



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**ANA BEATRIZ PEREIRA HONÓRIO**

**A (DES)NECESSIDADE DE REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90  
DIAS: A CRIAÇÃO DE EMBARAÇOS NA APLICAÇÃO DE NORMAS COM  
CONTEÚDO GARANTISTA**

**JOÃO PESSOA  
2021**

**ANA BEATRIZ PEREIRA HONÓRIO**

**A (DES)NECESSIDADE DE REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 DIAS: A CRIAÇÃO DE EMBARAÇOS NA APLICAÇÃO DE NORMAS COM CONTEÚDO GARANTISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA**  
**2021**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

H774d Honório, Ana Beatriz Pereira.

A (des)necessidade de revisão da prisão preventiva a cada 90 dias : a criação de embaraços na aplicação de normas com conteúdo garantista / Ana Beatriz Pereira Honório. - João Pessoa, 2021.

57 f.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Prisão preventiva. 2. Excesso de prazo - prisão preventiva. 3. Presunção de inocência. 4. Duração razoável do processo. 5. Contemporaneidade do periculum libertatis. I. Meirelles, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

**ANA BEATRIZ PEREIRA HONÓRIO**

**A (DES)NECESSIDADE DE REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 DIAS: A CRIAÇÃO DE EMBARAÇOS NA APLICAÇÃO DE NORMAS COM CONTEÚDO GARANTISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

**DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE DEZEMBRO DE 2021**

**BANCA EXAMINADORA:**

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES  
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA  
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA  
(AVALIADOR)**

## RESUMO

O presente trabalho possui como temática a análise da conduta dos Tribunais Superiores na aplicação do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964 de 2019. Apesar de não fixar um limite de tempo para a manutenção das prisões preventivas, o dispositivo estabeleceu um parâmetro temporal para a verificação de eventual excesso de prazo, uma das maiores deficiências do sistema cautelar brasileiro na atualidade. Entretanto, apesar de expressamente determinar a obrigatoriedade da revisão da medida a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal, os julgadores vêm entendendo que o descumprimento da regra não gera para o preso o direito de ser automaticamente posto em liberdade. Ocorre que a referida tese se opõe à redação do novel dispositivo, o qual fixa a condição de prisão ilegal do cárcere preventivo que carece de reavaliação, gerando a obrigatoriedade do seu relaxamento, conforme determina a Constituição Federal. Nesse caso, observa-se um aparente esforço do Poder Judiciário, especialmente do STF e do STJ, para barrar a aplicação de uma norma essencialmente garantista. Através da utilização do método indutivo, a presente monografia examina as motivações e finalidades das principais jurisprudências acerca do tema, bem como a sua desconformidade com a salvaguarda de um sistema amplo de garantias fundamentais, valendo-se da pesquisa qualitativa para tanto. Conclui-se que a doutrina do “não-prazo” na prisão preventiva contribui para a privação da fruição das garantias as quais o indivíduo possui, sendo necessário o desenvolvimento de uma legislação capaz de garantir um sistema processual penal efetivamente acusatório. É imperioso reconhecer a deficiência na efetivação da construção de um Processo Penal no Brasil que sirva de instrumento para a concretização dos direitos fundamentais, seja no campo judiciário ou no legislativo, os quais alternam entre si o protagonismo no recuo da defesa de um sistema garantista, sendo esta a problemática apresentada na presente pesquisa.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Excesso de prazo. Presunção de inocência. Duração razoável. Contemporaneidade do *periculum libertatis*.

## ABSTRACT

The present essay has as its theme the analysis of the conduct of the Superior Courts in the application of the sole paragraph of article 316 of the Code of Criminal Procedure, inserted by Law No. 13,964 of 2019. Although it does not set a time limit for the maintenance of preventive detentions, the provision established a time parameter for the verification of possible excess of term, one of the greatest deficiencies of the Brazilian precautionary system today. However, despite expressly determining the mandatory review of the measure every 90 days, under penalty of making the arrest illegal, the judges have understood that the non-compliance with the rule does not give the prisoner the right to be automatically released. It so happens that the aforementioned thesis is opposed to the wording of the novel provision, which establishes the condition of illegal imprisonment in preventive prison that needs reassessment, generating the obligation to relax it, as determined by the Federal Constitution. In this case, there is an apparent effort by the Judiciary, especially the STF and STJ, to block the application of an essentially guaranteeing rule. Through the use of the inductive method, this monograph examines the motivations and purposes of the main jurisprudence on the subject, as well as their non-conformity with the safeguard of a broad system of fundamental guarantees, using qualitative research to do so. It is concluded that the doctrine of “no term” in preventive detention contributes to the deprivation of the enjoyment of guarantees which the individual has, requiring the development of legislation capable of guaranteeing an effectively accusatory criminal procedural system. It is imperative to recognize the deficiency in the implementation of the construction of a Criminal Procedure in Brazil that serves as an instrument for the realization of fundamental rights, whether in the judiciary or in the legislative field, which alternate between them the protagonism in the retreat of the defense of a guarantee system, this being the problem presented in this research.

**Key-words:** Preventive detention. Excess of deadline. Presumption of innocence. Reasonable duration. Contemporaneity of the *periculum libertatis*.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	6
<b>2 AS ORIGENS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</b>	10
2.1 A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS	11
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PRISÃO PREVENTIVA	16
2.3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	18
<b>3 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL</b>	23
3.1 CONTEMPORANEIDADE DO <i>PERICULUM LIBERTATIS</i>	26
3.2 A INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO NO ARTIGO 316 DO CPP	28
3.3 O ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DA SL 1395/SP	31
3.4 IMPOSSIBILIDADE DE REANÁLISE AUTOMÁTICA	34
3.5 ENTENDIMENTO DO STJ	37
<b>4 REPERCUSSÕES DO EXCESSO DE PRAZO</b>	40
4.1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA (IN)OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS	42
4.2 O PREÇO DA MOROSIDADE JUDICIAL PARA O PRESO PROVISÓRIO	45
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	50
<b>REFERÊNCIAS</b>	52

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, consagrou como princípio fundamental a presunção da inocência. Nos termos do referido dispositivo, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>1</sup>

Certos aspectos de tal princípio, entretanto, são atenuados em razão da existência da prisão preventiva, espécie de medida cautelar que permite ao juiz a decretação da prisão em qualquer fase da investigação policial ou do processo. Essa medida está prevista entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal, que sofreram alterações significativas a partir da edição da Lei nº 13.964, de 2019, dentre as quais se destaca a inclusão do parágrafo único ao artigo 316, que estabeleceu a necessidade de revisão periódica da prisão preventiva a cada 90 dias.<sup>2</sup>

Tal dispositivo surge em meio a uma situação legislativa e jurisprudencial de “não-prazo” no que diz respeito a esse tipo de prisão, visando ao menos delimitar um período de tempo razoável para que haja a verificação periódica da real necessidade de manutenção da medida com o intuito de evitar o excesso de prazo, sendo esta uma das principais problemáticas do sistema cautelar brasileiro atualmente.

A partir da análise das legislações no direito comparado e da própria evolução e ampliação do sistema de garantias como tendência mundial, é evidente que o atual CPP em vigor não acompanhou os avanços introduzidos sobretudo pela Constituição Federal de 1988, a qual garantiu, além da adoção de diversos princípios fundamentais norteadores, a existência de um sistema acusatório.

Ocorre que, em determinados aspectos, a legislação processual penal brasileira ainda se manifesta com traços inquisitórios, especialmente quando se considera suas origens autoritárias. Um dos principais exemplos desse modelo ultrapassado é a ausência de prazo da prisão preventiva ou de qualquer parâmetro que sirva para a verificação do excesso de prazo nesse tipo de medida.

---

<sup>1</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 15 set. 2021.



Diante disso, na tentativa de tornar a lei menos incongruente com um sistema mais amplo de garantias, o Poder Legislativo, em alguns casos, optou por retirar, alterar ou acrescentar dispositivos no Código de forma a aperfeiçoar certos aspectos relacionados a direitos e garantias fundamentais, como foi o caso da inclusão do parágrafo único ao artigo 316 que criou o dever de revisão periódica da necessidade de manutenção da prisão preventiva, estabelecendo, portanto, um parâmetro temporal idôneo para a verificação de eventual excesso de prazo.

A despeito disso, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, em uma interpretação *a contrario sensu* da norma supracitada, fixou que “o descumprimento da regra do parágrafo único do art. 316 do CPP não gera, para o preso, o direito de ser posto imediatamente em liberdade”.<sup>3</sup> Sendo assim, o que parecia uma inovação positiva no campo da legislação processual penal foi rapidamente mitigada pelo posicionamento da Suprema Corte, a qual tornou, na prática, ineficaz a garantia.

Diante do exposto, a presente pesquisa está centrada na problemática relação que envolve avanços e retrocessos entre os Poderes Legislativo e Judiciário, situação que, além de estimular a indefinição sobre a quem, de fato, compete a criação de direitos, impacta negativamente na concretização das garantias fundamentais, as quais, apesar de positivadas, encontram resistência dos intérpretes para efetivá-las.

A relevância dessa discussão no âmbito do processo penal perpassa desde a busca pela concretização de direitos fundamentais como a razoável duração do processo, o devido processo legal, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana, até a reflexão acerca da ineficiência do sistema prisional brasileiro, o qual se encontra atualmente abarrotado de indivíduos que sequer foram condenados.

Destarte, a presente monografia tem como objetivo precípuo a análise da utilização abusiva da prisão preventiva no que diz respeito ao aspecto do excesso de prazo e suas repercussões no campo das garantias fundamentais.

De forma específica, objetiva-se o exame crítico da tese fixada pelo plenário do STF no julgamento da SL 1395/SP e sua congruência com os princípios orientadores do processo penal; a análise da forma com que a exigência da revisão

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.395/SP**. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754954657>. Acesso em: 21 set. 2021.

periódica da prisão preventiva vem sendo tratada na jurisprudência dos tribunais superiores desde a sua edição; e o exame da medida à luz da sua evolução na legislação e na doutrina, através da sua conceituação e exposição dos seus requisitos.

O trabalho possui caráter descritivo, tendo em vista que busca pormenorizar o instituto da prisão preventiva apresentando seu conceito, suas características, seus requisitos e a maneira com que é utilizado na prática judiciária. Quanto à natureza, trata-se de estudo aplicado, uma vez que objetiva a geração de conhecimentos na aplicação prática da prisão preventiva, contribuindo para solucionar a questão do excesso de prazo nessa medida.

Considerando que o estudo possui enfoque eminentemente teórico, utiliza-se da pesquisa doutrinária, jurisprudencial e da análise da construção legislativa sobre o tema com o intuito de extrair elementos para embasar as conclusões da presente monografia.

Ademais, a abordagem utilizada é a pesquisa qualitativa, uma vez que se pretende avaliar criticamente o posicionamento do STF com relação aos esforços para combater o excesso de prazo nas prisões preventivas.

Para isso, adota-se o método indutivo, valendo-se das hipóteses legislativas e doutrinárias e dos posicionamentos no âmbito do Poder Judiciário para alcançar a conclusão da pesquisa. Parte-se da fixação da tese acerca da interpretação do parágrafo único do artigo 316 do CPP pelo STF no julgamento da SL 1395/SP a fim de analisar a problemática da utilização abusiva da prisão preventiva.

No primeiro capítulo é traçado um panorama da legislação processual penal brasileira e sua conformidade ou não com um sistema acusatório, utilizando-se, para isso, do direito comparado e da análise dos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Busca-se contextualizar a ausência de prazo na prisão preventiva na legislação e na jurisprudência brasileiras.

