90 dias previsto no parágrafo único do art. 316 do já referido código. Corroborando ainda mais a tese, são trazidas mais decisões nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU O HABEAS CORPUS. CRIMES DO ART. 2º, §§ 2º, 3º e 4º, INCISO I DA LEI 12.850/2013 E ART. 35 DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA E DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO **Nada obstante, a não observância da normativa em vigor, no caso presente, não acarreta, ipso facto, a decretação de nulidade ou a revogação da prisão preventiva, tal como pretendido pelo impetrante. [...] Sob outra ótica, revela-se oportuno, ademais, aguardar o pronunciamento do magistrado singular, mais próximo aos fatos e em melhores condições de avaliar a necessidade de manutenção ou revogação da medida extrema, evitando assim indesejável supressão de instância [...]** (STF - HC: 184.137 CE - CEARÁ 0090355-69.2020.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 06/05/2020, Data de Publicação: DJe-114 11/05/2020) **(grifo nosso)**

Finalmente de seu voto, é fixado o entendimento de que o mero decurso do prazo de 90 dias, embora caracterize excesso de prazo, não acarreta automaticamente constrangimento ilegal, não implicando sua revogação automática:

O Supremo Tribunal Federal também rechaça interpretações que associam, automaticamente, o excesso de prazo ao constrangimento ilegal da liberdade, tendo em vista: (1) o critério de razoabilidade concreta da duração do processo, aferido à luz da complexidade de cada caso, considerados os recursos interpostos, a pluralidade de réus, crimes, testemunhas a serem ouvidas, provas periciais a serem produzidas etc.; (2) o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal), que devem sempre se reportar às circunstâncias específicas dos casos concretos submetidos a julgamento, e não apenas aos textos abstratos das leis.

À luz desta compreensão jurisprudencial, o disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não conduz à revogação automática da prisão preventiva. (grifo nosso)

Com esse julgamento, há a consolidação de que o desrespeito ao prazo de 90 dias não é suficiente para ensejar soltura automática do agente, ou seja, tal prazo introduzido com o Pacote Anticrime não é peremptório. Tal entendimento repercutiu pelos tribunais do país, e esse panorama será a seguir abordado.

4.4O PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL PÓS DECISÃO DO SUPREMO

Como já foi dito, a decisão do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento acerca da extensão interpretativa acerca do prazo previsto no parágrafo único do art. 316, repercutindo na jurisprudência do país.

Vislumbra-se o entendimento adotado pelo STF em decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO SIMPLES. CRIME CONTRA A PESSOA. ABANDONO DE INCAPAZ MAJORADO. ORDEM DENEGADA - NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS E PRISÃO DOMICILIAR. [...] - REVISÃO PERIÓDICA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP. **O prazo para reavaliação da prisão preventiva**, extensível ao caso de aplicação de outras medidas cautelares que importam restrição à liberdade e ao direito de ir e vir, determinado pelo artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, **não é peremptório, de acordo com a jurisprudência do STJ e STF. Assim, eventual demora na apreciação não implica a ilegalidade da segregação**, em atenção à razoabilidade, com ponderação ainda acerca da situação atual de pandemia de Covid-19, que tem afetado os trâmites processuais. - EXCESSO DE PRAZO. Trâmite da ação criminal que se mostra regular e dentro dos limites da razoabilidade, sem descuidar das particularidades do caso, em se tratando de processo envolvendo cinco fatos e dois réus. A autoridade dita coatora vem empregando os esforços possíveis a fim de solucionar a demanda, apesar da inevitável redução da marcha processual decorrente das diversas restrições impostas pela crise sanitária atualmente enfrentada. Não foi verificada mora injustificada no processamento do feito, vinculada à desídia ou omissão da acusação ou do Poder Judiciário, capaz de ensejar a revogação da segregação pelo fundamento do excesso de prazo na formação da culpa. ORDEM DENEAGADA.(Habeas Corpus Criminal, Nº 70085008449, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em: 22-04-2021)⁵¹ **(grifo nosso)**

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO EXTRAPOLADO, SEM MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. Diante da notória sobrecarga de processos criminais nas mais variadas varas judiciais do País, não se pode exigir do Magistrado,

