

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO COSTA BRASILIENSE

**O ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL  
COMO BALIZA PARA ESTABELECIMENTO DE DE PRAZO NA PRISÃO  
PREVENTIVA**

VITÓRIA  
2021

PEDRO COSTA BRASILIENSE

**O ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL  
COMO BALIZA PARA ESTABELECIMENTO DE DE PRAZO NA PRISÃO  
PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA  
2021

## RESUMO

Tendo em vista a indeterminação vigente em relação à duração da prisão preventiva no Brasil, eis que não há qualquer previsão de prazo nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que incluiu o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal e instituiu um prazo nonagesimal para revisão da segregação cautelar, trazendo uma inédita baliza legal para o tema e servindo de bússola à definição acerca do excesso de prazo na prisão preventiva. Para isso, são analisadas as características legais da prisão preventiva, seus paralelos internacionais, a alteração legal em si e a interpretação jurisprudencial do referido dispositivo.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Prisão preventiva. Segregação cautelar. Prazo. Excesso de prazo. Revisão da prisão preventiva. Artigo 316, parágrafo único, CPP. Análise jurisprudencial.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	04
<b>1. O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	06
<b>2. O PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL</b> .....	14
2.1 A FALTA DE DEFINIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA.....	15
2.2 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP E A FIXAÇÃO DE PRAZO NONAGESIMAL.....	19
<b>3. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 316 DO CPP</b> .....	22
3.1 O CASO ANDRÉ DO RAP E SEU DESDOBRAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	24
<b>CONCLUSÃO</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	32

## INTRODUÇÃO

Como cediço, o Brasil é lar de uma das maiores populações carcerárias do planeta, e que segue crescendo anualmente. Muitos desses detentos encontram-se presos sem culpa formada, tendo sido encarcerados por meio de decreto de prisão preventiva em seu desfavor.

A prisão preventiva vem a ser prevista no Código Processual Penal pátrio como instrumento cautelar e excepcional, que deve ser utilizado pelo magistrado apenas em último caso, uma vez que não sejam suficientes quaisquer medidas cautelares alternativas à segregação.

Ocorre que, em que pese ter sua excepcionalidade consignada na lei, a prisão preventiva não possui no texto legal qualquer previsão expressa sobre o prazo de sua duração, de modo que pode, em tese, perdurar por tempo indeterminado, de modo a constituir violações a direitos fundamentais e a contribuir para a conhecida superpopulação carcerária brasileira.

Embora não haja expressa previsão legal quanto ao prazo de sua duração, não se olvida que a prisão preventiva não deverá se estender *ad eternum*, de modo que, uma vez caracterizado o seu prolongamento indevido, restará caracterizado o constrangimento ilegal ao acusado em virtude do excesso de prazo, e, portanto, a ilegalidade da segregação.

No ano de 2019, no entanto, houve a inclusão ao ordenamento jurídico brasileiro da Lei nº 13.964, popularmente conhecida como "Pacote anticrime", que, dentre diversas outras alterações legais, promoveu inovação sobre a qual se buscará debruçar: a inclusão do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, o qual prevê que, a cada 90 dias, deverá o magistrado promover a revisão fundamentada da prisão preventiva decretada contra o acusado, sob pena de torná-la ilegal.

Assim, o objeto do presente estudo é a análise quanto à possibilidade de utilização do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, como baliza para a fixação

de prazo na prisão preventiva, verificando se a inobservância do prazo nonagesimal preconizado no referido dispositivo caracterizaria excesso de prazo no âmbito da segregação cautelar.

Nessa seara, buscar-se-á, ao longo do primeiro capítulo deste trabalho, promover o estudo do instituto da prisão preventiva, particularmente seus fundamentos e linhas basilares, contextualizando o que apontam a lei e a doutrina nacional a seu respeito.

No segundo capítulo, será tratada a questão do prazo na prisão preventiva, com o estudo do que é o excesso de prazo nesta medida cautelar, bem como a falta de definição legal sobre o tema – ainda mais notória em comparação a diplomas legais internacionais – e, nesse enfoque, a análise da inclusão do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal como baliza para a definição de prazo, e caracterização de excesso.

Por fim, analisa-se, no âmbito do terceiro e último capítulo deste estudo, de que modo a jurisprudência nacional tem enfrentado a referida inovação legislativa, bem como os seus respectivos desdobramentos e consequências.

Impende destacar que o presente trabalho adota o método dialético, eis que os fenômenos ora estudados são analisados não em separado, mas de forma conjunta, levando em consideração uma ampla colheita de dados para que, de forma global, seja possível analisar a interação destes entre si.

Ao final da presente monografia, busca-se, portanto, que se verifique a possibilidade de utilização do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, como baliza para a fixação de prazo na prisão preventiva, com objetivo de se responder se a inobservância deste acarretará em excesso de prazo na segregação cautelar, e portanto, na sua ilegalidade.

## 1 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A liberdade do indivíduo, particularmente de locomoção, popularmente conhecido como “direito de ir e vir” é consagrada em todo o ordenamento jurídico brasileiro, que estabelece no texto constitucional a necessidade de sua proteção pelo Estado Brasileiro, sendo um desdobramento do princípio da dignidade humana, o qual garante ao indivíduo uma existência amparada por direitos e liberdades (JORIO, 2014).

A prisão preventiva, gravosa medida contra a liberdade prevista no Código de Processo Penal pátrio, é um tipo de prisão cautelar, isto é, permite a mitigação do direito à liberdade do indivíduo ainda que não vigore contra este qualquer condenação penal transitada em julgado.

Eis breve conceituação da doutrina:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual (...) o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. A prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil. Ilustrando, o art. 300 do CPC: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (NUCCI, 2020, p.937).

Positivada em capítulo específico do Código de Processo Penal Brasileiro, conforme artigos 311 e seguintes, esta deverá ser decretada pelo juiz a partir de requerimento, que deverá partir do Ministério Público, do querelante, assistente ou da autoridade policial. Desse modo, inexistente previsão legal para que o magistrado, de ofício, decrete a segregação.

A inexistência de previsão legal para tal hipótese, extinta por força da Lei nº 13.964/2019, encontra-se em consonância com o sistema acusatório adotado pelo Brasil. Entende-se que, do contrário, haveria confusão entre magistrado e parte, na medida em que pouco parece razoável um juiz, sem qualquer pedido das partes e em

inobservância ao seu dever de imparcialidade, atue de ofício para a decretação de providência tão grave.

Nessa toada, Aury Lopes (2021) sintetiza como um “erro duplo” a decretação de ofício da prisão preventiva que foi por anos tolerada em função de uma “cultura inquisitória” em vigor, pois esta constituiria “franca violação ao sistema acusatório” e implicaria em “grave sacrifício da imparcialidade judicial”, com o magistrado deixando de manter a devida equidistância das partes.