Além de conceituar e caracterizar a referida medida de acordo com o CPP, o segundo capítulo reflete sobre a necessária existência de atualidade do *periculum libertatis* e a congruência da decisão do STF com esse requisito fundamental para a decretação da prisão cautelar. Em seguida, analisa-se as finalidades e as intenções do legislador ao inserir o parágrafo único ao artigo 316 do CPP.

Por fim, o terceiro capítulo se dedica a examinar as repercussões da falta observância da regra inserida no referido dispositivo e as consequências do excesso de prazo no que diz respeito às garantias fundamentais e à congruência do sistema

cautelar brasileiro com a Constituição Federal. Nesse sentido, analisa-se o papel do Poder Judiciário na sustentação desse contexto.

## 2 AS ORIGENS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O atual Código de Processo Penal brasileiro, o qual entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1942 propondo-se a conceber uma unidade processual, visto que, até então, eram os estados que possuíam competência para legislar sobre a matéria, inaugurou um sistema que foi apenas pincelado por traços acusatórios. Não por acaso, o Decreto-Lei nº 3.689 sobreviveu fortalecido ao período de atrocidades pelo qual atravessou o Brasil durante a ditadura militar, a partir de 1964.

Apesar de receber o acréscimo do artigo 3º-A pela Lei nº 13.964 de 2019 que expressamente afirma que o processo penal terá estrutura acusatória, o sistema processual brasileiro, conforme expõe Geraldo Prado, é traduzido apenas como aparentemente acusatório, visto que, a depender da situação, assume verdadeira face de procedimento inquisitório.<sup>4</sup>

Esse caráter autoritário do CPP e do sistema processual como um todo não foi atenuado pelas alterações introduzidas pela Lei nº 13.964. As modificações não foram suficientes, sequer, para afastar de modo superficial os traços inquisitórios do Código, o qual, no ano da promulgação da referida lei, já contava com mais de 77 anos em vigor.

Não obstante, em alguns casos, essa norma acabou por incluir dispositivos que mitigam princípios norteadores do sistema acusatório, como o da presunção da inocência, por exemplo, ao inserir no artigo 492 a permissão para a execução provisória da pena quando a pena máxima aplicada for igual ou superior a 15 anos, nos casos de competência do Júri.

Ademais, a própria necessidade de criação de uma lei que se propõe a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal - atingindo, na prática, esse objetivo ou não - que altera mais de 17 leis, incluindo dezenas de dispositivos do CPP e da LEP, traz à tona uma reflexão sobre a sustentabilidade de normas que precisam ser costuradas com novos retalhos para se adequarem à realidade fática.

Evidente que o processo penal brasileiro, no estágio em que se encontra, é passível de ser aprimorado através de mudanças legislativas positivas que busquem tal objetivo. Entretanto, para que haja um efetivo aperfeiçoamento, é necessário que se atinja o âmago daquilo que se pretende alterar, caso contrário, sempre haverá lugar

---

<sup>4</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

para a inefetividade das novas normas, uma vez que o espaço para a interpretação desses comandos pelo aplicador da lei também alcança os fundamentos que norteiam todo o sistema.

Apenas uma reforma genuína que alcance os seus fundamentos e suas finalidades, portanto, garantiria a efetividade dessas alterações, tornando necessário o protagonismo não só do Legislativo, mas também do Poder Judiciário, o qual, ao distorcer o sentido de uma norma garantista ou deixar de aplicá-la, acaba contribuindo para a manutenção das práticas ultrapassadas de um Código de Processo Penal que já conta com mais de 7 décadas de história.

Tal como a Lei nº 13.964 de 2019, a Lei nº 12.043 de 2011 também buscou aprimorar a legislação processual penal e adequá-la à realidade. Na ocasião, pretendeu-se reduzir a grande quantidade de determinação de prisões processuais através da inserção de diversas medidas cautelares alternativas.

Entretanto, apesar de ter representado uma modificação legislativa positiva, a situação da decretação excessiva de prisões preventivas não foi resolvida ou atenuada, mesmo após 10 anos da sua promulgação, tendo em vista que ainda há, no âmbito do Poder Judiciário, certa resistência na aplicação dessas medidas alternativas, revelando uma incontestável predileção pelo cárcere.

Isto posto, a despeito de alguns pontuais avanços introduzidos pelo Legislador através da Lei nº 13.964, dentre eles a necessidade de revisão da prisão preventiva a cada 90 dias, o papel do Poder Judiciário como garantidor da aplicabilidade dessas normas é decisivo na relação que envolve avanços e retrocessos entre esses dois Poderes.

## 2.1 A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Além da pretensão de conceber uma unidade processual, a criação do Código de Processo Penal de 1941 também representou os esforços de ruptura com Portugal, uma vez que, até então, as legislações processuais penais existentes no Brasil ou eram representadas pelas Ordenações portuguesas (Manoelinas e Filipinas) ou foram exprimidas em legislações que, a grosso modo, eram cópias das portuguesas, a exemplo do Código de Processo Criminal de 1832.

Nessa perspectiva, a despeito de toda a problemática imperialista que envolve o período de colonização portuguesa no Brasil, a ruptura com Portugal e a

evolução do processo penal, no que diz respeito, especificamente, a esse tipo de legislação, põe em dúvida se houve um desentranhamento para o progresso ou para a atrofia normativa em relação a esses dois países.

Com o intuito de demonstrar a necessidade de uma nova legislação, o Código de Processo Penal de Portugal (Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro de 1987) inicia apresentando os fundamentos da sua edição:

1. A urgência de uma revisão sistemática e global do ordenamento processual penal constitui um dos tópicos mais consensuais da experiência jurídica contemporânea. Reclamada pelos cultores da doutrina processual penal, ansiosamente aguardada pelos práticos do direito, a reforma do processo penal tem também persistido como um compromisso invariavelmente inscrito nos programas dos sucessivos governos constitucionais. Igualmente pacífica é hoje a convicção de que só uma nova codificação do direito processual penal poderá representar o início de uma resposta consistente aos múltiplos e ingentes desafios que neste domínio se colocam à sociedade portuguesa. Na verdade, de uma qualquer tentativa de revisão parcial da codificação ainda vigente mais não poderia esperar-se que o aumento da complexidade e a multiplicação das aporias, tanto no plano teórico como no da aplicação da lei. Iniciado em 1929, o ciclo de vigência do Código de Processo Penal anterior caracterizou-se por uma produção praticamente ininterrupta de novos diplomas legais em matéria de processo penal: umas vezes com o propósito de sancionar inovações a inscrever no próprio texto codificado, outras a engrossar o já incontrolável caudal das leis extravagantes. Tratou-se, além disso, de diplomas projectados em horizontes históricos vários, com diferente densidade ideológica e cultural, e, por isso mesmo, prestando homenagem a distintas concepções do mundo e da vida, do Estado e do cidadão, da comunidade e da pessoa, e portadores de programas político-criminais centrífugos e frequentemente antagónicos. O quadro esboçado agravou-se ainda com as reformas ditadas e introduzidas pelas transformações iniciadas em 25 de Abril de 1974. De tudo resultou um ordenamento processual penal minado por contradições, desfasamentos e disfuncionalidades comprometedores; um ordenamento onde, às dificuldades de identificação, na multidão de regulamentações sobrepostas, do regime concretamente aplicável, se somavam as emergentes da impossibilidade de referenciar um sistema coerente, preordenado à realização de uma teleologia claramente perspectivada e assumida.<sup>5</sup>

Observa-se que o legislador se preocupou em justificar a imprescindibilidade de uma nova lei no lugar de realizar revisões parciais em uma codificação que, dentre seus vários defeitos, já se encontrava ultrapassada. Sendo assim, o ponto de partida para a edição do CPP daquele país, ainda na década de 1980, foi a percepção do estado de obsolescência da lei antiga.

<sup>5</sup> PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87**. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. [2021]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/78/1987/p/cons/20211124/pt/html>. Acesso em: 25 set. 2021.

Não só isso, o novo código também trouxe a reflexão acerca da necessária congruência entre a Constituição e o CPP como forma de garantia da harmonia no ordenamento jurídico:

Importa referir, em segundo lugar, a Constituição da República e o Código Penal - dois diplomas que, pelo seu papel no contexto da ordem jurídica portuguesa, em muitos casos estreitam drasticamente o espectro das alternativas disponíveis, enquanto noutros casos predeterminam o sentido e o alcance das soluções a consagrar em processo penal. Assim, a Constituição da República elevou, por exemplo, à categoria de direitos fundamentais os princípios relativos à estrutura básica do processo penal, aos limites à prisão preventiva como medida que se quer decididamente subsidiária, à regularidade das provas, à celeridade processual compatível com as garantias de defesa, à assistência do defensor, ao juiz natural. Por seu turno, de entre os condicionalismos decorrentes do Código Penal pode salientar-se, desde logo, o que se prende com a sua fidelidade ao ideário socializador e que aponta por sua vez, por exemplo, para uma autonomia, ao menos relativa, do momento processual de determinação e de medida da pena.<sup>6</sup>

De modo diverso, o CPP brasileiro, o único da era republicana, buscou inspiração no *Codice Rocco* de 1930, Código de Processo Penal da Itália fascista de Mussolini. Apesar de ter entrado em vigor em 1º de Janeiro de 1942, ao contrário do processo de codificação dos colonizadores, os quais, antes, ditavam as nossas normas, foi apenas objeto de diversos projetos tendentes a reformá-lo, tentativas que restaram infrutíferas.

Desde a exposição de motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos, é possível observar que o contraste entre o sistema processual penal brasileiro e o português é identificado desde os seus fundamentos:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.<sup>7</sup>

Observa-se que a *ratio* para a criação do código foi o endurecimento das medidas repressivas, visando atenuar as garantias processuais que, até então, já eram insuficientes. Além disso, a exposição de motivos expressamente indica seu

<sup>6</sup> PORTUGAL, 2021.

<sup>7</sup> CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. 8 de setembro de 1941. In: EDUCAÇÃO, Saraiva. **Vade Mecum Penal**: Temático. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 330.

intuito de restringir a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e declara que “a decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz”.<sup>8</sup>

Certo de que estava indo na contramão dos movimentos processualistas garantistas da época, o então Ministro da Justiça Francisco Campos advertiu:

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente.<sup>9</sup>

Sendo assim, utilizando-se de argumentação fascista, o Decreto-Lei nº 3.689, em vigor até os dias atuais, aponta seu objetivo de manter um sistema de procedimento inquisitório que, de um modo geral, pretende reduzir ao mínimo as garantias processuais, a exemplo do tratamento dado ao instituto da prisão preventiva.

Alguns dos principais motivos de crítica ao sistema processual brasileiro se referem justamente à utilização excessiva e, sobretudo, à indeterminação do tempo dessa medida cautelar, a qual tem como uma de suas principais características a provisoriedade.

Ao longo da existência do CPP houve várias discussões e tentativas de se estabelecer um prazo máximo de duração dessa medida, a exemplo do PL nº 4.208/2001 que em seu art. 315-A previa que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”.<sup>10</sup>

Ocorre que tal dispositivo foi vetado e as demais tentativas de atrelar o prazo máximo de duração da prisão preventiva ao prazo de conclusão do processo quando o acusado estiver preso também restaram infrutíferas.