⁵¹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70085008449** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70085008449&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

porque não é minimamente realista, um domínio pleno de todos os processos tramitando sob sua jurisdição, a ponto de ter controle sobre quando cada prisão por ele decretada ou mantida (que podem ser centenas ou milhares) completa 90 (noventa) dias. Ademais, **não é lógico considerar que o decurso desse período, por si só, seja suficiente para presumir uma alteração da situação processual e prisional de um acusado, a ponto de, não sendo revisitado um decreto prisional com tal prazo, concluir-se necessária a soltura [...]** Assim, **considerar peremptório o prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do CPP**, a menos que se atrele essa hipótese a uma prévia provocação das partes, **serviria unicamente para criar oportunidade de solturas sem merecimento**, em prejuízo da segurança coletiva, bem como para estimular comportamentos processuais questionáveis (como a espera deliberada e silenciosa do deslize de uma sobrecarregada autoridade judicante para alegar direito à soltura), contrários a princípios basilares como o da lealdade e o da cooperação (que, em última análise, servem à concretização da boa-fé processual). [...]

(Habeas Corpus Criminal, Nº 70084835271, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em: 24-03-2021)⁵² **(grifo nosso)**

Cumprido salientar que nas decisões acima referenciadas, mesmo que não tenha sido respeitado o prazo de 90 dias previsto no parágrafo único do art. 316 do CPP, entendeu-se por não decretar a soltura, concluindo que o fim do referido prazo sem manifestação judicial não gera automaticamente a ilegalidade da prisão.

Nesse sentido também entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Dessa feita, por ora, não se pode concluir que eventual demora seja infundada ou decorra de inércia do Poder Judiciário, a justificar sua imediata soltura.

No tocante à necessidade de revisão periódica, a cada 90 (noventa dias), da manutenção da custódia cautelar (artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal), observo que, a autoridade pontuou pela inexistência da modificação do quadro fático, mantendo a custódia cautelar na decisão de fls. 1416 dos autos originais, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Outrossim, o paciente permaneceu foragido durante a maior parte do trâmite processual, sendo preso cautelarmente somente em 20/10/2020.

Não por outro motivo o Plenário do C. **STF ao julgar, em 15.10.2020, a Suspensão de Liminar nº 1.395 no HC 191.836, sedimentou o entendimento de que a falta de revisão nonagesimal da custódia cautelar não implica, ipso facto, na soltura imediata do réu, senão impõe ao Magistrado o dever de reavaliá-la, à luz do caso concreto**

(TJ-SP - HC: 20361371520218260000 SP 2036137-15.2021.8.26.0000, Relator: Marcelo Gordo, Data de Julgamento: 10/06/2021, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/06/2021)⁵³ **(grifo nosso)**

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084835271** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084835271&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 20361371520218260000** São Paulo/SP: Tribunal de Justiça de São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230689752/habeas-corpus-criminal-hc-20361371520218260000-sp-2036137-1520218260000/inteiro-teor-1230689773> Acesso em: 28 mai. 2021

Como se pode observar também na decisão do tribunal de São Paulo, não importa o transcurso do prazo indicado de 90 dias tão somente. Não há a obrigação automática da revogação da prisão preventiva, seguindo o entendimento da SL 1.395 do HC 191.836 do STF.

Esse entendimento persiste em todo o país, como é possível perceber na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Ceará:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE SUPERADA COM O A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS. IRRELEVÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. PROCESSO COM TRÂMITE DENTRO DA RAZOABILIDADE. REVISÃO NONAGÉSIMAL DO ART. 316, DO CPP. FUNDAMENTOS ANALISADOS EM SEDE DE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA ONDE FORA ATACADO O ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 316, DO CPP. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. 01. Aponta o impetrante ilegalidade da prisão em flagrante, ausência de fundamentação idônea no decreto preventivo, excesso de prazo para formação da culpa e ausência de revisão da segregação cautelar no prazo nonagésimo, nos moldes do parágrafo único, do art. 316, do CPP. 09. A título de informação, o **Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, no julgamento da Suspensão de Liminar (SL) 1.395, nos autos do HC 191.836 (paciente André Oliveira Macedo - vulgo André do Rap), considerou que eventual descumprimento dessa norma, que determina a reanálise da prisão a cada 90 (noventa) dias, não gera a soltura automática de presos.** 10. Ordem conhecida e denegada. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de habeas corpus, nº 0635696-11.2020.8.06.0000 (TJ-CE - HC: 06356961120208060000 CE 0635696-11.2020.8.06.0000, Relator: MARIO PARENTE TEÓFILO NETO, Data de Julgamento: 03/11/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/11/2020)⁵⁴ **(grifo nosso)**

A análise das decisões acima demonstra como o entendimento firmado no SL 1.395 pelo Supremo Tribunal Federal proliferou pelo Brasil. Tribunais de justiça estaduais adotaram o posicionamento do STF, consolidando, ao menos por ora, a jurisprudência no sentido de que o transcurso do prazo de 90 dias previsto no parágrafo único do art. 316 não basta para seja decretada a soltura do agente.