Em suma, considerando-se a máxima do Processo Penal pátrio segundo a qual “*quem julga, não deve acusar*”, resta bastante evidente que quem julga muito menos poderá, de ofício, impor a mais gravosa das medidas, sob pena de afronta direta ao sistema acusatório e a imparcialidade que deve ser observada – inclusive por força de lei – por todo magistrado.

Por outro lado, resta claro que, uma vez decretada, poderá o magistrado agir de ofício para a revogação da prisão preventiva. Isto decorre, para além de todos os valores fundamentais envolvidos na concessão da liberdade ao paciente, de expressa previsão do artigo 316 do CPP, bem como do seu parágrafo único, sobre o qual se discorrerá aprofundadamente adiante.

Para a decretação desta medida, fundamental é a observância ao artigo 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (grifo nosso) (BRASIL, 1941)

Ao determinar que é necessário indício suficiente de autoria para a formulação de um decreto de prisão preventiva, tem-se aquilo que a doutrina chama de “*fumus commissi delicti*” (“fumaça do cometimento de delito”), que diz respeito à existência do crime e indícios de autoria na pessoa do imputado.

Referindo-se a esta fumaça, Aury Lopes (2021, *online*), ao se debruçar sobre o tema, indica que não basta a ela ser apenas possível, devendo ser provável. Ou seja: A decretação da prisão preventiva deve ser feita não somente um Juízo de possibilidade, devendo esta, pela sua gravidade, estar submetida ainda à ótica de um Juízo de probabilidade. Vejamos:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio de razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

Tal visão parece a mais adequada: sabe-se que para o recebimento de denúncia, por exemplo, deve o magistrado identificar na pessoa do réu indícios suficientes de autoria e materialidade. Entretanto, para determinar-se a condução preventiva do imputado à prisão, não deve bastar tão somente uma análise feita a partir de mero Juízo de Possibilidade.

Particularmente no caso brasileiro, onde os detentos estão confinados em locais notórios por sua insalubridade e desumanidade, não é razoável que o magistrado, de forma indiscriminada, envie o imputado ao sistema prisional sem que este possua contra si relevante conteúdo probatório, que deverá ser devidamente apresentado pela parte no ato do pedido de prisão.

Ainda em decorrência do artigo 312 do CPP, tem-se que a prisão preventiva poderá ser decretada a partir de "perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado", de modo que vislumbra-se, portanto, que ninguém deverá ser enviado preventivamente à prisão sem que haja, a partir de sua liberdade, aquilo que é chamado pela doutrina de "*periculum libertatis*".

Sobre a constituição do *periculum libertatis*, aponta Aury Lopes Júnior (2021, *on-line*):

Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como risco à ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Além disso, esse perigo deve ser atual, contemporâneo e não passado, distante ou futuro. (...) Por fim, sempre qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de

prova razoável do *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações

Como apontado, tem-se que o *periculum libertatis* não se forma tão somente a partir da existência de indícios de autoria e materialidade na pessoa do imputado, tampouco a partir de presunções ou ilações. É necessário, para a sua existência, que se vislumbre a existência das circunstâncias autorizadoras constantes no artigo 312 do CPP.

São quatro as circunstâncias contidas no referido dispositivo: (i) *garantia da ordem pública*; (ii) *garantia da ordem econômica*; (iii) *conveniência da instrução criminal* e (iv) *assegurar a aplicação da lei penal*.

A *garantia da ordem pública* está ligada à gravidade do delito supostamente praticado. A decretação da prisão preventiva utilizando esta circunstância usualmente funda-se na necessidade de evitar o desassossego causado à sociedade pelas condutas que teriam sido praticadas pelo imputado.

Cumprido destacar que a necessidade de acautelamento do meio social não significa que a prisão preventiva justifique-se a partir do clamor popular. E assim deve ser: além da ausência de qualquer previsão legal nesse sentido, não parece razoável que medida tão excepcional, e que já é usada em larga escala, seja fundamentada nos anseios de setores da sociedade ávidos por punitivismo e, por muitas vezes, alheios à inteireza dos fatos constantes nos autos.

Nessas situações, e considerando a relevância jurídica da liberdade do indivíduo, resta claro que os magistrados devem atuar em consonância com os direitos e garantias fundamentais consagrados na CRFB/88, bem como nos tratados internacionais aos quais se submeteu o Brasil e que devem preponderar sobre um fervor circunstancial por punição a supostos culpados.

Anota-se ainda que a gravidade do delito não deve ser aventada de forma genérica, devendo o magistrado fundamentar devidamente de que modo as condutas atribuídas contribuíram para o prejuízo da ordem pública, conforme aponta Renato Marcão (2021, *on-line*):

A necessidade de garantia da ordem pública não se extrai da gravidade abstrata da infração, penal, pura e simplesmente. (...) É preciso, por fim, que o magistrado demonstre empiricamente a necessidade incontrastável da medida excepcional que é a prisão antecipada, e o ato judicial que a formaliza deve conter fundamentação substancial.

Em suma, a grave restrição de direitos inerente à prisão preventiva não permite que o magistrado determine, de forma genérica, a condução de quem quer que seja à segregação para garantir a ordem pública. Do contrário: a medida deve ser devidamente fundamentada e consubstanciada pelos elementos constantes aos autos, que apontem, no caso concreto, a gravidade das supostas condutas e a efetiva necessidade da detenção, sob pena de banalização do instituto.

A *garantia da ordem econômica* está ligada à necessidade de preservação do sistema financeiro, de modo que pode ser utilizada para fundamentar a prisão diante de supostos crimes cometidos em desfavor deste.

A *conveniência da instrução criminal* diz respeito à necessidade de se evitar que o imputado influencie negativamente a tramitação dos autos. Esta influência pode se dar por meio de diversas condutas por parte do acusado, que, por ameaçarem o bom andamento da instrução criminal, justificam que este seja conduzido preventivamente à prisão.

Dentre as práticas potencialmente comprometedoras à instrução criminal, e que, portanto, podem ensejar a decretação da prisão com base nesta circunstância, Renato Marcão (2021, *on-line*) enumera:

Será cabível a prisão preventiva sob tal fundamento, por exemplo, nas hipóteses em que o agente passar a ameaçar a vítima ou testemunha visando impedir ou dificultar prova oral em seu desfavor; quando ameaçar ou tentar corromper perito que deva funcionar nos autos do inquérito ou processo; destruir prova documental ou qualquer vestígio ou evidência do crime; tentar aliciar jurado, etc.

Salienta-se que a prisão fundamentada somente nesta circunstância não deverá perdurar na medida que se finde a instrução criminal, pois parece claro que nesta particular hipótese, a segregação terá perdido a sua justificativa.