Sendo assim, a despeito das diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais e das tentativas de se estabelecer um substrato de regras

<sup>8</sup> CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. 8 de setembro de 1941. In: EDUCAÇÃO, Saraiva. **Vade Mecum Penal: Temático**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 330.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.208, de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=677918&filename=PRL+4+CSPCCO+%3D%3E+PL+4208/2001](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=677918&filename=PRL+4+CSPCCO+%3D%3E+PL+4208/2001). Acesso em: 20 set. 2021.



relacionadas ao prazo da prisão preventiva, este ainda se encontra indeterminado, criando margem para transformar esse tipo de prisão em verdadeira pena antecipada<sup>11</sup>, uma vez que o prolongamento da medida no tempo retira desta os seus atributos essenciais.

Em sentido antagônico, a legislação portuguesa, em seu artigo 215, fixa prazos máximos determinados para a extinção da prisão preventiva:

- 1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:
- a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;
  - b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
  - c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.<sup>a</sup> instância;
  - d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.<sup>12</sup>

Além desses, o CPP português também enumera diversas outras situações específicas em que se encontram prazos diferenciados ou possibilidades de dilação em tempo determinado.

Apesar de obter exemplos em sentido contrário no direito comparado, o Código brasileiro não foi capaz de determinar objetivamente os prazos para essa medida, e, ao que parece, os tribunais superiores vêm entendendo que a Lei nº 13.964 de 2019 também não pretendeu resolver o imbróglio, apesar de inserir o parágrafo único no art. 316, segundo o qual “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.”<sup>13</sup>

Ora, ainda que não determine objetivamente um prazo máximo para a prisão preventiva, se o referido dispositivo não teve a intenção de estabelecer um critério de razoabilidade temporal na aplicação da medida, ele poderia ser considerado letra morta se do descumprimento da regra não gerar qualquer consequência processual, como o reconhecimento da ilegalidade da prisão.

Isto posto, da análise das decisões recentes do STF e do STJ em relação ao tema, constata-se que há um aparente esforço em manter os fundamentos iniciais do CPP, o que, por todos os motivos expostos, merece atenção. Conforme leciona James Goldschmidt, o processo penal é o termômetro do grau de democracia ou de

---

<sup>11</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 935.

<sup>12</sup> PORTUGAL, 2021.

<sup>13</sup> BRASIL, 2021b.

autoritarismo de um Estado<sup>14</sup>, e se não há preocupação do legislador, e tampouco do Poder Judiciário, em se distanciar de premissas autoritárias, não há sequer congruência entre a lei processual e as garantias fundamentais.

## 2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PRISÃO PREVENTIVA

Segundo Cesare Beccaria, “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.<sup>15</sup> O trecho, datado de 1764, revela os aspectos embrionários do princípio da presunção da inocência, que é, antes de mais nada, um princípio norteador do processo penal.

Dentre as dimensões de eficácia de tal princípio no âmbito das prisões cautelares, destaca-se o dever de tratar o réu como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior ressalta que “a presunção de inocência não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares”, o que permite a coexistência entre ambos, sustentada, sobretudo, pelos princípios específicos das medidas cautelares.<sup>16</sup>

Sendo assim, esse princípio não causa, necessariamente, incompatibilidade com a prisão preventiva, tendo em vista que esta não se caracteriza ou não deveria se caracterizar como antecipação de cumprimento de pena, conforme vedação do art. 312, § 2º, do CPP, segundo o qual “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.<sup>17</sup>

Renato Brasileiro também se manifesta nesse sentido:

O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69 APUD LIMA, 2021. p. 47-48.

<sup>16</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 9.

<sup>17</sup> BRASIL, 2021b.

<sup>18</sup> LIMA, 2021. p. 49.

Isto posto, para além de não causar incompatibilidades, o respeito a esse princípio auxilia na própria garantia da utilização adequada da medida cautelar. Observada a presunção de inocência, verifica-se a sua contribuição para a concretização das finalidades genuínas da prisão preventiva, dentre as quais não se inclui a de condenar alguém antes da finalização do processo.

Já no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, este representa uma espécie de termômetro de análise da razoabilidade, um instrumento para conter os excessos do Poder Público, incluindo os abusos relacionados à prisão preventiva.<sup>19</sup> Ingo Sarlet vai além ao afirmar que esse princípio também inclui um dever ativo de proteção por parte do Estado perante os abusos de terceiros.<sup>20</sup>

Resta destacar que a proporcionalidade, formada pelo trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além de visar coibir a utilização atécnica da medida, também conduz a atuação do juiz na ponderação diante de cada caso concreto.<sup>21</sup>

A restrição imposta pela prisão preventiva atinge um campo sensível da liberdade do cidadão e por isso não pode ser aplicada de forma banalizada e mecânica. É imprescindível, portanto, que além da congruência com a legislação processual penal, a medida seja interpretada e utilizada conforme os ditames constitucionais, os quais preconizam, dentre outras garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana. São essas as balizas que devem guiar o intérprete da norma ao realizar a ponderação em cada caso. Nesse sentido, Lênio Streck explica:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> LIMA, 2021. p. 811.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>21</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, 2005. p. 180.

## 2.3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Outro princípio que transcende a esfera do processo penal e alcança o plano da salvaguarda dos direitos fundamentais é o da duração razoável do processo. A garantia da celeridade na tramitação, tanto no âmbito judicial como no administrativo, está constitucionalmente prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Tal direito está inserido no contexto do devido processo legal e, conforme leciona Aury Lopes Júnior, está calcado “no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo, no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados”.<sup>23</sup>

A proteção do custodiado contra as dilações indevidas do processo está garantida, inclusive, no âmbito dos instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8º – Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>24</sup>

Sobretudo no que se aplica à prisão preventiva, o direito à celeridade é, principalmente, a garantia fundamental para se encarar de forma justa um processo em que está em jogo um dos bens jurídicos mais caros: a liberdade pessoal. Na medida em que se amplia o período de uma prisão que tem como características a

<sup>23</sup> LOPES JR, Aury. A (de)mora jurisdicional no Processo Penal: O direito a um processo sem dilações indevidas. **Revista de Estudos Criminais - Doutrina Nacional**. Porto Alegre. v. 4, n. 15, jul./set. 2004. p. 70.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”). San José: OEA, 1969.

excepcionalidade e a provisoriedade, diminui-se a possibilidade de o acusado efetivar o seu direito de defesa e o próprio contraditório.<sup>25</sup>

Conforme aponta Aury Lopes Júnior, “a lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente”.<sup>26</sup> Diante disso, o prolongamento de uma prisão preventiva no tempo subtrai do acusado, na prática, as garantias decorrentes da presunção da inocência, tendo em vista que em não poucos casos fica à mercê do Poder Judiciário por anos enquanto permanece preso, o que torna o caráter temporário da medida quase inexistente nessas situações.

Havendo um prazo definido para a duração de uma medida ou para a prática de algum ato - como é o caso da realização de audiência de custódia com a presença do preso em flagrante, que deve ser feita em até 24 horas após a prisão -, as providências passíveis de serem realizadas para cessar a ilegalidade são mais facilmente identificáveis.

Nesse caso, se transcorridas as 24 horas e o acusado não tiver sido encaminhado ao juízo, o próprio Código de Processo Penal admite a condição de prisão ilegal e o seu consequente relaxamento:

Art. 310, § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.<sup>27</sup>

Entretanto, quando se trata de prisão preventiva não há consenso acerca da sua exata duração, situação que escancara um dos principais problemas dessa medida: a ausência de determinação no tempo.<sup>28</sup>

Se não há prazo definido na lei ou na jurisprudência acerca do tempo limite para a duração da medida, como seria possível determinar a partir de que ponto há excesso de prazo e quais as medidas disponíveis para sanar a ilegalidade? Apesar de existir uma vasta discussão doutrinária acerca dos prazos para a conclusão da instrução criminal, o fato é que não há consenso sobre essa imprecisão temporal.

---

<sup>25</sup> LOPES JR, Aury. A (de)mora jurisdicional no Processo Penal: O direito a um processo sem dilações indevidas. **Revista de Estudos Criminais - Doutrina Nacional**. Porto Alegre. v. 4, n. 15, jul./set. 2004. p. 65-86.

<sup>26</sup> Ibid. p. 69.

<sup>27</sup> BRASIL, 2021b.

<sup>28</sup> LIMA, 2021. p. 935.

Sendo assim, se um preso que foi encaminhado para a audiência de custódia, respeitado o prazo de 24 horas, tiver sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, a partir de então ele só terá a possibilidade de ter reconhecido eventual excesso de prazo através de juízo de razoabilidade realizado pelo magistrado, tendo em vista que não há na legislação processual um período de tempo objetivamente determinado para a finalização da medida.

Isso possibilita um amplo espaço de discricionariedade para o Poder Judiciário analisar a existência de eventual ilegalidade e abuso no uso desse tipo de prisão. Desse modo, declara Lenio Streck:

Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. [...] Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do Direito.<sup>29</sup>

Da análise dos HCs 174.741/SP e 172.321/SP<sup>30</sup>, ambos do STF e julgados no ano de 2020, observa-se que o Tribunal optou pelo provimento dos *habeas corpus* por entender que houve excesso de prazo após quase 2 anos de prisão preventiva no primeiro caso, e mais de 4 anos e 8 meses no segundo.

Ocorre que 2 anos representa parcela considerável da pena cominada nesses e em outros processos, a exemplo do próprio HC 174.741/SP, em que o réu cumpriu quase metade da pena de 4 anos e 20 dias de reclusão em prisão preventiva, fazendo com que o caráter provisório da medida se torne uma exceção e transformando sua utilização em verdadeira pena antecipada, o que descaracteriza, inclusive, as suas finalidades.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Segunda Extensão no Habeas Corpus 172.321/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=1534455299&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 174.741/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343395304&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

Por outro lado, restou decidido no AgRg no HC 196.720/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que “o período de dois anos não caracteriza excesso de prazo de constrição cautelar, quando o processo tramita regularmente, inclusive para a consecução de diligências pedidas pela defesa.”<sup>32</sup>

O caso supracitado trata de paciente denunciado por crimes da Lei de Drogas (nº 11.343/2006), a mesma que estabelece prazos determinados para a realização de todos os atos do processo, desde o período para a comunicação da prisão em flagrante ao juízo competente (24 horas) até o prazo para o cumprimento dos atos do escrivão (12 dias), o que totaliza 198 dias.<sup>33</sup>

Ainda que se argumente no sentido da defesa da ausência de peremptoriedade nesses prazos, o que restou decidido no AgRg no HC 196.720/SP foge de forma substancial ao que foi determinado na lei, vez que fixa que 2 anos, ou seja, quase quatro vezes o período ideal estabelecido na Lei nº 11.343 para a finalização do processo, não representa excesso de prazo.

Sendo assim, conforme os posicionamentos mais recentes do STF nas jurisprudências citadas e nas demais, não há nenhum parâmetro temporal linear no que diz respeito à verificação do excesso de prazo nas prisões preventivas. É considerado razoável, inclusive, um período de 2 anos de cárcere cautelar, o que, por todos os motivos expostos, não coaduna com os demais princípios, incluindo o da proporcionalidade e o da razoável duração do processo.

Diante do exposto, constata-se que a situação de “não-prazo” na duração da prisão preventiva e o espaço de discricionariedade que surge em decorrência disso não contribui para o distanciamento da legislação processual penal em relação às suas origens inquisitórias. Ao contrário, além de fortalecer uma política de encarceramento em massa que escancara uma espécie de segregação racial no atual formato do sistema prisional brasileiro, favorece um ambiente de insegurança jurídica ao permitir que o julgador, no uso da discricionariedade em razão da falta de

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 196.720/SP**. [...] Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346533541&ext=.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm). Acesso em: 01 out. 2021.

delimitação legislativa, atue de forma arbitrária, decidindo pela manutenção de prisões preventivas que perduram durante anos.