Ante o exposto, após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na lógica de que a falta de manifestação judicial após o prazo de 90 dias não é suficiente para ilegalizar a prisão, não bastando o limite objetivo para tal consequência, observou-se que esta posição foi seguida por vários Tribunais, em

⁵⁴ CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. **Habeas Corpus** nº 06356961120208060000 Fortaleza/CE: Tribunal de Justiça do Ceará, [2021]. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1126731906/habeas-corporis-criminal-hc-6360061720208060000-ce-0636006-1720208060000> Acesso em: 28 mai. 2021

evidente tendência à relativização do disposto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi analisar o tempo da prisão preventiva no Brasil, de forma a verificar seus critérios e eventuais excessos. Bem como realizar a análise o instituto da revisão periódica como meio de controle do tempo de duração da prisão preventiva, sua eficácia, origem, embasamento e eventuais críticas.

Haja vista a excepcionalidade da medida cautelar que é a prisão preventiva, a pesquisa cuidou de ressaltar tal característica, para que fosse possível dimensionar a gravidade do excesso de prazo, e a necessidade de uma solução para o problema.

Assim, no primeiro capítulo, abordaram-se as origens das prisões cautelares, mostrando a evolução do instituto, até o ponto de criação do atual Código de Processo Penal, forjado durante período ditatorial, incorporando todo o ambiente da época para enfim, em 2011, deixar de carregar características tão invasivas e eventualmente atentatórias aos direitos fundamentais para assumir o caráter cautelar vigente.

Na sequência é mostrada a função das medidas cautelares bem como suas espécies, de maneira a diferenciar a prisão preventiva da temporária para que não houvesse confusão, uma vez que a prisão temporária tem prazo máximo bem definido em lei. Esmiuçada a prisão preventiva, foram vistos seus requisitos, de maneira a compreender sua excepcionalidade, para finalmente entender o porquê de não haver prazo máximo para sua duração, e como sua extensão pode ser grave.

Verificou-se mais detalhadamente o excesso de prazo, estudando soluções antes adotadas, mas que foram abandonadas pela jurisprudência. Destacaram-se doutrinas críticas à prisão preventiva em si, sendo o excesso de prazo apenas mais um dos sintomas. Porém, o advento da Lei 13.964 modificou o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Civil, adicionando à legislação a revisão periódica, veiculando ao órgão emissor da prisão a obrigação de revisá-la a cada 90 dias, caso contrário ilegal se tornaria a prisão, exurgindo seu relaxamento como consequência.

No segundo capítulo abordou-se a reforma realizada pelo Pacote Anticrime, que acabou por introduzir no Brasil a revisão periódica da prisão preventiva, com uma análise do que de fato ocorreria com esse reexame.

Continuamente, se analisou a chamada “doutrina dos sete critérios” que preceitua sete requisitos para a razoabilidade da prisão cautelar, apontados pela

Comissão Europeia de Direitos Humanos, bem como algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH que evidenciam a necessidade da revisão periódica da prisão preventiva.

Em seguida, foi examinado o surgimento e evolução de esforços para revisar as decisões de prisão preventiva, desde tentativas de reforma do Código de Processo Penal como um todo, passando por resoluções do Conselho Nacional de Justiça até que chegasse à reforma proporcionada através do Pacote Anticrime.

Observou-se que o surgimento da revisão periódica agora prevista no parágrafo único do art. 316 do CPP possibilitou a abertura de grande debate doutrinário e jurisprudencial.

No terceiro e último capítulo levaram-se em conta considerações favoráveis e contrárias à necessária revisão periódica no cenário brasileiro, sob pena de sua ilegalidade.

Favoravelmente, destaca-se o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, Relator do *habeas corpus* nº 191.836. Defendendo o disposto no art. 316, parágrafo único, o Ministro destaca a prisão preventiva como uma exceção, e as normas excepcionais devem ser seguidas sem margem para interpretação.