A prisão preventiva para *assegurar a aplicação da lei penal* se justificará quando a liberdade do acusado possa implicar o descumprimento de eventual condenação, sendo, segundo Cruz (2011), "medida instrumental", na medida em que "visa a proteger os fins do processo penal, a saber, a definitiva prestação jurisdicional veiculada em uma sentença penal de que resulta a condenação do acusado".

Nesse sentido, exemplo de situação que, em tese, justificaria a decretação da prisão com base neste fundamento é o risco de fuga do acusado. Entretanto, tal providência deve ser efetuada de forma bastante cautelosa pelo magistrado, que deve se basear em elementos concretos, e não meras suposições.

Isso se dá pois, considerando que o acusado possui o direito fundamental à presunção de inocência, não parece razoável que o juiz tampouco presuma eventual fuga, que deveria ser demonstrada através de provas e elementos concretos, que de fato possam vir a ensejar a segregação com fulcro neste fundamento.

Finalmente, tem-se que, por força do enunciado do parágrafo único do artigo 312, o descumprimento de obrigações impostas por força de medida cautelar configura também hipótese legal de cabimento da prisão preventiva.

Anota-se, no entanto, que, conforme apontado por Rogério Schietti (2011, p. 201), a inobservância a medida cautelar imposta "não implicará, automaticamente, o recurso à providência mais extremada", de modo que devem ser observadas pelo julgador outras circunstâncias.

Nesse sentido, ainda por força das alterações trazidas pela Lei nº 13.964, conhecido como Pacote Anticrime, tem-se que mesmo na hipótese de descumprimento de medida cautelar, é vedado ao magistrado a decretação de ofício da prisão preventiva do acusado.

Nesse caso, ao afastar de forma definitiva a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva, a opção do legislador é mais uma vez harmônica com o próprio sistema acusatório, indo ao encontro do que é expresso também no artigo 311 do

CPP: esta gravosa medida só poderá ser determinada pelo magistrado a partir de requerimento, jamais a partir de sua própria iniciativa.

Suprimidas as hipóteses de decretação de ofício da prisão preventiva, o legislador promove, segundo Thiago Gandra (2020), a "implementação do modelo efetivamente acusatório que deságua na inviabilidade de atuação de ofício do juiz, salvo quando na proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano".

Ainda por força do Pacote Anticrime, houve ainda a inclusão de um importante paradigma no artigo 312, §2º: A determinação de que a decisão que decreta a prisão preventiva deverá ser devidamente motivada e fundamentada com elementos concretos que indiquem os fatos que fazem a detenção ser necessária.

Observa-se, a partir de tal dispositivo, a intenção do legislador de evitar decisões meramente padronizadas, que carecem da devida fundamentação, e, assim sendo, violam as garantias do custodiado, como aponta-se:

De qualquer modo, é dever do magistrado explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, possível se forem indicados os motivos pelos quais se decreta a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se a autoridade judiciária a dizer que (...) a liberdade do acusado 'põe em risco a ordem pública' (artigo 312 do CPP). Cumpre, sim, indicar os motivos concretos pelos quais se torna absolutamente necessária a prisão ante tempus. (CRUZ, 2011, p. 87)

Em síntese, o que se verifica é que o advento de tal dispositivo significou, na prática, a positivação da visão doutrinária supra, passando o magistrado a estar expressamente obrigado a decidir, de forma racional, em observância às especificidades de cada caso concreto.

Devem ser observadas as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, descritas no artigo 313, do CPP: *i)* crimes dolosos punidos com pena superior a 4 anos; *ii)* acusado reincidente; *iii)* delito que envolve violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a criar uma "espécie de vulnerabilidade doméstica" (LOPES JR., 2017), sendo a prisão instrumento de eficácia à medida protetiva aplicada.

Ainda de acordo com o referido dispositivo legal, o parágrafo primeiro preconiza que será cabível a detenção quando houver dúvidas acerca da identidade civil da pessoa, que poderá ser detida para que seja feito tal esclarecimento, devendo ser imediatamente posta em liberdade após feita a identificação, exceto caso se vislumbre hipótese de manutenção da medida.

Destaca-se que a presença de algum desses elementos, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva. Aury Lopes (2017) aponta que todas estas hipóteses de cabimento devem observar, de igual modo, a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*.

Parece claro, portanto, que a legislação que regula o tema deve ser analisada de forma sistemática, senão vejamos:

"Não é despiciendo, a seu turno, enfatizar que as hipóteses materializadas no artigo 313 do CPP não dispensam a verificação dos requisitos inerentes a qualquer medida cautelar (...) quais sejam, a existência de prova da ocorrência de um crime e indícios de que o sujeito passivo da cautela foi seu autor ou partícipe, e a verificação de que a liberdade deste representa um concreto risco à aplicação da lei penal, à instrução criminal ou à ordem pública. Ou seja, é mister conjugar, sempre, a hipótese de cabimento da prisão preventiva (artigo 313) com os requisitos autorizadores indicados no artigo 312 do CPP." (CRUZ, 2011, p. 200)

Em observância ao artigo 314 do CPP, tem-se que, quando diante de situações que demonstrem a configuração causas de excludente de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal, deverá o magistrado eximir-se de decretar a prisão preventiva. Nessas situações, conforme defende Rogério Schietti Cruz (2011), falta a prova de existência do crime (*fumus commissi delicti*) inerente à cautela.

Definidos os principais elementos e conceitos que dizem respeito a esta modalidade de prisão, urge analisar a seguir um elemento peculiar sobre a prisão preventiva e objeto de grandes debates: o seu prazo, e em que situações resta caracterizado o chamado "excesso de prazo", que torna a segregação ilegal.

## 2 O PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

É sabido que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do planeta, e, de acordo com dados de 2020 do Ministério da Justiça, 33% dos custodiados são presos provisórios, que, portanto, não possuem culpa formada.

Nesse contexto, a manutenção desnecessária e indefinida da prisão preventiva constituiria ataque aos direitos fundamentais do detento. No Brasil, tem-se que a prisão cautelar que se prolonga injustificadamente constitui constrangimento ilegal à pessoa do segregado, passando a ser configurado o excesso de prazo.

Tem prevalecido nos tribunais que este não se configura tão somente levando-se em conta o tempo da prisão cautelar, devendo ser verificados outros elementos e peculiaridades de cada caso.