O cenário de arbitrariedade se torna ainda mais grave, todavia, quando apesar de existir uma norma garantidora da razoável duração do processo, o intérprete escolhe não a aplicar, conforme se verá adiante, deturpando seu sentido e se negando a contribuir para a desvinculação a um processo penal autoritário.



### 3 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A disciplina específica da prisão preventiva no CPP inicia-se no artigo 311, segundo o qual “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”<sup>34</sup>

É uma medida cautelar que pode ser decretada tanto na fase investigatória, desde que por ordem judicial, quanto no curso do processo, mesmo após o término da instrução criminal.<sup>35</sup> A ampla possibilidade de fases e o vasto período de tempo para ser aplicada são justificados na própria lei pela garantia de uma persecução criminal eficaz.

Isso inclui, dentre as hipóteses de aplicação enumeradas no artigo 312, a conveniência da instrução criminal e a salvaguarda da aplicação da lei penal. Segundo Eugênio Pacelli, esses requisitos fáticos são instrumentais, visto que o primeiro é justificado pela perturbação ao regular andamento do processo, como a intimidação de testemunhas, por exemplo, e o segundo pelo risco de fuga do acusado<sup>36</sup>, sendo estas as situações que podem fundamentar objetivamente a decretação da prisão preventiva.

Ocorre que, além dessas, o artigo 312 também lista mais duas hipóteses, as quais, diferentemente das anteriores, possuem uma carga de subjetividade muito mais elevada: a garantia das ordens pública e econômica, estando esta última relacionada aos crimes contra a ordem econômica.

Em meio às discussões e diversas correntes doutrinárias que buscam esclarecer o conteúdo dessas duas circunstâncias, segue o entendimento do STF no julgamento do HC 89.090/GO:

Quanto ao requisito da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção

---

<sup>34</sup> BRASIL, 2021b.

<sup>35</sup> LIMA, 2021. p. 918.

<sup>36</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 453.

tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar.<sup>37</sup>

Por se tratar de uma medida que visa restringir a esfera da liberdade do acusado da maneira mais severa que o ordenamento jurídico permite, a legislação aponta inúmeros requisitos para que só então seja justificada a necessidade de se privar a liberdade de um indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ressalte-se que a prisão preventiva é espécie de prisão processual, e por isso não deve ser tratada como pena, uma vez que o Estado ainda não está autorizado a utilizar seu *ius puniendi* já que o acusado sequer foi condenado, não havendo nenhuma brecha na lei que permita a aplicação da prisão pena antes da efetiva conclusão do processo.

Em verdade, na prática, a prisão no Brasil, no que diz respeito ao seu caráter “dessocializador”, não distingue a prisão pena da prisão processual, tornando o segundo caso ainda mais grave, pois submete o acusado às condições negativamente conhecidas do sistema prisional brasileiro quando ainda não foi sequer condenado, o que inclui a possibilidade de, ao fim do processo, obter a absolvição ou a condenação a pena diversa da privativa de liberdade.

Nesse sentido, Cernelutti, citado por Aury Lopes Júnior, assinala a importância da necessidade de cautela na utilização desse tipo de medida:

As exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justa, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!<sup>38</sup>

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 89.090/GO**. [...] Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de novembro de 2006. p. 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489890>. Acesso em: 03 out. 2021.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. v. 2, pág. 75. APUD LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 19.

Destarte, tendo em vista a gravidade da medida, além de estabelecer que esta só pode ser adotada para resguardar a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, o CPP também exige a presença simultânea do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, assim dizendo a “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.<sup>39</sup>

Ademais, o artigo 313 aponta taxativamente as situações em que será permitida a decretação desse tipo de prisão, o que inclui, dentre outros, os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Além disso, o §1º do artigo 312 também autoriza a sua aplicação quando houver descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Observa-se, portanto, que a construção legislativa que culminou no capítulo atinente à prisão preventiva no CPP, na forma em que se encontra atualmente, ressalta a excepcionalidade do emprego desse tipo de cárcere, o que pode ser verificado, também, a partir da leitura do artigo 282, § 6º, segundo o qual:

Art. 282, § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.<sup>40</sup>

Entretanto, a realidade fática do sistema prisional brasileiro aponta que a excepcionalidade da utilização da medida está sólida apenas no terreno legislativo. Conforme dados do SISDEPEN referentes ao período de julho a dezembro de 2020, a quantidade total de presos custodiados no sistema penitenciário brasileiro era de 807.145, sendo 234.845 deles presos sem condenação, o que representa cerca de 29% da população carcerária, quando a capacidade para presos provisórios era de apenas 155.368 custodiados.<sup>41</sup>

O dado se torna ainda mais alarmante ao verificar que a superpopulação carcerária nesse período era de 262.085 presos custodiados no sistema penitenciário,

---

<sup>39</sup> BRASIL, 2021b.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> BRASIL. **Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN**. Brasília: Ministério da Justiça/DEPEN, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2020.xls>. Acesso em: 05 out 2021.

número que seria reduzido drasticamente caso não houvesse tantos presos provisórios aguardando julgamento.<sup>42</sup>

Em pesquisa realizada nos estados da Bahia e de Santa Catarina entre os anos de 2008 e 2012, o IPEA apresentou os dados referentes à porcentagem de réus por ocorrência de prisão preventiva nos crimes de furto, roubo e tráfico, fosse ela convertida ou decretada. No estado da Bahia, 77,1% eram réus com prisão preventiva, enquanto que em Santa Catarina esse número representava 70,7%.<sup>43</sup>

Diante da análise desses dados, conclui-se que a excepcionalidade na aplicação da medida está garantida apenas na letra da lei, uma vez que na prática ela se torna elemento central na espetacularização do processo penal, transformando-se em instrumento de apaziguamento da opinião pública para fornecer uma aparente sensação de justiça à sociedade.<sup>44</sup>

Evidente que o clamor público não constitui fundamento idôneo a ensejar a decretação dessa modalidade de prisão. Mas é preciso se atentar às decisões judiciais que, apesar de a legislação ser clara no sentido de consagrar a medida como excepcional, se utilizam das brechas de subjetividade proporcionadas pela opção do legislador ao empregar termos como a “garantia da ordem pública e econômica” para decretá-la de modo arbitrário e excessivo.

### 3.1 CONTEMPORANEIDADE DO *PERICULUM LIBERTATIS*

Apesar de inserida textualmente no CPP pela Lei nº 13.964 de 2019, a necessidade de motivação e fundamentação da decretação da prisão preventiva em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos não é requisito inédito para a utilização da medida.

Considerando o contexto da legislação, inclusive na forma anterior às alterações da lei supramencionada, já existia interpretação consolidada dos Tribunais Superiores no sentido de assegurar a aplicação da medida apenas quando houvesse

<sup>42</sup> BRASIL. **Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN**. Brasília: Ministério da Justiça/DEPEN, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2020.xls>. Acesso em: 05 out 2021.

<sup>43</sup> BRASIL. **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)** / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Brasília: Ministério da Justiça/IPEA, 2015 (Série pensando o direito nº 54).

<sup>44</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 19.

contemporaneidade no perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, conforme é possível verificar em decisão do STJ que reconheceu a situação de ilegalidade de prisão pelos seguintes motivos:

[...] embora fundamentado na gravidade concreta e reiteração delitiva, o decreto de prisão carece de contemporaneidade aos fatos ensejadores da prisão, uma vez que, ao contrário do asseverado pela decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória, foi expedido mais de dois anos depois dos fatos delituosos imputados à paciente, mediante representação da autoridade policial, o que configura flagrante constrangimento ao direito de ir e vir da paciente.

Pacífico é o entendimento de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar: HC 214921/PA - 6ª T - unânime - Rel. Min. Nefi Cordeiro - DJe 25/03/2015; HC 318702/MG - 5ª T - unânime - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - DJe 13/10/2015.

Deste modo, a falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a inocorrência de fatos novos a justificar, nesse momento, a necessidade de segregação, torna a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade.<sup>45</sup>

Não poderia ser de outra forma, uma vez que a utilização da medida é revestida pelo atributo da excepcionalidade, devendo ser aplicada apenas quando for a única providência capaz de frustrar o perigo real. Se a situação ensejadora da aplicação da cautelar fizer referência a fatos de meses ou anos atrás, eventual perigo atual não seria real, mas meramente hipotético, motivo que não autoriza sua decretação. Nesse sentido, afirma Gustavo Badaró:

No caso do processo penal, por meio da tutela cautelar se busca conservar um estado de fato (por exemplo, sequestrando o bem que seja proveito do crime) ou impor determinada constrição a direitos do acusado (por exemplo, a prisão preventiva ou a proibição de ausentar-se do país), evitando que o longo tempo do processo possa gerar a inutilidade ou ineficácia do provimento final, no caso, de provável sentença penal condenatória.<sup>46</sup>

A existência de *periculum libertatis*, portanto, não pode ser presumida, daí a exigência reiterada da lei em favor de uma ampla fundamentação revestida pela comprovação da contemporaneidade do perigo.

Nesse sentido, em acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no HC 179.859/RS, no ano de 2020, o STF decidiu por manter a revogação da prisão

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 414.615/TO**. [...] Relator: Min. Nefi Cordeiro, 17 de Outubro de 2017. p. 6-7. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1647089&num\\_registro=201702216137&data=20171023&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1647089&num_registro=201702216137&data=20171023&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>46</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 939.

preventiva decretada em desfavor do paciente sob o argumento da ausência de contemporaneidade do *periculum libertatis*.

No caso citado, os fatos imputados à agravada teriam ocorrido entre os anos de 2012 e 2016, tendo o paciente permanecido em situação de liberdade por quase 2 anos até ter a prisão preventiva decretada pela segunda vez, o que, na visão do relator, é fundamento suficiente para comprovar a desnecessidade da medida, vez que não houve, no período em que permaneceu em liberdade, “quaisquer prejuízos para a aplicação da lei penal ou para o devido andamento da instrução criminal”.<sup>47</sup>

Se não há, portanto, qualquer fato novo que justifique a aplicação da medida, ela se torna desnecessária, tendo em vista a impossibilidade de sustentar o argumento de que há contemporaneidade nos fundamentos que existiam há quase 3 anos contados da data da referida decisão.

Ocorre que a questão não é pacificada, sequer, no âmbito do próprio STF. Em sentido contrário ao exposto, a Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática, negou seguimento ao HC 179.315/RS por entender que há contemporaneidade na fundamentação de decretação de prisão preventiva após quase 2 anos da ocorrência dos fatos imputados ao paciente.<sup>48</sup>

### 3.2 A INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO NO ARTIGO 316 DO CPP

Dentre as alterações realizadas pela Lei nº 13.964, destaca-se a inclusão ao artigo 316 do parágrafo único, segundo o qual “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.”<sup>49</sup>

Esse dispositivo surge com o evidente propósito de atenuar os efeitos nefastos do excesso de prazo nas prisões preventivas ao estabelecer a obrigatoriedade de revisão periódica da medida. A sua inclusão relembra as tentativas

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 179.859/RS**. [...] Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de Março de 2020. p. 5-6. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343579599&ext=.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 179.315/RS**. [...] Relatora: Min. Cármen Lúcia, 16 de Dezembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342023034&ext=.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>49</sup> BRASIL, 2021b.

embrionárias do CNJ de institucionalizar métodos de revisão das prisões, sejam elas provisórias ou definitivas.