No que se refere às críticas, aponta-se o fato de o legislador ter definido como sanção para o não respeito ao prazo de 90 dias a ilegalidade e o consequente relaxamento da prisão. Tal previsão causou controvérsia, muito embora tenha seguido os parâmetros da CIDH. Aqueles que se posicionaram veementemente contra defendem que não é razoável que seja declarada a soltura do agente com o simples decorrer *in albis* do prazo de 90 dias, frente à realidade do judiciário brasileiro.

Pôde-se observar no decorrer do trabalho a delicadeza ao tratar de prisões cautelares. Por possuírem caráter excepcional, uma vez que suprimem o direito de liberdade de um cidadão em nome do processo, possuem uma série de requisitos a serem cumpridos, devendo a prisão ser lastreada em algum dos fundamentos previstos, mediante criteriosa fundamentação

Essa série de restrições e entraves foi criada justamente para frear eventuais prisões infundadas ou despropositadas, para limitar seu uso ao estritamente necessário, sob pena de se constituir em substitutivo da prisão definitiva.

Ora, toda essa cautela quanto à aplicação dessa modalidade de prisão, que se dá graças à grande lesividade ao direito individual de liberdade e presunção de

inocência (não-culpabilidade), perde total sentido se o investigado permanecer preso excessivamente. Por vezes cumprindo sua pena de maneira precipitada sem que fosse realizado sequer seu julgamento.

Essa situação é inadmissível, degradante e esvazia completamente o caráter cautelar da prisão, portanto deve ser criteriosamente analisada, e uma solução adequada encontrada. Decisões internacionais recomendam a revisão periódica dos requisitos que autorizaram a prisão e, uma vez que esses requisitos não estejam mais presentes ou se o prazo for descumprido, a prisão torna-se automaticamente ilegal, devendo ser relaxada.

Porém, a decretação automática da ilegalidade da prisão pode se mostrar extrema, como bem aponta o Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Liminar 1.395. Acertadamente é dito que tal prática pode ensejar certas práticas pouco recomendadas, para se dizer o mínimo, como esperar paciente e inerte o decorrer do prazo para que o órgão competente para a revisão, impossibilitado pela quantidade excessiva de processos, complexidade dos casos e estratégias processuais lícitas, não se pronuncie, fazendo assim jus à soltura.

Ademais, a ilegalidade automática da prisão leva apenas em consideração o desrespeito ao prazo, ignorando todo e qualquer outro critério que a tenha motivado, como é o caso de situações de extremos e evidentes riscos à integridade do processo ou mesmo da aplicação de sua efetividade, por exemplo. O apego ao simples decurso do prazo 90 dias para a revisão da prisão periódica de um agente submetido à prisão cautelar pode representar supervalorização da forma em detrimento do conteúdo do processo e seus fins. Por isso, vigorando no Brasil o primado da instrumentalidade das formas, atribuir excessivo sentido ao rigor formal do prazo de 90 dias é sobrepor a relevância da instância processual como recurso constitucional de fomento à paz social.

Isto posto, o STF decidiu e consolidou entendimento, observado por Tribunais de Justiça de todo o país, como pesquisa de jurisprudência demonstrou, de que o desrespeito ao prazo a que se refere o parágrafo único do art. 316 não enseja a ilegalidade imediata, apenas que a defesa acione o órgão competente para que o reexame seja feito. Aqui, ainda sem que o tema tenha se exaurido, procurou-se encontrar o equilíbrio entre a exigência de maior rigor contra prisões cautelares com tempo irrazoável e a razoabilidade de situações que impõem a manutenção da segregação cautelar por tempo justificadamente necessário.

Paralelo a essa decisão, tramita uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que visa a declarar inconstitucional a revisão periódica como prevista, e essa ação permanece tramitando no STF, atualmente suspensa com pedido de vista. Enquanto há a espera pelo desenrolar da ADI, o posicionamento fixado no SL 1.395 é o que está em vigor, devendo ser observado e os casos acompanhados para que sejam tomadas melhores conclusões.

Assim, se mostra correto o objetivo do legislador, dado que não se pode deturpar o sentido da prisão cautelar preventiva, estendendo-a por períodos prolongados. A interpretação do Supremo Tribunal Federal mitigou a objetividade do art. 316 do Código de Processo Penal. Deste modo, objetiva-se contribuir, a partir das reflexões trazidas, com o necessário debate acerca do tempo da prisão preventiva, principalmente seu limite máximo, visando um procedimento penal justo e efetivo.