Nesse sentido, vejamos entendimento recente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE DESÍDIA POR PARTE DO JUÍZO OU ACUSAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS PREENCHIDOS. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ORDEM DENEGADA. 1. A instrução criminal não está limitada a uma mera soma aritmética de prazos, pois submete-se a variáveis que influenciam uma maior ou menor duração da relação jurídica em juízo e, não tendo sido verificada desídia por parte do Juízo, não há que se falar em excesso de prazo. Precedentes. 2. Presentes os dois requisitos indispensáveis, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, mantém-se a decretação da prisão preventiva. 3. Embora elementos próprios do tipo penal jamais possam servir de sustentáculo à segregação cautelar, a análise dos autos demonstra estar a prisão preventiva fundada na gravidade concreta dos fatos, a evidenciar a periculosidade acentuada do agente. Precedentes. 4. Mostra-se, no caso, insuficiente a aplicação de medida cautelar diversa, já que a imposição de qualquer outra medida não afastaria, por *consectário lógico*, a gravidade constante na conduta realizada pelo agente. 5. Ordem denegada. (ESPÍRITO SANTO, 2020)

Ao contrário do que ocorre em diversos outros países, não há no Brasil um prazo próprio que regule a duração da prisão preventiva, prevalecendo na legislação pátria o que Aury Lopes (2017) aponta como um dos maiores problemas do sistema cautelar

brasileiro: neste “reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão”.

Tal “indeterminação”, evidenciada pela falta de definição legal acerca do tema tornou-se objeto de discussões doutrinárias, levando os tribunais a formar seus próprios entendimentos, baseados em critérios próprios, conforme se verifica a partir da leitura do julgado supra.

Em que pese a falta de definição legal, indubitável que a prisão preventiva não pode se prolongar *ad eternum*, devendo ser observado certo prazo sob pena de ilegalidade da medida cautelar, conforme aponta Eugenio Pacelli (2020, p. 269): "Excedido que seja o prazo na prisão cautelar, impor-se-á o seu relaxamento, seja pela via do habeas corpus, seja ex officio, pelo tribunal, na apreciação de eventual recurso".

## 2.1 A FALTA DE DEFINIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme se nota, não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que preveja, de forma expressa, qual deverá ser o prazo de duração da prisão preventiva. Diante dessa lacuna, diversos princípios constitucionais podem ser trazidos à baila ante a necessidade de fixação de parâmetros para a questão, notadamente os princípios da dignidade humana, da presunção de inocência, da duração razoável do processo.

No caso do processo penal, e particularmente no âmbito da prisão preventiva, que constitui direta restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, resta claro que a obediência a este princípio faz-se particularmente relevante, conforme se aponta:

Por fim, a razoável duração do processo também protege o jurisdicionado para que ele não seja submetido ao processo judicial por um período de tempo maior do que o necessário. (...) Outro exemplo, ainda mais ofensivo, pode ser dado no campo penal, em que o suspeito tem sua liberdade restrita por um dos motivos que autorizam a prisão preventiva e o julgamento se desenvolve lentamente por causa de uma série de dilações indevidas. (VAZ, 2013, p. 27)

Em que pese a existência de tais princípios, tendo em vista a gravidade e o caráter excepcional do instituto da prisão preventiva, tem-se que a falta de uma expressa

definição legal acerca do tema não é poupada de críticas por parte da doutrina, que defende a necessidade de se estabelecer prazos específicos para esta modalidade de segregação, conforme se vê:

É tempo de reverter essa trágica situação, por tudo vergonhosa, sequer suplantada pela inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição da República, pela emenda constitucional 45/04, que impõe a duração razoável do processo, também sem estabelecer balizas temporais definidas, à mercê de critérios subjetivos do julgador e adstritos à casuística. Mas, se a duração do processo há de ser razoável, o que dizer da prisão "provisória", sem culpa formada. (RUIZ FILHO, 2020)

Consoante se nota, a melhor forma de garantir que os princípios constitucionais que regem a prisão preventiva tenham efetividade na prática é com a devida fixação de prazo. Nesse sentido, convém analisar a experiência de diversos países, que, cada um ao seu modo, têm de forma clara em sua legislação o estabelecimento de prazo para a duração da prisão cautelar.

No caso do Paraguai, o Código de Processo Penal prevê expressamente, em seu artigo 136, que todo procedimento terá duração máxima de três anos, com a ressalva da possibilidade de extensão deste prazo por 6 meses, em caso de sentença condenatória, para a tramitação de eventuais recursos.

Entretanto, o legislador paraguaio vai além, adotando o que Rogério Schietti Cruz (2011, p.110) define como "solução radical": inseriu-se no artigo 141 do Código de Processo Penal a possibilidade de o imputado, caso descumpridos os prazos previstos na legislação em medida cautelar privativa de liberdade, solicitar pronta decisão, que se não proferida em até 24 horas, implicará, necessariamente, na imediata ordem de liberdade.

Por seu turno, no Uruguai, o Novo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 2017, determinou o fim do Sistema Inquisitório, e a conseqüente ascensão do Sistema Acusatório no país platino, que somou-se a outros países latino-americanos que estão em linha com o que Moreira (2017) define como "movimento de democratização da Justiça Criminal".

Especificamente no âmbito da prisão preventiva, o legislador uruguaio assentou seu caráter como excepcional, estabelecendo de forma expressa e rigorosa, e não genérica, as circunstâncias nas quais poderá ser imposta, os delitos que permitem sua decretação, bem como estabeleceu balizas e limites temporais à duração da segregação, de modo a se buscar evitar que a segregação cautelar torne-se regra.

No caso dos limites temporais, vejamos o artigo 235 do Código de Processo Penal uruguaio:

En los procesos regidos por este Código, cesará la prisión preventiva cuando:

- a) El imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal;
- b) El imputado haya agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por sentencia de condena, aún no ejecutoriada;
- c) El imputado haya sufrido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena ejecutoriada, le habría permitido ejecutoriada;
- d) Hayan transcurrido más de dos años contados desde el momento efectivo de la privación de libertad y aún no se haya deducido acusación;
- e) Al concluir el proceso con sentencia de condena ejecutoriada y comenzar a cumplirse la pena privativa de libertad. (URUGUAY, 2017)<sup>1</sup>

Em que pese não haver, como ocorre na legislação paraguaia, previsão de imediata soltura a partir de inobservância de determinado prazo, é evidente que o exemplo uruguaio caracteriza relevante avanço, com a fixação de parâmetros para a regulação da segregação cautelar que sequer existem no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a evitar, na prática, que a prisão preventiva seja utilizada de forma indiscriminada, bem como que perdure *ad eternum*.

Já no continente europeu, o Código de Processo Penal português adota, em relação ao prazo na prisão preventiva, aquilo que Rogério Schiatti Cruz (2011) aponta como um escalonamento da persecução penal. Tal escalonamento encontra-se positivado no artigo 215 do referido Códex, *in verbis*:

---

<sup>1</sup> Nos processos regidos por este código, cessará a prisão preventiva quando: a) O imputado tiver cumprido em prisão preventiva a pena solicitada pelo fiscal; b) O imputado tenha exaurido em prisão preventiva um tempo igual ao da pena imposta por sentença condenatória, ainda que não executada; c) O imputado tenha passado em prisão preventiva um tempo que, se houvesse condenação, teria permitido que fosse executada; d) Haja transcorrido mais de dois anos contados desde o momento efetivo da privação de liberdade e ainda não se haja deduzido acusação; e) Ao concluir o processo com sentença condenatória executada e começo do cumprimento da pena privativa de liberdade. (Tradução nossa)

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 1ª instância;
- d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado (PORTUGAL, 1987).