Em 2009, diante do crescimento do número de presos provisórios e da necessidade de aprimorar o sistema de acompanhamento dessas prisões pela frequente ocorrência de excesso de prazo, o CNJ editou, em 27 de Janeiro daquele ano, a sua Resolução nº 66. Tal ato normativo determinava que “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.”<sup>50</sup>

A partir de então, verifica-se um esforço embrionário para estabelecer mecanismos de controle da duração das prisões provisórias, mesmo que apenas no âmbito administrativo, inaugurando uma conscientização institucional acerca da importância da observância de prazos razoáveis para a concretização dessas medidas.<sup>51</sup>

Posteriormente, ainda naquele ano, o CNJ e o CNMP editaram a Resolução Conjunta nº 1 que determinava a revisão periódica anual da legalidade da manutenção das prisões provisórias, através da reavaliação da duração e dos fundamentos que a motivaram<sup>52</sup>, aumentando, porém, o período para a realização desse reexame.

Por sua vez, a novidade inserida no parágrafo único do artigo 316 do CPP forneceu normatividade à obrigatoriedade de revisão das prisões preventivas a cada 90 dias, reduzindo, inclusive, o período proposto pela Resolução Conjunta nº 1. Insta ressaltar que apesar de ter sido incluída no capítulo que versa sobre a prisão

---

<sup>50</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66 de 27 de Janeiro de 2009**. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Brasília: CNJ, 2010. art.3º. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_comp\\_66\\_27012009\\_08042019135736.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_66_27012009_08042019135736.pdf). Acesso em: 07 out. 2021.

<sup>51</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A revisão periódica da prisão preventiva no direito processual penal brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**, v. 8, 2. ed., 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/109106/60180>. Acesso em: 09 out. 2021.

<sup>52</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009**. Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Brasília: CNJ; CNMP. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

preventiva, nada impede que a necessidade de revisão seja aplicada a todas as outras medidas como forma de aprimorar o sistema cautelar.<sup>53</sup>

No que diz respeito à redação do dispositivo, não restam dúvidas acerca da obrigatoriedade da determinação, transcendendo o campo de mera conveniência do julgador, o qual deverá proceder de ofício à revisão da necessidade de manutenção da medida, sob pena tornar a prisão ilegal.

A lei não estabeleceu qualquer situação de exceção que autorize a não realização da revisão, sendo o parágrafo único essencialmente objetivo, inclusive quanto à consequência da falta de execução da providência estipulada: caso não haja o reexame da prisão preventiva a cada 90 dias, estar-se-á diante de prisão ilegal, a qual, evidentemente, deve ser relaxada.

Conforme já mencionado, o excesso de prazo representa uma das maiores, se não a maior, falhas da tutela cautelar brasileira, impedindo a própria efetivação do sistema, o qual, nas condições em que se encontra atualmente, não está de acordo com seu propósito. Ao contrário, cumpre de maneira deficiente o papel de verdadeira pena.

Nesse sentido, a novidade legislativa representou um avanço em termos de controle da duração razoável das prisões preventivas, o que permite a conformidade da medida com os princípios constitucionais e com os requisitos legais do artigo 312, sobretudo no que diz respeito à contemporaneidade do *periculum libertatis*.

É no sentido de garantir a atualidade da situação de perigo de liberdade do acusado que é demonstrada a importância da inclusão do dispositivo. Ao exigir a contemporaneidade do *periculum libertatis* para justificar a aplicação da medida, o § 2º do artigo 312 se encontra em perfeita sincronia com a novidade legislativa, tendo em vista que só é possível garantir a atualidade dos fundamentos caso haja fundamentação periódica da decisão que determina a prisão preventiva.

Sendo assim, caso haja fundado perigo na situação de liberdade, este deverá ser revisitado a cada 90 dias, conforme determina o parágrafo único do artigo 316, o que garante, por si só, a prevenção de eventual excesso de prazo e, também, a contemporaneidade do *periculum libertatis*, requisito para a decretação da medida.

---

<sup>53</sup> LIMA, 2021. p. 951.



### 3.3 O ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DA SL 1395/SP

Apesar de ser objetivo, o novel parágrafo único do artigo 316 vem sendo tratado de maneira controversa no âmbito dos Tribunais Superiores.

No bojo do HC 191.836/SP em que o paciente requereu a revogação da decretação da prisão preventiva em razão do descumprimento da regra inserida no parágrafo único do artigo 316, o Ministro-Relator Marco Aurélio deferiu o pedido liminar e determinou a expedição de alvará de soltura, firme nas seguintes razões:

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.<sup>54</sup>

Ocorre que a decisão monocrática do ministro foi logo suspensa em razão do ajuizamento da Suspensão de Liminar nº 1.395, na qual foi fixada a seguinte tese: “a inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.”<sup>55</sup>

Sendo assim, o plenário do STF decidiu que o descumprimento da regra do dispositivo, apesar de expressamente declarar que torna a prisão ilegal, não gera qualquer consequência jurídica relevante para o preso, a não ser a determinação de reavaliação da medida ao juízo, vencida a posição do relator do HC por 9 votos a 1.

Conforme alertado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto no HC 191.836/SP, “onde o texto da lei é explícito, não cabe interpretação”.<sup>56</sup> Nesse caso,

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 02 de Outubro de 2020. p. 3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.395/SP**. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. p. 3. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754954657>. Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de Novembro de 2020. p. 10. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

além de estabelecer que a revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva é um dever e não uma faculdade do juiz, o parágrafo único do artigo 316 determina que o seu descumprimento gera a ilegalidade da prisão.

Observa-se que além de se recusar a aplicar a letra da lei, a Corte se afastou de uma perspectiva ampla da norma, a qual deveria apontar para a conformidade com os princípios constitucionais e com a realidade fática do sistema prisional brasileiro. Em sentido contrário, no julgamento do caso citado, o STF demonstra aparente esforço em barrar as inovações do legislador, atuando fora de suas competências.

Se o propósito do parágrafo único não fora estabelecer um dever ao juízo de “revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”, qual seria a sua utilidade no sistema jurídico? Acerca disso, afirma o Ministro Marco Aurélio em seu voto no HC 200.599/SP:

O legislador foi explícito ao cominar consequência para o extravasamento dos 90 dias sem a formalização de ato fundamentado renovando a custódia. Previu, na cláusula final do parágrafo único do artigo 316, que, não havendo a renovação, a análise da situação do preso, a prisão surge ilegal. A tanto equivale, sem sombra de dúvida, a cláusula final: “[...] sob pena de tornar a prisão ilegal.”<sup>57</sup>

Em sentido diametralmente oposto, na visão de Alexandre de Moraes, redator do voto que inspirou a posição dos demais ministros da Primeira Turma no HC 191.836/SP, com exceção de Marco Aurélio, o referido dispositivo não possui de forma alguma intenção de conceder liberdade provisória aos que não tenham sua prisão preventiva revisada a cada 90 dias, sugerindo que o descumprimento da regra gera apenas a determinação para que o Poder Judiciário realize a revisão da medida<sup>58</sup>, sem indicar qualquer consequência relevante.

Em caso semelhante, o supradito ministro indeferiu ordem de *habeas corpus* por entender que não havia constrangimento ilegal que justificasse hipótese de relaxamento da prisão com base no parágrafo único do artigo 316, tendo em vista

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 200.599/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de Junho de 2021. p. 10. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347191623&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de Novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

que naquele caso concreto o STJ já havia recomendado ao juízo de origem a realização da revisão dos fundamentos da prisão, apesar deste ter se mantido inerte até então.<sup>59</sup>

Diante disso, o problema da morosidade judicial inaugura uma nova forma de fazer reféns os acusados/réus sem qualquer tipo de contrapartida: a possibilidade de dilação ilimitada do prazo para a revisão da prisão preventiva, apesar de este ser objetivamente delimitado na lei.

Resta salientar que não se discute aqui a análise da conveniência na aplicação da prisão preventiva de acordo com os fundamentos passíveis de justificá-la. O intuito da medida é garantir as ordens pública e econômica, a aplicação da lei e o interesse da instrução criminal. Eventual risco de fuga do agente, por exemplo, poderia ensejar a decretação de prisão preventiva para fins de assegurar a aplicação da lei penal e, até mesmo, a proteção às vítimas.

Entretanto, o CPP também é claro ao exigir intensa fundamentação para a utilização desse tipo de prisão, reivindicando, inclusive, o caráter de atualidade no risco do estado de liberdade do acusado/réu, o que pode ser garantido através da revisão a cada 90 dias dos fundamentos que a oportunizaram, visto que passado tal lapso temporal as justificativas iniciais deixam de ser atuais.

Nesse sentido, com o intuito de justificar a necessidade da prisão preventiva do paciente no HC 191.836/SP, o qual deu origem à SL 1395/SP, Alexandre de Moraes recorre à periculosidade do agente para fundamentar a aplicação da medida:

No caso, há risco de grave lesão à ordem e à segurança pública. Inegável, a meu ver, com todo o respeito às posições em contrário, que a manutenção da soltura, da liberdade do paciente, inclusive desrespeitando as condições fixadas – evadiu-se do próprio domicílio que ele indicou –, compromete a ordem e a segurança pública.<sup>60</sup>

Ocorre que não há óbice para que os fundamentos supracitados justifiquem a necessidade da medida naquele caso concreto. Ao contrário, são razões idôneas

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 191.793/BA**. [...] Relator: Min. Alexandre de Moraes, 03 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344610462&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de Novembro de 2020. p. 29. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

que podem ser alvo de verificação a cada 90 dias, conforme dita o parágrafo único do artigo 316, ensejando eventual manutenção da prisão.

### 3.4 IMPOSSIBILIDADE DE REANÁLISE AUTOMÁTICA

Apesar de restar evidente que a finalidade da tese fixada pelo STF foi a de declarar a impossibilidade da colocação automática do preso cautelar em liberdade, insta registrar a impropriedade na utilização do termo “revogação” pela Corte, uma vez que, tecnicamente, esse instituto só poderia ser utilizado quando não mais presentes os pressupostos que autorizaram a prisão preventiva.

Manifestando-se em defesa da atual posição do STF, Norberto Avena declara:

Em outras palavras, são critérios de razoabilidade e de proporcionalidade os que devem incidir na interpretação da norma, não sendo coerente presumir o desaparecimento dos fundamentos que inspiraram a decretação da custódia em face da mera passagem do tempo legalmente estipulado para sua revisão, como se tal inatividade fosse sugestiva de desídia judicial, ou, pior, de que, com o não reexame, estivesse o Juízo, intencionalmente, buscando tergiversar não persistência dos motivos da prisão.<sup>61</sup>

Assiste razão, em parte, o referido doutrinador, uma vez que se não houve sequer a reanálise da necessidade da medida, não é possível declarar, num primeiro momento, que os seus pressupostos autorizadores simplesmente deixaram de existir, o que faz com que não haja, de fato, autorização para a revogação da prisão.

A revogação só é utilizada quando os fundamentos que justificaram a prisão preventiva deixarem de existir concretamente e, conseqüentemente, desaparecer o *periculum libertatis*, estando este baseado em um suporte fático.<sup>62</sup> Destarte, não é possível admitir que a ausência de revisão da medida por parte do juízo altere, por si só, a realidade da situação de perigo causada pela liberdade do imputado, exceto pela ausência de atualidade desse perigo, o que não foi sequer considerado na construção da argumentação em favor da tese.