Por fim, a prisão preventiva não apresenta prazo definido na legislação brasileira, servindo como uma prisão processual que nada tem a ver com juízo de culpa. Não havendo prazo máximo, a referida medida cautelar perdura porquanto persistirem as condições que a autorizaram. Todavia, a duração da prisão pode se estender por tempo demasiado, com tais excessos lastreados em um de seus fundamentos, situação que pode não sofrer alteração, o que faz que o agente sofra verdadeiro adiantamento de pena.

A revisão periódica se presta a evitar possíveis excessos, uma vez que obriga o órgão emissor da prisão a reexaminar sua necessidade a cada 90 dias. Apesar da nobre intenção de fazer cessar a duração excessiva da prisão preventiva, seu reexame não resolveu o problema no ordenamento brasileiro, haja vista o atual entendimento de que o transcorrer dos 90 dias não enseja automaticamente a ilegalidade da prisão.

O que se vê, no caminho da pesquisa percorrido, para os limites de um trabalho deste viés, é que a segregação cautelar é uma necessidade efetiva do processo. Entretanto, buscar um equilíbrio entre o tempo de sua duração, a necessária revisão periódica e uma razoável compreensão sobre seus efeitos quando não revisada periodicamente é a essência do debate. Negar a necessidade da existência de tais segregações e da revisão periódica é indevido, contrariando tendência mundial que aponta neste sentido. Ao mesmo tempo, compreender a possibilidade de ausência de revisão no prazo estabelecido como decorrência das

contingências do próprio processo é uma das possibilidades que vêm se consolidando para evitar a drasticidade em considerá-la ilegal pelo simples decurso do prazo.

Por derradeiro, espera-se ter contribuído, sem a pretensão de esgotar o assunto, evidentemente, mantendo acesa a chama em torno de tema de total relevância para o processo penal brasileiro, isto é, a temporalidade da prisão preventiva, a razoável duração de seu prazo, a tentativa de objetiva-lo e os contornos exurgidos a partir da reforma que fez introduzir o teor do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, fomentando a esperança no sentido de que o tema ainda está aberto à evolução jurisprudencial e doutrinária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/93> Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 mai. 2021

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm Acesso em: 21 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm Acesso em 21 mai. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm Acesso em: 21 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 21 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 21 jun. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 589.544 - SC** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869776144/habeas-corpus-hc-589544-sc-2020-0144047-4> Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 581545 SP** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860686996/habeas-corpus-hc-581545-sp-2020-0114058-8> Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 632752 - GO** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1212203062/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-632752-go-2020-0332003-3/inteiro-teor-1212203118> Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 662955 - SC** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206601943/habeas-corpus-hc-662955-sc-2021-0128266-0> Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 632752 - GO** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1212203062/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-632752-go-2020-0332003-3/inteiro-teor-1212203118> Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultaProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6027729>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 186.144** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-vota-afastar-preventiva.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 184.390** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753233346> Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 191.836** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.395** Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fux-andre-rap.pdf>. Acesso em: 11 8 jun. 2021

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASAGRANDE, Renato. **A urgência de um novo Código de Processo Penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. **Habeas Corpus nº 06356961120208060000** Fortaleza/CE: Tribunal de Justiça do Ceará, [2021]. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1126731906/habeas-corpus-criminal-hc-6360061720208060000-ce-0636006-1720208060000>Acesso em: 28 mai. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014**. párr. 121. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Bayarri vs. Argentina Sentencia de 30 de octubre de 2008**. párr. 74. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio de 2014**. Párr. 311. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2020

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 362.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70085008449** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021].

Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70085008449&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70078670197** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2018].

Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70078670197&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084835271** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021].

Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084835271&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084829969** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021].

Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084829969&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084882810** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021].

Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084882810&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 50551356720218217000** Porto Alegre/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2021]. Disponível

em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50551356720218217000&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 28 mai. 2021

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus nº 40144645920168240000** Florianópolis/SC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, [2016]. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945410541/habeas-corporis-criminal-hc-40144645920168240000-capital-4014464-5920168240000>

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 70084882810** São Paulo/SP: Tribunal de Justiça de São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863478145/agravo-regimental-no-habeas-corporis-agrg-no-hc-569701-sp-2020-0077077-2/inteiro-teor-863478344?ref=juris-tabs> Acesso em: 28 mai. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 20361371520218260000** São Paulo/SP: Tribunal de Justiça de São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230689752/habeas-corporis-criminal-hc-20361371520218260000-sp-2036137-1520218260000/inteiro-teor-1230689773> Acesso em: 28 mai. 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Informativo STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, n. 1021/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 18 de junho de 2021.