O referido escalonamento, transcrito supra, demonstra semelhanças entre as legislações uruguaia e portuguesa, mas, acima disso, compromisso dos legisladores dos referidos países de garantir a razoável duração da segregação cautelar e garantir que esta tenha, de fato, caráter excepcional.

Nesse sentido, em que pese haver no Brasil a consagração do princípio da duração razoável do processo, o que se verifica na prática é que este, assim como outros que regem a liberdade do indivíduo, tem sido mitigado pelos tribunais. Assim, mostra-se essencial a atribuição, pela lei, de um prazo à prisão preventiva, sintonizado com a mais eficiente legislação internacional, observadas, por certo, as peculiaridades nacionais, de modo a garantir eficácia do referido princípio.

O Projeto de Novo Código de Processo Penal brasileiro, que tramita em fase avançada no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei nº 8.045/2010, busca atualizar a legislação processual penal brasileira aos valores da Constituição de 1988, superando o ideário que inspirou o atual Códex, que remonta ao ano de 1940, no contexto do Estado Novo e influência fascista. Nesse sentido, aponta o Parecer do relator, deputado João Campos (Republicanos-GO):

Diante desta realidade díspar, o desafio que ora nos propomos é o de realizar a ponderação de valores: de um lado a proteção de direitos e garantias fundamentais e do outro a tutela da persecução penal efetiva. Vale dizer, dar instrumentos para que a defesa da sociedade seja concretizada, mas sem nos descuidarmos do devido processo legal e da proteção do investigado, que é, afinal, uma conquista histórica. (BRASIL, 2021, p.2)

Nessa toada, o Projeto representa significativo avanço na questão ora discutida ao prever, por exemplo, em seu artigo 628, que “A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.” (§1º); e que “o clamor público não justifica, por

si só, a decretação da prisão preventiva” (§2º), vedando expressamente práticas recorrentes dos tribunais.

Em relação ao prazo da segregação, o projeto mais uma vez avança ao estabelecer, de forma clara, limites temporais a serem observados, previstos no artigo 630:

I - cento e oitenta dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observados os limites cronológicos de duração do inquérito policial.

II - trezentos e sessenta dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do caput deste artigo. (BRASIL, 2021, p. 581)

Embora não se olvide a importância da fixação expressa de um prazo para prisão preventiva pelo projeto de Novo Código de Processo Penal, que evita que o indivíduo fique preso por tempo indeterminado sem culpa formada, e encontra-se em linha com a legislação internacional, cumpre salientar que o atual Códex, atualizado pela Lei nº 13.964/2019, já estabeleceu uma baliza relevante no âmbito da prisão cautelar, contida no parágrafo único do artigo 316, o qual buscaremos analisar a seguir.

## 2.2 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP E A FIXAÇÃO DE PRAZO NONAGESIMAL

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, houve a adição de um dispositivo que, inegavelmente, inseriu-se no Código de Processo Penal pátrio de modo a contribuir para sanar a obscuridade decorrente da falta de previsão de prazo na segregação cautelar preventiva. Trata-se do artigo 316, parágrafo único, do referido Código, o qual transcreve-se, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (BRASIL, 1941)

Em que pese não ter havido a efetiva fixação de prazo a ser seguido pela prisão cautelar, é de se ressaltar que, conforme aponta Assumpção (2020, p. 124), o parágrafo único "preenche uma lacuna antiga do processo penal", eis que, historicamente, a prisão preventiva não está constricta a determinado prazo de duração.

O que se nota da adição do referido dispositivo ao ordenamento jurídico é uma preocupação do legislador em dar concretude aos valores constitucionais envolvidos na questão, seriamente mitigados em razão da indefinição de um prazo a esta modalidade de prisão, de modo a constituir uma norma vai ao encontro da necessidade de se assegurar a todos uma vida digna (PEDRA, 2018).

Isso porque, pela primeira vez, há na legislação uma previsão expressa de prazo a ser observado pelos magistrados no âmbito da prisão preventiva: estes deverão, de ofício, em prazo não superior a 90 dias, decidir fundamentadamente acerca da manutenção da segregação, ou, caso esta não seja necessária, determinar a soltura do custodiado.

Nessa toada, o legislador ainda previu de forma cristalina que, uma vez inobservado tal prazo nonagesimal, a prisão se tornará ilegal. Tem-se, portanto, que a evidente consequência da omissão do magistrado em realizar a revisão da detenção no tempo devido é que esta, exauridos os 90 dias, passa a seguir ao arripio da lei. É como se aponta:

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". (MELLO, 2020)

Como cediço, a prolongação indefinida da segregação, constitui em si constrangimento, sobre o qual a legislação restava, até então, silente. A partir da alteração trazida pelo Pacote Anticrime, entretanto, Rogério Sanches Cunha (2020) aponta que, a partir da inobservância do prazo nonagesimal, resta constatado o constrangimento de fato ilegal à pessoa do custodiado, o que parece incontestável.

Nessa seara, fica caracterizado o constrangimento ilegal ao se impor ao custodiado sua permanência na prisão sem que haja contra si decisão fundamentada de magistrado que a justifique, razão pela qual, excedido o período de 90 dias, estará devidamente caracterizado o excesso de prazo que deverá, necessariamente, culminar no relaxamento da prisão: "Com a Nova lei, a prisão preventiva segue sem prazo determinado, contudo passa a existir o dever de a autoridade judiciária, de ofício, apreciar novamente a matéria no prazo de 90 dias. Não o fazendo, a prisão passa a ser ilegal, devendo ser relaxada." (ASSUMPÇÃO, 2020, p. 124).

Vê-se, portanto, contribuição significativa da referida alteração com a fixação de balizas bem definidas – e adequadas para servir de bússola aos operadores do Direito – num terreno onde, até então, prevalecia a obscuridade, restando indubitavelmente caracterizado a ilegalidade da prisão e o excesso de prazo a partir do descumprimento do prazo nonagesimal.

Assim, é notória a importância da alteração legislativa, pois, além de fixar prazo para a necessária revisão da prisão preventiva, ainda avança em apontar, "finalmente" (LOPES JUNIOR; PINHO; ROSA, 2021), que a inobservância de tal prazo implicará na ilegalidade da detenção.