Sendo assim, seria possível se contrapor à opinião da maioria dos ministros e defender a revogação automática da medida caso se argumentasse pelo desaparecimento da atualidade do *periculum libertatis*. Ocorre que o próprio dispositivo declara que a falta de revisão da medida é apta a gerar a sua ilegalidade,

<sup>61</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 1056.

<sup>62</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

o que, em tese, causaria o relaxamento da prisão, e não a sua revogação, conforme dita o art. 5º, LXV, da CRFB/88, segundo o qual “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.<sup>63</sup>

Observa-se que a intenção da Corte Suprema não foi declarar uma espécie de pleonasma, tendo em vista que o transcurso do prazo de 90 dias não acarreta a extinção fática dos fundamentos da prisão, sobretudo considerando que a posição majoritária do STF não observou a ausência de atualidade, mas impedir que esses presos se encontrem em liberdade, não permitindo, sequer, o relaxamento da prisão, medida adequada à situação.

Desse modo se manifesta o ministro redator do acórdão no HC 191.836/SP, ao tecer considerações acerca dos dispositivos que inseriram no CPP a audiência de custódia e a obrigatoriedade de revisão da prisão preventiva:

São dois dispositivos que não pretendem liberar automaticamente os presos. Não pretendem, como algumas pessoas falam: “liberar geral”. Não! Pretendem verificar quem realmente precisa continuar encarcerado preventivamente. Na audiência de custódia, uma análise em relação, principalmente, às prisões em flagrante. E quanto ao parágrafo único do art. 316, a ideia é que, após um prazo de 90 dias, se analise, pelo menos, a manutenção das condições que geraram a decretação da prisão.<sup>64</sup>

Destarte, conforme leciona Eugênio Pacelli:

De outro lado, vale registrar que, havendo excesso de prazo na prisão preventivamente decretada, o tribunal, por via do *habeas corpus* ou mesmo de recurso nominado, deverá cassar a decisão, determinando o relaxamento da prisão, cuja continuidade já seria ilegal. É de se observar, ainda, que, ao contrário do relaxamento, a revogação da prisão preventiva, que tanto pode ser decidida pelo juiz que a decretou quanto pelo tribunal, em grau de revisão (reforma), deverá ter por fundamento a falta de motivo para que subsista, nos termos do art. 316 do CPP. Nessa oportunidade, entendendo o juiz ou o tribunal que o caso não é de revogação, mas de substituição da cautela, poderá ser imposta outra medida cautelar do art. 319, CPP.<sup>65</sup>

Conclui-se, portanto, que eventual inobservância da necessidade de revisão periódica da prisão preventiva provoca uma situação de ilegalidade por excesso de prazo, o que deveria acarretar automaticamente o relaxamento da prisão, e não a sua revogação.

<sup>63</sup> BRASIL, 2021a.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de Novembro de 2020. p. 33. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>65</sup> PACELLI, 2021. p 483.

Feitas as considerações acerca da utilização equivocada do termo, na sustentação da sua posição, Alexandre de Moraes reafirma a impossibilidade de colocação imediata do preso em liberdade diante do descumprimento da regra. Entretanto, ao manter esse posicionamento, o STF permite, mesmo que indiretamente, uma reanálise automática dos fundamentos para a manutenção da medida, caminhando em direção diametralmente oposta ao determinado na lei, a qual expressamente exige intensa fundamentação para tanto.

Também foi nesse sentido que se posicionou o Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE) através de uma Comissão Especial que interpreta dispositivos da Lei nº 13.964, ao editar o enunciado 35, segundo o qual:

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.<sup>66</sup>

Há, portanto, manifesta incompatibilidade entre a exigência de uma decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal, e a atuação inerte do juízo ao não realizar a fundamentação devida, tendo em vista que a consequência da morosidade é a manutenção de uma prisão preventiva que carece de justificativa atual.

Ademais, na tentativa de mitigar o dispositivo, foram ajuizadas as ADIs 6.581 e 6.582, que foram apensadas, as quais pretendem a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 316. Na segunda ação, a requerente argumenta que a exigência do prazo de 90 dias não cria direito ao preso de ser posto em liberdade automaticamente, mas de ter revisada a medida, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>67</sup> Já as razões da primeira apontam para a incompatibilidade da regra com a “capacidade institucional

<sup>66</sup> GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM); GRUPO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPGE). **Comissão Especial**: Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). 2020. Enunciado 35. p. 9. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 11 out. 2021.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.582/DF**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 15 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344712834&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

da magistratura”<sup>68</sup>, tendo em vista que a exigência de revisão periódica da prisão preventiva cria uma demanda incalculável para o juízo.

Ocorre que, sob o argumento do abarrotamento de tarefas do Poder Judiciário, também não parece razoável que, no sentido argumentativo da tese fixada pelo STF, o transcurso do prazo de 90 dias gere apenas determinação ao juízo para que proceda à reanálise.<sup>69</sup> De uma forma ou de outra, o Poder Judiciário ficaria atulhado de incumbências: seja no recebimento de milhares de *habeas corpus* alegando o descumprimento da regra ou de determinações para revisar os fundamentos da medida de forma imediata.

É preciso reiterar que o Poder Judiciário não pode transferir as consequências dos seus lapsos aos jurisdicionados, e não há razões para a resistência da Corte Suprema em aplicar uma norma que visa garantir a dinamicidade dos processos judiciais, apontando para o lado oposto ao sobrecarregamento.

Além disso, a aceleração da dinâmica processual como consequência da utilização correta da norma garante, sobretudo, direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como a duração razoável e um processo sem dilações indevidas, evitando que o parágrafo único não se torne mero ato burocrático.<sup>70</sup>

### 3.5 ENTENDIMENTO DO STJ

Apesar de o STF ter referendado a decisão na SL 1395/SP apenas em 15 de outubro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça também já vinha decidindo neste sentido, a exemplo do acórdão no Agravo Regimental no HC 577.645/MA, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em que se decidiu pela ausência de peremptoriedade no prazo de 90 dias:

5. Ora, é certo que em respeito ao princípio da dignidade humana, bem como ao da presunção de não culpabilidade, o reexame da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva deve ser realizado a cada 90 dias, nos termos da novel norma processual. Contudo, não se trata de termo

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.581/DF**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 15 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344712831&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 02 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>70</sup> ANDRADE; BRANDALISE, 2020.

peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade.

6. Agravo regimental não provido. **Recomenda-se**, entretanto, ao Juízo processante, que revise, imediatamente, a necessidade da manutenção da prisão, nos termos do que determina o art. 316 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019.<sup>71</sup> (grifo nosso)

Ao passo em que reconhece a imprescindibilidade dos princípios da dignidade humana e da presunção de inocência, além de admitir como um dever e não como uma faculdade do juízo a reavaliação dos fundamentos da prisão preventiva, a decisão inadmite a condição de ilegalidade da prisão e procede à mera recomendação para que haja o cumprimento da norma pelo juízo processante.

Em seu voto, o relator do acórdão reforça que eventual atraso na realização da determinação do parágrafo único não implica na automática colocação do custodiado cautelar em liberdade<sup>72</sup>, tal como posteriormente fixado pelo STF na SL 1395/SP.

Tendo em vista que a observância da regra vem sendo tratada como mera recomendação pelo próprio Tribunal, sem qualquer consequência jurídica relevante em face do seu descumprimento, a expressão “eventual atraso” aparenta um eufemismo, uma vez que o excesso de prazo nas prisões preventivas pode ser entendido como regra no sistema cautelar brasileiro.

Decisão semelhante ocorreu no HC 589.571/SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, em que apenas se recomendou ao juízo de origem que revisasse a necessidade de manutenção da prisão, com base na tese fixada pelo STF.<sup>73</sup>

Observa-se, portanto, que a mitigação do comando contido no parágrafo único do artigo 316 do CPP tornou-se regra no âmbito dos Tribunais Superiores. O termo “deverá”, presente no dispositivo, parece ter sido substituído pelos intérpretes da norma pela expressão “poderá”.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 577.645/MA**. [...] Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 26 de Maio de 2020. p. 2. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1946006&num\\_registro=202001004447&data=20200602&peticao\\_numero=202000311642&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1946006&num_registro=202001004447&data=20200602&peticao_numero=202000311642&formato=PDF).

Acesso em: 13 out. 2021.

<sup>72</sup> Ibid., p. 6.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 589.571/SP**. [...] Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 03 de Novembro de 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=117742606&registro\\_numero=202001442065&peticao\\_numero=1&publicacao\\_data=20201123&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=117742606&registro_numero=202001442065&peticao_numero=1&publicacao_data=20201123&formato=PDF). Acesso em: 14 out. 2021.



Para além de uma discussão meramente semântica, o STJ está aquém no que diz respeito às consequências da ausência de revisão periódica. Se de um lado, no julgamento da SL 1395 no STF, Alexandre de Moraes defendeu que a “inobservância por parte do juiz tem a obrigatoriedade da determinação que imediatamente o Poder Judiciário faça essa reanálise”<sup>74</sup>, de outro, a Corte Superior vem abrandando os efeitos do descumprimento da regra, restringindo-se a fazer recomendações em seus acórdãos, não por acaso, evitando o uso de termos imperativos nas decisões.

---

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.395/SP. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 21 set. 2021. APUD BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de Novembro de 2020. p. 35. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

#### 4 REPERCUSSÕES DO EXCESSO DE PRAZO

Resta evidente que o propósito do parágrafo único do artigo 316 não foi criar um prazo fatal para a prisão preventiva, à semelhança do que ocorre na prisão temporária. Para esta última, o artigo 2º da Lei nº 7.960/1989 é explícito ao determinar que “terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.<sup>75</sup>

A opção do legislador por fixar um período de revisão da prisão preventiva elucida a necessidade de se estabelecer ao menos um parâmetro objetivo para a verificação do excesso de prazo. Sendo assim, a norma permite que os fundamentos que justificaram a aplicação da medida sejam revalidados a cada 90 dias, autorizando que dure por tempo indeterminado, o que também merece críticas.

Nesse sentido, é necessário ir além da constatação de que o preso provisório não pode pagar de forma mais grave do que pagaria em eventual condenação futura<sup>76</sup>, uma vez que é necessária a proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena cominada, conforme defende Badaró.<sup>77</sup>

Apesar de assistir razão o eminente doutrinador, para que a prisão preventiva atue como efetiva medida cautelar e coexista com os princípios da presunção de inocência, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana, dentre outros, resta imprescindível que além de não representar consequência mais gravosa que a própria condenação, não corresponda a uma parcela significativa desta, visto que, assim o sendo, incorre em antecipação da pena.

A indeterminação legislativa acerca do tempo para esse tipo de prisão processual simplifica a atuação arbitrária do Poder Judiciário na banalização do excesso de prazo, sobretudo quando justificado pela complexidade da causa ou, ainda, pelo abarrotamento de tarefas, argumentos comumente utilizados para justificar a manutenção por anos de prisões cautelares.

---

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em: 19 out. 2021.

<sup>76</sup> ZAPPALÀ, E. **Le misure cautelari. Diritto processuale penale**. v. 1. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996.

<sup>77</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, p. 381-408, jan./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>. Acesso em: 20 out. 2021.