Desse modo, é patente que a observância ao parágrafo único do artigo 316 do Código Processo Penal constitui não atividade discricionária, mera faculdade do magistrado, ou tampouco uma recomendação a este, mas obrigação cuja inobservância acarretará, necessariamente, na ilegalidade da prisão. Desse modo, a segregação deverá conseqüentemente ser relaxada, nos termos do artigo 5º, LXV, da Constituição de 1988, de modo a importar na libertação imediata do custodiado.

Portanto, inegável a importância de tal dispositivo, que deve ser sublinhada, eis que não apenas fixou expressamente prazo a ser observado na prisão, mas ainda previu que seu descumprimento significará ilegalidade da prisão, devendo tal norma ser seguida como bússola para que se fale em caracterização de excesso de prazo no âmbito da segregação preventiva.

### 3 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 316 DO CPP

A modificação legislativa que incluiu no Código de Processo Penal pátrio a figura do prazo nonagesimal trouxe consigo a expectativa de que aos detidos cautelarmente fosse garantida a observância do “justo processo” (LUZ, GIACOMOLLI, 2018) ao qual fazem jus como cidadãos.

Era esperado que fosse garantido ao detento a plena proteção de qualquer arbitrariedade estatal, devidamente configurada, no âmbito da prisão preventiva, quando há sua prolongação injustificada, sem que seja feita pelo magistrado a revisão de sua necessidade, tal qual se consignou obrigatório na letra da lei.

Conforme se observa, o dispositivo que agregou ao Código de Processo Penal a previsão do prazo nonagesimal é bastante semelhante ao já mencionado artigo 141 do Código de Processo Penal paraguaio. Porém, a diferença deste, não prevê expressamente a soltura imediata do custodiado em caso de inobservância de prazo, embora afirme que esta implicará na ilegalidade da prisão.

Ao não estabelecer de forma expressa uma sanção, tal qual se observa na legislação paraguaia, abriu-se margem para interpretações que afastam a eficácia da norma, e causam, na prática, o seu esvaziamento, eis que, nos termos em que aponta Aury Lopes (2017): “O limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário, os abusos continuarão”.

O que se verifica, a partir da ausência de uma expressa previsão de sanção, é que os tribunais enxergaram uma lacuna a justificar a mitigação do dispositivo, e a consequente manutenção da prisão preventiva a despeito do indevido descumprimento do prazo nonagesimal para revisão desta, consoante se nota, no julgamento do *habeas corpus* criminal nº 100200037966, datado de setembro de 2020:

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. EXCESSO DE PRAZO. ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP. ORDEM DENEGADA. 1. O excesso de

prazo não se verifica através de simples operação matemática, devendo ser analisado à luz do caso concreto sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. O prazo previsto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal não é peremptório, ou seja, a sua inobservância não gera, de pronto, a ilegalidade da segregação cautelar, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas peculiaridades. 3. Ordem denegada. (ESPÍRITO SANTO, 2020)

No mesmo sentido, asseverou a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RHC nº 123.069/MS:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. AÇÃO PENAL COMPLEXA. PLURALIDADE DE RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO, COM RECOMENDAÇÃO. (...) 3. Eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de 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. 4. O Tribunal a quo afastou a alegação de excesso de prazo consignando que desde a prisão cautelar, em 7/8/2019, o feito teve tramitação regular com o devido impulso pelo Juízo processante, destacando que ação originária é complexa. De fato, o feito envolve 3 acusados, além de ter demandado a expedição de cartas precatórias, o que, naturalmente, requer maior tempo na execução dos atos processuais. 5. Observa-se, no caso, que o Magistrado de primeiro grau tem empregado esforços na celeridade do feito, não se podendo falar em atraso injustificado. 6. Recurso desprovido, com recomendação ao Juízo processante para que revise 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, e que imprima celeridade no encerramento da ação penal. (BRASIL, 2020)

Conforme se vê, tem-se adotado o entendimento de que o exaurimento do prazo nonagesimal não caracteriza ilegalidade, nem tampouco justifica o relaxamento da prisão preventiva do custodiado, pois, nas interpretações do dispositivo que têm sido adotadas, observa-se que a jurisprudência tende a considerar que o consignado expressamente na lei seria uma mera sugestão ou recomendação do legislador aos magistrados, e não um dever legal que, como tal, deve ser devidamente observado.

Do mesmo modo, a enumeração pelos magistrados de fatores abstratos como a gravidade e complexidade dos fatos e quantidade de réus denota com clareza a desídia em se fazer cumprir o estabelecido na legislação, afinal, o que a lei prevê é tão somente que se revise periodicamente a prisão do indivíduo. Assim, resta pouco

claro de que modo a suposta complexidade dos fatos constituiria óbice para que o magistrado, em 90 dias, determine a necessidade de manutenção ou não da cautelar.

Fatores como a suposta gravidade e complexidade dos fatos e multiplicidade dos réus são comumente utilizados pelo Judiciário para decretar prisões preventivas, e podem, nos limites da lei, servir como razão para que o magistrado, ao realizar a revisão da detenção, mantenha a medida cautelar. Entretanto, uma vez exaurido o prazo, não há que se falar nessas questões, que poderiam, tempestivamente, ter sido aventadas inclusive para a manutenção da segregação.

Nessa toada, parece claro que o posicionamento adotado pelos tribunais é no sentido de promover o esvaziamento da norma, e, conseqüentemente, dos direitos que esta busca proteger. Anota-se, entretanto, que a orientação jurisprudencial de mitigar o dispositivo, conferindo a este interpretação diversa do que está expressamente escrito, e afastando a sua incidência e aplicabilidade prática, não é poupada de críticas por parte da doutrina nacional. Vejamos:

Enfim, o que infelizmente se percebe é que o STJ (e os tribunais inferiores, que já seguem a mesma linha, como regra) está esvaziando – uma vez mais – uma das grandes inovações trazidas pelo pacote anticrime. Ao relativizar a sanção decorrente da violação do dever legal, o STJ acaba por sepultar o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, pois no Brasil, prazo sem sanção é igual a ineficácia da proteção ao direito fundamental que se pretendia tutelar. (LOPES JUNIOR; PINHO; ROSA, 2021, *on-line*)

Em outubro de 2020, no entanto, o Supremo Tribunal Federal avançou na mitigação do disposto no artigo 316, parágrafo único do CPP, fixando orientação que tem sido largamente seguida pelos tribunais inferiores, que acaba por esvaziar de vez a norma, conforme se verá.