Não faltam exemplos de processos em que se observa um preso provisório submetido à prisão preventiva por anos. Em alguns casos, mais raros, por um período espantosamente longo, como o do HC 126.163/PE, em que o paciente, réu pronunciado, permaneceu preso preventivamente por mais de 6 anos enquanto aguardava julgamento no Tribunal do Júri, quando finalmente teve soltura determinada em 16 de dezembro de 2016, por decisão do Ministro Relator Celso de Mello.<sup>78</sup>

Apesar de manifesta a abusividade no período da aludida medida, não foi esse o entendimento do Ministério Público Federal na ocasião, o qual opinou pela denegação do *habeas corpus* por não reconhecer excesso de prazo:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO A JUSTIFICAR A REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.<sup>79</sup>

Evidente que o caso supracitado representa uma situação atípica, mas não inédita, que reflete a morosidade situacional no Poder Judiciário, sobretudo em momento anterior à alteração introduzida pela Lei nº 13.964 de 2019. A ocorrência desse e de outros casos, como os citados nos HCs 174.741/SP e 172.321/SP, escancaram a abusividade em razão de entraves administrativos no cerceamento da liberdade daqueles que ainda não são considerados culpados.

À vista disso, o prolongamento da medida no tempo e o consequente excesso de prazo gera uma dupla impropriedade: a prisão preventiva se torna pena, o que se traduz como uma anomalia na aplicação da medida e na garantia da presunção de inocência, uma vez que se prende alguém que sequer foi condenado - ou, pior, que ainda não é sujeito de um processo -; e por outro lado, torna sem utilidade uma eventual pena privativa de liberdade, visto que, em muitos casos, quando há condenação, parte considerável do tempo já restou cumprido em prisão provisória.

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 126.163/SP**. [...] Relator: Min. Celso de Mello, 16 de Dezembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311001814&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>79</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 23.480/CS**. Brasília: DF, 21 de Agosto de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307541505&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

#### 4.1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA (IN)OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS

A constante utilização dos termos “razoabilidade” e “proporcionalidade” nas decisões judiciais que negam a situação de ilegalidade gerada pela ausência de revisão da prisão preventiva atua como argumento para justificar o excesso de prazo, e não para assegurar a aplicação de uma norma essencialmente garantista.

Sobre isso, à semelhança do que restou decidido no já citado acórdão no AgRg no HC 577.645/MA, destaca-se trecho da ementa no AgRg no HC 580.323/RS do STJ:

Necessário, porém, assim como se deve proceder em relação a um ocasional excesso de prazo na formação da culpa, considerar que para o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal pela demora no reexame obrigatório da custódia cautelar, exige-se uma aferição realizada pelo julgador, **à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.<sup>80</sup> (grifo nosso)

Seguindo a esteira, também foi esse o entendimento do Tribunal no AgRg no HC 579.125/MA, em que se indeferiu o pedido de relaxamento da prisão em razão do excesso de prazo:

De fato, uníssona é a jurisprudência no sentido de que o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, **impondo-se adoção de critérios de razoabilidade** no exame da ocorrência de constrangimento ilegal.<sup>81</sup> (grifo nosso)

Observa-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foram estrategicamente citados, nesses casos, para legitimar o excesso de prazo, em uma tentativa reiterada de desvirtuar o viés protetivo dos referidos princípios contra os arbítrios do poder público, e não para verificar que não há razoabilidade em manter alguém preso por um longo período de tempo sem que tenha sido, sequer, condenado.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 580.323/RS**. [...] Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 02 de Junho de 2020. p. 1-2. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948896&num\\_registro=202001101615&data=20200615&peticao\\_numero=202000339799&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948896&num_registro=202001101615&data=20200615&peticao_numero=202000339799&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 579.125/MA**. [...] Relator: Min. Nefi Cordeiro, 09 de Junho de 2020. p. 1. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951564&num\\_registro=202001055085&data=20200616&peticao\\_numero=202000311779&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951564&num_registro=202001055085&data=20200616&peticao_numero=202000311779&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2021.

A despeito da necessária atuação do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais, destacando-se aqueles relacionados à prisão preventiva, não é raro identificar decisões que relativizam garantias que, apesar de estarem legalmente previstas, são constantemente ignoradas, a exemplo do esforço reiterado do STF e do STJ em transformar o parágrafo único do artigo 316 do CPP em “letra morta”.

Resta imprescindível destacar que, em não raras vezes, a deturpação do sentido da norma na interpretação desta é verificada de forma contundente a partir da utilização de termos adversativos não previstos na lei, permitindo que o Poder Judiciário atue como verdadeiro legislador, manifestamente fora de suas competências.

É o caso da decisão da Sexta Turma do STJ no AgRg no RHC 144.647/BA, em que apesar de reconhecer que não é possível a conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício, se fixou que em alguns casos a ilegalidade é afastada quando há manifestação posterior do MP em pedido de revogação<sup>82</sup>, o que permite, em suma, que haja a conversão de ofício, criando hipótese de exceção não prevista em lei.

Se o artigo 311 determina que apenas caberá prisão preventiva “a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”<sup>83</sup>, a interpretação do capítulo que versa sobre a prisão em flagrante não poderia ser de outra forma senão conforme o artigo 311, exigindo-se prévio requerimento do MP ou representação da autoridade policial para que haja conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Nesse sentido foi o entendimento do STF e do próprio STJ no RHC 131.263/GO, anterior à decisão supramencionada, que deu base à matéria no Informativo de Jurisprudência nº 686, no qual se fixou o tema:

Conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva. Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Impossibilidade. Necessidade de requerimento prévio do Ministério Público, ou do querelante, ou do assistente, ou representação da autoridade policial.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 144.647/BA**. [...] Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 17 de Agosto de 2021. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2085392&num\\_registro=202100888383&data=20210825&peticao\\_numero=202100631859&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2085392&num_registro=202100888383&data=20210825&peticao_numero=202100631859&formato=PDF). Acesso em: 22 out. 2021.

<sup>83</sup> BRASIL, 2021b.

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Informativo de Jurisprudência nº 686/STJ**. Brasília: DF, 01 de Março de 2021. p. 6. Disponível em:

Destacou-se ainda, que “após o advento da Lei n. 13.964/2019, não é possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia.”<sup>85</sup>

Sendo assim, ao permitir a conversão de ofício em razão de exceção alheia à legislação, a decisão no AgRg no RHC 144.647/BA revela uma constatação *contra legem* e discordante, inclusive da jurisprudência consolidada no próprio Tribunal, revelando um aparente esforço em barrar a eficácia de normas e interpretações garantistas.

Apesar de a Sexta Turma do STJ reconhecer que a determinação de prisão cautelar representa a *ultima ratio*, de modo que “existindo medidas alternativas capazes de garantir a ordem pública e evitar reiteração delitiva, deve-se preferir a aplicação dessas em detrimento da segregação extrema”<sup>86</sup>, a utilização da prisão cautelar vem sendo utilizada como regra.

Ademais, com a edição da Lei nº 12.403 de 2011, incluiu-se no artigo 319 do CPP um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser

---

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/11485/11613>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Informativo de Jurisprudência nº 686/STJ**. Brasília: DF, 01 de Março de 2021. p. 6. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/11485/11613>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 588.538/SP**. [...] Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 01 de Setembro de 2021. p. 1. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=114673367&registro\\_numero=202001397293&peticao\\_numero=-1&publicacao\\_data=20200909&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114673367&registro_numero=202001397293&peticao_numero=-1&publicacao_data=20200909&formato=PDF). Acesso em: 24 out. 2021.

inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;  
 VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;  
 IX - monitoração eletrônica.<sup>87</sup>

Embora a legislação tenha fixado uma extensa relação de medidas cautelares alternativas à prisão, o cenário não foi alterado de forma significativa, mesmo após mais de 10 anos da edição da referida lei.

Se as origens do CPP brasileiro não apontam, evidentemente, para um sistema penal garantista em que prevaleçam institutos como a dignidade da pessoa humana, o papel do Judiciário deveria ser o de suprir essas incongruências no ordenamento, e não o de vetar as inovações que, apesar de não representarem a superação, no âmbito legislativo, do caráter autoritário da lei, promovem uma aproximação com os princípios e garantias fundamentais expostos, inclusive na Constituição Federal.

#### 4.2 O PREÇO DA MOROSIDADE JUDICIAL PARA O PRESO PROVISÓRIO

As repercussões em razão da ocorrência de uma prisão preventiva abusiva para o custodiado vão além de uma mera constatação de que o uso excessivo dessa medida contribui significativamente para a superlotação carcerária e, conseqüentemente, para a inefetividade da execução penal.

Conforme alerta Paulo José da Costa Júnior,

Reconduzido o prisioneiro à liberdade, as marcas da culpabilidade permanecem indelévels, ainda que absolvido. Não raro se pergunta: será ele realmente inocente? E o cidadão honrado, no instante em que é levado à prisão preventivamente, fica marcado para sempre com a mácula da desonra, com o ferro escaldante da improbidade, que permanece latente em sua reputação. Murmura-se, a boca pequena: 'É, se foi para as grades, é porque algo havia'.<sup>88</sup>

Não se deve perder de vista que a estigmatização social gerada pela situação de reclusão atinge de forma mais contundente o preso provisório, uma vez que sequer foi condenado - ao menos formalmente.

---

<sup>87</sup> BRASIL, 2021b.

<sup>88</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1936, p. 186, APUD DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 11.

Na realidade, conforme reiteradamente afirmado, uma custódia que perdura durante anos não se distancia de uma pena antecipada, uma vez que assim como o preso condenado, o provisório também fica submetido às condições que conduziram ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.<sup>89</sup>

Se, por um lado, busca-se escancarar as consequências prejudiciais da morosidade processual para a efetiva concretização das garantias fundamentais, também não é apropriado que se defenda um sistema processual excessivamente célere, conforme alerta Rubens Casara, uma vez que a existência de instrumentos e prazos adequados para utilizá-los também garante a preservação de um exercício de defesa eficaz.<sup>90</sup>

Na lição de Ferrajoli,

O perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da prisão preventiva. Se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse de não se refugiar e de se defender. E portanto "o rigor extremo de vossa prática criminal", exclamava Voltaire há dois séculos, "que o força a tal desobediência. Um homem acusado de um delito, antes de tudo vós os encerrais em uma cela horrível; não lhe permitis comunicar-se com ninguém e o carregais de grilhões como se já o tivésseis julgado culpado. Os testemunhos que depõem contra ele são escutados secretamente. Só por um momento o vêem para a confrontação... Quem nunca se assustou com esse procedimento? Qual homem justo pode estar seguro de não sucumbir"? Esse medo que o impele à fuga, acrescentamos, não é o sinal da sua bem fundada desconfiança nos seus juízes e, portanto, da ilegitimidade do procedimento? "Oh, juízes", concluía Voltaire, "quereis que o inocente acusado não fuja? Então facilitem-lhe os meios para se defender".<sup>91</sup>

Advém que o atual sistema processual penal brasileiro, no que diz respeito às prisões preventivas, além de não garantir um direito de defesa efetivo, privando inclusive financeiramente o custodiado de exercer tal garantia em razão do empobrecimento gerado pela rotulação advinda do cárcere<sup>92</sup>, e pelo próprio

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>90</sup> CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. 1. ed. [s. l.]: Saraiva Jur, 2015.

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 448.

<sup>92</sup> LOPES JR, Aury. A (de)mora jurisdicional no Processo Penal: O direito a um processo sem dilações indevidas. **Revista de Estudos Criminais - Doutrina Nacional**. Porto Alegre. v. 4, n. 15, jul./set. 2004. p. 69.



recolhimento físico em si, também não assegura eficazmente a presunção de inocência, culpabilizando-o antecipadamente.