### 3.1 O CASO ANDRÉ DO RAP E SEU DESDOBRAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Em decisão liminar no *habeas corpus* nº 191.836/SP, datada de outubro de 2020, o Ministro Marco Aurélio Mello decidiu pela soltura de André Oliveira Macedo,

conhecido como “André do Rap”, apontado como um dos líderes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), pois, no caso, teria havido o esgotamento do prazo nonagesimal para revisão da prisão preventiva do paciente, de modo a restar caracterizado o excesso de prazo, nos seguintes termos:

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. (...) 3. Defiro a liminar. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja custodiado por motivo diverso da prisão preventiva retratada no processo nº 0000373- 08.2015.4.03.6104, da Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade. (BRASIL, 2020)

Tamanha foi a controvérsia após a efetiva soltura do paciente, que terminou por se evadir do país, que o presidente da Suprema Corte, ministro Luiz Fux, determinou a suspensão da liminar concedida pelo colega, estipulando, infrutiferamente, a volta de André do Rap à prisão.

Em seguida, o plenário do Supremo se reuniu, para, nos autos da Suspensão de Liminar nº 1.395, afastar, por nove votos a um, a decisão do Ministro Marco Aurélio e, ademais, fixar o entendimento da Corte no sentido de que o esgotamento do prazo de 90 dias não caracterizará a ilegalidade da prisão, tampouco implicará na libertação imediata do acusado.

Como se vê, uma vez tal entendimento passou a ser regra na Suprema Corte, passando a ser repercutido pelos tribunais inferiores, incluindo o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, conforme se nota:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo que impugna apenas um dos fundamentos da decisão agravada. Não conhecimento. 3. Omissão do Juiz quanto à necessidade de reavaliação da prisão preventiva a cada noventa dias, à luz do artigo 316, parágrafo único, do CPP. Recurso não conhecido. O Plenário desta Corte, nos autos do Suspensão de Liminar 1.395, firmou entendimento no sentido de que a falta

da referida reavaliação, a cada 90 dias, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do CPP, não gera direito à revogação automática da prisão preventiva. 4. Agravo não conhecido, mas determinada a reavaliação, nos termos da lei. (BRASIL, 2021)

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIENTES. HABEAS CORPUS NEGADO.1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou tese, nos autos da SL 1395, no sentido de que A inobservância do prazo nonagesimal previsto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos. Assim, por ora, não há como reconhecer a ilegalidade suscitada pela defesa. De qualquer modo, o juízo a quo proferiu nova decisão, mantendo a prisão preventiva do paciente em 13/11/2020.2. Considerando que Decisão, que a impetrante aponta como ato coator, suficientemente indica a presença de suficientes indícios de autoria e materialidade quanto à prática do delito de homicídio, ressaltando a gravidade em concreto do crime e o risco de reiteração criminosa, e não constando nestes autos elementos que afastem os argumentos do magistrado pela necessidade de manutenção da prisão do ora paciente, deve-se confiar na palavra do magistrado quanto à presença dos requisitos do art. 312 do CPP.3. É assente na jurisprudência pátria de que as condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, não teriam o condão de, por si sós, garantirem a concessão da liberdade provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da manutenção da prisão cautelar, como demonstrado in casu, em razão dos indícios de autoria e materialidade delitiva, e da presença dos requisitos do art. 312 do CPP. 4. Ordem conhecida e denegada. (ESPÍRITO SANTO, 2021)

Em que pese ser justa a preocupação e indignação popular com a libertação de um detento considerado de alta periculosidade, deve-se, destarte, destacar que as decisões do STF devem, necessariamente, ter caráter contramajoritário, principalmente quando, mesmo não sendo a medida mais popular, é preciso garantir a observância a direitos fundamentais, o que não ocorreu no caso em tela.

Outrossim, não parece prudente que tal indignação seja direcionada ao magistrado que somente fez valer o expressamente consignado no Código de Processo Penal, desconsiderando a desídia ocorrida por parte do Juízo a quo, que deixou de revisar e manter a prisão no prazo legal, dada a grande periculosidade atribuída ao paciente, bem como do Ministério Público, promotor da ação penal e ciente das condições pessoais do acusado, que não provocou o Juiz de piso para que o fizesse.

Embora não se olvide que possivelmente a manutenção da prisão do paciente fosse adequada, o fato é que esta discussão deveria ter sido travada nos autos dentro do

prazo legal, antes que a desídia do magistrado de piso comprometesse a própria legalidade da segregação cautelar, como inegavelmente ocorreu no caso em análise.

Apesar de os críticos à decisão que concedeu a liminar a favor do paciente apontarem que não se pode interpretar o dispositivo em sua literalidade, indubitavelmente o sentido da lei é preservar a liberdade de locomoção, como assinala próprio ministro relator (MELLO, 2020).

Nessa toada, disserta ainda o magistrado sobre sua visão acerca do referido dispositivo legal, que o levou a conceder a liminar:

Constatando inobservada a norma imperativa, cogente, do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal e, portanto, extravasado o período máximo de 90 dias relativo à custódia provisória, inexistente qualquer ato renovando-a como exigido, implementei a medida acauteladora, observando, acima de tudo, a Constituição Federal: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;" - artigo 5º, inciso LXV. (MELLO, 2020)

Como cediço, a visão do ministro, que somente fez valer o que prevê de forma clara a lei, restou completamente afastada pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou, em desfavor do acusado, interpretação extensiva da norma processual penal que contribuiu, de forma decisiva, para que esta fosse praticamente sepultada.

Observa-se que o comportamento do Judiciário, e respaldado pela sua mais alta Corte, é em favor de uma visão que, ao mesmo tempo, mitiga a liberdade da pessoa física, apontada por José Afonso da Silva (2003) como aquela que permite ao cidadão a possibilidade ser senhor de sua própria vontade e locomover-se plenamente pelo território nacional, e reforça a opção brasileira pelo punitivismo exacerbado e encarceramento em massa.

Assim, o que se verifica, em síntese, é que a regra inserida no parágrafo único do artigo 316 do CPP, que buscava proteger o indivíduo de arbitrariedades, e, assim, reger direitos fundamentais comumente violados, tornou-se efetivamente – com amparo da mais alta Corte do país – uma mera sugestão, na medida que a falta de sanção para o descumprimento da norma em voga levou os tribunais e juízes de piso, cientes de sua histórica desídia em estabelecer prazo razoável à prisão preventiva, a

tratassem dessa forma, perpetuando justamente as violações que o dispositivo legal buscava coibir.

## CONCLUSÃO

Como exposto, a prisão preventiva constitui gravíssima restrição à liberdade do indivíduo, o qual acaba preso mesmo sem culpa formada. Assim, a sua aplicação não deve se dar de forma generalizada e inadvertida, e sim, de modo excepcional e restrito, a partir de uma análise cautelosa e ponderada do magistrado acerca de sua adequação e necessidade, bem como quanto à impossibilidade de decretação de qualquer medida cautelar.