Evidente que estabelecer um prazo fatal específico para a prisão preventiva não seria automaticamente suficiente para engendrar um sistema cautelar eficaz. O problema da morosidade judicial alcança todo o sistema processual e deve ser combatido em todas as suas esferas, com vistas a garantir, sobretudo, o respeito aos direitos fundamentais. O intuito da regra do parágrafo único do artigo 316 é justamente o de evitar duas das formas de abuso que acarretam o desrespeito a esses direitos: o excesso de prazo no cárcere cautelar e o próprio uso excessivo da medida.

As sucessivas alterações legislativas e a evolução histórica que culminaram na construção do processo penal da forma que se entende hoje apontam para a necessária concretização do princípio da instrumentalidade, segundo o qual as normas processuais penais devem funcionar como instrumento para a realização dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, é imperioso destacar que tais normas precisam ser interpretadas conforme a Constituição Federal, pois esta carrega os fundamentos do próprio Processo Penal, revelando também a existência de uma instrumentalidade constitucional.

O preso cautelar, como sujeito de direitos, não pode ser condenado a pagar pela ineficiência da máquina burocrática do Estado, que não garante sequer seus direitos fundamentais e nem um *jus puniendi* capaz de conceber o propósito da execução penal, qual seja o de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.<sup>93</sup> As normas processuais penais, como instrumentos de garantias, devem dispor-se a combater exatamente esse tipo de abuso.

Sendo assim, não se sustentam as razões para a resistência do Poder Judiciário em aplicar o parágrafo único do artigo 316 do CPP, norma que visa essencialmente combater excessos e efetivar o direito à razoável duração do processo. Além de representar, para o indivíduo, um direito subjetivo, tal garantia

---

<sup>93</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Art. 1º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em: 25 out. 2021.

exige do Estado uma atuação positiva com fins de assegurar a eficiência do procedimento.<sup>94</sup>

Tendo isso em vista, não é irrazoável considerar que o descumprimento desse dever por parte do Estado gere consequências ao menos na esfera das garantias do custodiado, o qual se encontra atualmente refém da morosidade judicial em razão da ausência de determinação objetiva de um prazo para a prisão preventiva.

O cumprimento do disposto na norma seria, portanto, uma forma de colmatar a lacuna legal quanto ao tempo de duração desse tipo de prisão. Apesar de não estabelecer um prazo limite para a manutenção da medida, o dispositivo fixa um período de tempo de revisão dos fundamentos do cárcere com o intuito de firmar um parâmetro objetivo para fins de verificação de eventual excesso de prazo.

Nesse sentido, o art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, estabelece que

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.<sup>95</sup>

Observa-se que a alternativa a um julgamento em prazo razoável, facultada pelo dispositivo, é a colocação do preso provisório em liberdade. Ao estabelecer um dever ao julgador de revisar os fundamentos da prisão preventiva a cada 90 dias, o parágrafo único do artigo 316 do CPP atua em sentido similar à norma internacional, determinando que a alternativa ao cumprimento da disposição torna a prisão ilegal, e a providência apropriada para sanar a situação é o relaxamento imediato do cárcere.

É imperioso reconhecer, ainda, que a recusa deliberada em aplicar a norma evidencia, além de todo o exposto, a desconformidade da atuação do Poder Judiciário com a função precípua da tipicidade processual, a qual não tem por escopo apenas estabelecer normas figurativas, mas sim prescrever comandos que devem ser observados e cumpridos pelos órgãos que integram o sistema judicial. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior sustenta que

---

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Trad. por Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2011. p. 193-195 e 202 APUD NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **Prisão preventiva**: direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 36.

<sup>95</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"). San José: OEA, 1969.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. [...] Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por con-sequên-cia.<sup>96</sup>

Isto posto, o atual posicionamento do STF em relação ao parágrafo único do art. 316 agride ao mesmo tempo diversas qualidades do Processo Penal, incluindo a garantia dos direitos fundamentais e a consequente instrumentalidade do processo, além da necessária observância à tipicidade dos atos processuais.

---

<sup>96</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 254.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância do papel do Poder Legislativo na contribuição para a superação do caráter autoritário das normas processuais penais, mesmo que através de alterações pontuais em dispositivos da lei, sobretudo considerando os fundamentos iniciais do atual Código de Processo Penal.

Entretanto, a atuação do Poder Judiciário também se mostra relevante na garantia das contribuições realizadas pelo legislador, tendo em vista que cabe ao intérprete aplicar essas normas da maneira e com a finalidade com que foram idealizadas.

Levando-se em consideração todas as ponderações realizadas no decorrer do presente trabalho, resta evidente que há uma tentativa de negar eficácia à regra inserida no parágrafo único do artigo 316, sobretudo no âmbito do STF. Isso pode ser verificado a partir da fixação da tese no julgamento da SL 1395/SP, a qual consolida que o descumprimento da referida norma não gera, para o preso, o direito de ser posto imediatamente em liberdade, apesar de o dispositivo expressamente determinar que tal situação gera a ilegalidade da prisão.

Sendo assim, observa-se que a despeito do surgimento da Constituição Federal em 1988, garantidora de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da razoável duração do processo, há uma intensa resistência do Poder Judiciário em aplicar normas de conteúdo garantista.

Esses descompassos podem ser verificados quando os intérpretes utilizam o espaço de discricionariedade oferecido pelas normas de conteúdo aberto para decretar prisões preventivas em quantidade excessiva, mas também a partir da recusa deliberada em aplicar regras expressas ou da deturpação de suas finalidades.

A discussão sobre esse aspecto do Processo Penal vai muito além de uma controvérsia semântica, ela envolve, sobretudo, a salvaguarda de direitos fundamentais garantidos, inclusive, no âmbito dos instrumentos internacionais de proteção. É necessário pensar na problemática da prisão preventiva e do próprio sistema prisional para além da mera análise econômica do Direito, considerando que os indivíduos privados de liberdade não representam números de orçamentos estatais, mas sim sujeitos de direitos.

Nesse sentido, a doutrina do “não-prazo” nas prisões preventivas representa uma das formas de se privar o indivíduo das garantias das quais tem

direito, atuando como salvo conduto das dilações excessivas e mantendo a ausência de consequências para o juízo em face da morosidade. Por outro lado, as consequências para o preso são incalculáveis.

Essa indefinição fundamenta, inclusive, decisões como a do julgamento da SL 1395/SP, em que o STF transforma um dispositivo em vigor em “letra morta”.

Por fim, torna-se necessária uma legislação capaz de garantir um sistema processual penal efetivamente acusatório, completamente desvinculado do atual modelo, o qual representa uma colcha de retalhos que tentam suavizar o caráter autoritário do CPP. Somente através de uma reforma efetiva na lei e nos seus fundamentos será possível garantir a inquestionabilidade na aplicação de normas garantistas, como a necessidade de revisão da prisão preventiva a cada 90 dias.

Também é imperioso que a modificação da ótica dos fundamentos do sistema processual brasileiro alcance outro grave óbice à concretização da finalidade precípua deste: a concepção dos julgadores, materializada na jurisprudência, que alterna com o Poder Legislativo os retrocessos operados no Processo Penal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A revisão periódica da prisão preventiva no direito processual penal brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**. v. 8, 2. ed., 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/109106/60180>. Acesso em: 09 out. 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, jan./dez. 2008. p. 381-408. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>. Acesso em: 20 out. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66 de 27 de Janeiro de 2009**. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_comp\\_66\\_27012009\\_08042019135736.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_66_27012009_08042019135736.pdf). Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009**. Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Brasília: CNJ; CNMP. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Excesso de prisão provisória no Brasil**: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012) / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Brasília: Ministério da Justiça/IPEA, 2015 (Série pensando o direito nº 54).

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso

indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.208, de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=677918&filename=PRL+4+CSPCCO+%3D%3E+PL+4208/2001](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=677918&filename=PRL+4+CSPCCO+%3D%3E+PL+4208/2001). Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN**. Brasília: Ministério da Justiça/DEPEN, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2020.xls>. Acesso em: 05 out 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 577.645/MA**. [...] Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 26 de Maio de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1946006&num\\_registro=202001004447&data=20200602&peticao\\_numero=202000311642&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1946006&num_registro=202001004447&data=20200602&peticao_numero=202000311642&formato=PDF). Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 580.323/RS**. [...] Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 02 de Junho de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948896&num\\_registro=202001101615&data=20200615&peticao\\_numero=202000339799&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948896&num_registro=202001101615&data=20200615&peticao_numero=202000339799&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 144.647/BA**. [...] Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 17 de Agosto de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2085392&num\\_registro=202100888383&data=20210825&peticao\\_numero=202100631859&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2085392&num_registro=202100888383&data=20210825&peticao_numero=202100631859&formato=PDF). Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 579.125/MA**. [...] Relator: Min. Nefi Cordeiro, 09 de Junho de 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951564&num\\_registro=202001055085&data=20200616&peticao\\_numero=202000311779&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951564&num_registro=202001055085&data=20200616&peticao_numero=202000311779&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 414.615/TO**. [...] Relator: Min. Nefi Cordeiro, 17 de Outubro de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1647089&num\\_registro=201702216137&data=20171023&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1647089&num_registro=201702216137&data=20171023&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 588.538/SP**. [...] Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 01 de Setembro de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=114673367&registro\\_numero=202001397293&peticao\\_numero=-1&publicacao\\_data=20200909&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114673367&registro_numero=202001397293&peticao_numero=-1&publicacao_data=20200909&formato=PDF). Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 589.571/SP**. [...] Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 03 de Novembro de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=117742606&registro\\_numero=202001442065&peticao\\_numero=-1&publicacao\\_data=20201123&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=117742606&registro_numero=202001442065&peticao_numero=-1&publicacao_data=20201123&formato=PDF). Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Informativo de Jurisprudência nº 686/STJ**. Brasília: DF, 01 de Março de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/11485/11613>. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 174.741/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343395304&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de Novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 200.599/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de Junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347191623&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Segunda Extensão no Habeas Corpus 172.321/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344555299&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 179.859/RS**. [...] Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de Março de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343579599&ext=.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 196.720/SP**. [...] Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346533541&ext=.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 89.090/GO**. [...] Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489890>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.581/DF**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 15 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344712831&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.582/DF**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 15 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344712834&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 126.163/SP**. [...] Relator: Min. Celso de Mello, 16 de Dezembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311001814&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 179.315/RS**. [...] Relatora: Min. Cármen Lúcia, 16 de Dezembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342023034&ext=.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 191.793/BA**. [...] Relator: Min. Alexandre de Moraes, 03 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344610462&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Habeas Corpus 191.836/SP**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 02 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.395/SP**. [...] Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754954657>. Acesso em: 21 set. 2021.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. 8 de setembro de 1941. *In*: EDUCAÇÃO, Saraiva. **Vade Mecum Penal: Temático**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. 1. ed. [s. l.]: Saraiva Jur, 2015.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM); GRUPO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPGE). **Comissão Especial**: Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). 2020. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 11 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

LOPES JR, Aury. A (de)mora jurisdicional no Processo Penal: O direito a um processo sem dilações indevidas. **Revista de Estudos Criminais - Doutrina Nacional**. Porto Alegre. v. 4, n. 15, jul./set. 2004. p. 65-86.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 23.480/CS**. Brasília: DF, 21 de Agosto de 2015. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307541505&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"). San José: OEA, 1969.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87**. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/78/1987/p/cons/20211124/pt/html>. Acesso em: 25 set. 2021.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAPPALÀ, E. **Le misure cautelari. Diritto processuale penale**. v. 1. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996.