Particularmente no caso brasileiro, onde os presídios e instituições carcerárias operam muito acima de sua capacidade e, por vezes, em condições notoriamente desumanas e insalubres, é imperioso que ninguém seja enviado à prisão sem que haja patente necessidade para tal, devendo ser afastadas decisões genérica e padronizadas que decretam a prisão preventiva, eis que contrárias à própria legislação processual penal atinente ao tema.

O Código de Processo Penal brasileiro, consoante verificado, resta silente acerca do estabelecimento de um prazo de duração da prisão preventiva. Isso não significa, entretanto, que este poderá se prolongar de modo indefinido, a despeito da ausência de culpa formada do acusado, pois, em caso de desídia injustificada da segregação, restará configurado o excesso de prazo, que torna a prisão ilegal e impõe, portanto, o seu imediato relaxamento.

Embora não haja uma expressa previsão de prazo para a duração da prisão preventiva, ao contrário inclusive do que ocorre em diversos países, e em que pese o projeto de Novo Código de Processo Penal brasileiro enfrentar pela primeira vez o tema, é indubitável a contribuição da Lei nº 13.964, através da inclusão do parágrafo único ao artigo 316 do CPP, para trazer luz à esta questão envolta em tanta obscuridade.

Isso porque, o referido dispositivo apresenta inovação inédita no âmbito da lei brasileira que dispõe acerca da prisão preventiva, eis que aponta, de forma clara, um prazo a ser observado: o magistrado terá 90 dias para revisar, fundamentadamente,

a prisão preventiva do acusado. E, mais além, prevê expressamente que a inobservância de tal prazo, provocará a ilegalidade da prisão.

Apesar de não ter enfim sido acrescido ao ordenamento jurídico pátrio uma previsão clara acerca do prazo da prisão preventiva, é inegável que tal dispositivo legal serviria plenamente como uma baliza para a fixação de tal prazo. A partir da inobservância deste, isto é, decorridos os 90 dias sem que fosse feita a revisão da cautelar, estaria configurado o excesso de prazo, de modo que restaria ilegal a prisão, e esta, como tal, deveria ser imediatamente relaxada pelo magistrado, pois estaria caracterizado o constrangimento ilegal ao acusado.

Entretanto, como visto, o legislador – ao contrário do que se verifica em outros países, como o vizinho Paraguai – não previu a possibilidade de sanção para o descumprimento do prazo nonagesimal, abrindo espaço para que os tribunais regionais atribuíssem interpretações peculiares à norma.

É patente que, embora correta no seu propósito de regular a questão, a conduta do legislador em deixar de estabelecer sanção ao descumprimento de norma terminou por culminar no claro esvaziamento desta.

Desde a inclusão da regra em estudo ao ordenamento jurídico, o que se observa na jurisprudência são interpretações onde se constata a evidente tendência de mitigá-la, de modo a mitigar, por consequência, os direitos fundamentais que esta busca resguardar, perpetuando a duração indefinida das prisões preventivas que historicamente vigora no Brasil.

Como ponto decisivo para consolidação desta tendência que se observava nos tribunais, entretanto, está o entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do caso André do Rap e seus desdobramentos, que acabaram por encerrar a expectativa de que o artigo 316, parágrafo único, do CPP, fosse seguida em sua literalidade, a qual é bastante clara.

O que se tem, em suma, é que a falta de previsão sanção ao descumprimento da norma fez com que os tribunais, inteiramente amparados pela Suprema Corte

brasileira, resolvessem tratá-la não como um dever, e sim como uma mera sugestão, cuja inobservância não provocaria a ilegalidade da prisão, nem tampouco a necessidade de seu relaxamento.

Portanto, constata-se que é evidente a contribuição do parágrafo único do artigo 316 do *Códex* Processual Penal para trazer luz a um tema tão obscuro e indeterminado. É, pois, uma importante baliza para o estabelecimento de prazo na prisão preventiva, eis que, como cediço, este aponta, pela primeira vez, um dever ao juiz de observar um prazo no âmbito desta modalidade de segregação cautelar, bem como prevê expressamente a ilegalidade desta em caso de descumprimento de tal prazo.

Entretanto, resta patente que, em função da interpretação atribuída pela jurisprudência nacional a tal dispositivo, a sua eficácia resta consideravelmente comprometida, de modo que, embora trate de positivar prazo a ser observado, o entendimento firmado pelos tribunais aponta no sentido de perpetuar a indefinição que historicamente vigora acerca da questão.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator nº 1, PL 8.045/10**. Relator: Dep. João Campos. Brasília, 26 de abril de 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). 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: 18 de maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em habeas corpus nº 123.069/MS, Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 18 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 191.836/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 2 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 199.660/SE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de outubro de 2021.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas Corpus Criminal nº 100200037966, Primeira Câmara Criminal, ES. Relator: Des. PEDRO VALLS FEU ROSA. Vitória, 02 de setembro de 2020.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas Corpus Criminal nº 100200037966, Primeira Câmara Criminal, ES. Relator: Des. PEDRO VALLS FEU ROSA. Vitória, 02 de setembro de 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas Corpus Criminal nº 100200008413, Primeira Câmara Criminal, ES. Relator Substituto: Juiz LUIZ GUILHERME RISSO. Vitória, 27 de janeiro de 2021.

GANDRA, Thiago Grazziane. **A possibilidade da decretação da prisão cautelar de ofício após o pacote 'anticrime'**. Consultor Jurídico, 8 de junho de 2020.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-08/thiago-gandra-prisao-cautelar-oficio-pacote-anticrime#author>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normatização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos de.; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUZ, Denise; GIACOMOLLI, Nereu José. (2018). **Jurisdição criminal brasileira e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos: diálogos necessários**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 19(1), 91-122, 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Prisão preventiva e justicamento**. Migalhas, 22 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/335285/prisao-preventiva-e-justicamento>>. Acesso em 30 de abril de 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Novo CPP do Uruguai mudou do sistema inquisitório para o acusatório**. 2 de novembro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/romulo-moreira-cpp-uruguai-segue-sistema-acusatorio>>. Acesso em 09 de maio de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. 2018. As diversas perspectivas dos direitos fundamentais. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, 18(2), 9-12. Disponível em <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i2.1227>> Acesso em 18 de maio de 2021.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Lei nº 78/87. Procuradoria Geral de Distrital de Lisboa-PT. Disponível em: < [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em 11 de maio de 2021.

RUIZ FILHO, Antonio. **Prisão preventiva e sua duração razoável**. Migalhas, 7 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330315/prisao-preventiva-e-sua-duracao-razoavel>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22º ed. São Paulo, Editora: Malheiros Editores, 2003.

URUGUAY. **Código del Proceso Penal**, Lei nº 19.293 (2017). Instituto Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales. Disponível em <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

VAZ, Maurício Seraphim. **Razoável duração do processo e "jeitinho brasileiro": análises no judiciário cível do Espírito Santo**. 2013. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2013.