

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS HIGIENÓPOLIS

CAROLINE PERUZETTO DE PAULA

PRISÃO PREVENTIVA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO:
Uma análise acerca da aplicabilidade do art. 316, parágrafo único do Código de Processo
Penal.

São Paulo

2023

CAROLINE PERUZETTO DE PAULA

PRISÃO PREVENTIVA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO:

Uma análise acerca da aplicabilidade do art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Guilherme Madeira Dezem

São Paulo

2023

CAROLINE PERUZETTO DE PAULA

PRISÃO PREVENTIVA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Uma análise acerca da aplicabilidade do art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

À Deus que me sustenta.

À minha mãe, que me ensinou a levar a vida de forma leve, e ao meu pai, que me ensinou a nunca desistir. Ao meu irmão que me ensinou a correr atrás dos meus sonhos.

Ao amor da minha vida Giovanni, que em meio a correria para o nosso casamento nunca deixou que eu me esquecesse do meu propósito. Obrigada por tornar-se parte essencial dele.

Aos meus avós Geremias, Adélia, João e Irene que sempre me encorajaram. É uma honra poder ser a primeira neta de vocês a completar o ensino superior em uma das melhores universidades do país.

À Mi, minha primeira e mais sincera amizade da faculdade, que tornou esses cinco anos de curso mais felizes.

À minha eu que persistiu e chegou até aqui. Nós vencemos.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo abordar a prisão preventiva, que não possui prazo expresso no sistema jurídico brasileiro, sob a ótica do princípio da razoável duração do processo, focando-se na análise do parágrafo único do art. 316 inserido pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) ao Código de Processo Penal, que estipulou a necessidade de revisão periódica e fundamentada da manutenção da prisão preventiva, sendo essencial para a garantia dos direitos fundamentais do acusado. Através de análise doutrinária e jurisprudencial, o trabalho procura entender a aplicação efetiva de tal dispositivo que serve como bússola para a definição de excesso de prazo na prisão preventiva. Assim, o estudo defende a necessidade de aplicação rigorosa da norma legal a fim de que o direito constitucional da razoável duração do processo seja resguardado.

Palavras Chave: Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Prazo. Revisão periódica. Análise jurisprudencial.

ABSTRACT

The present research aims to address preventive detention, which does not have an express duration to end in the Brazilian legal system, from the perspective of the principle of the reasonable duration of the process, focusing on the analysis of the sole paragraph of art. 316 inserted by Law 13.964/19 (Pacote Anticrime) to the Código de Processo Penal, which stipulated the need for periodic and well-founded review of the maintenance of preventive detention, being essential to guarantee the fundamental rights of the accused. Through doctrinal and jurisprudential analysis, the work seeks to understand the effective application of such a device, which serves as a compass for defining excessive pre-trial detention. Thus, the study defends the need for strict application of the legal norm so that the constitutional right to a reasonable duration of the process is protected.

Key words: Criminal Procedural Law. Preventive detention. Term. Periodic review. Jurisprudential analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PRISÃO PREVENTIVA	7
1.1 CRITÉRIOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: <i>FUMUS COMMISSI DELICTI</i> E O <i>PERICULUM LIBERTATIS</i>	8
1.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA	10
2 A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA A LUZ DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	12
2.1 TEORIA DOS 3 CRITÉRIOS: CASO WEMHOFF DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS	13
2.2 O PRAZO NONAGESIMAL DO PARÁGAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O DEVER DE REVISAR PERIODICAMENTE A PRISÃO PREVENTIVA.....	15
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	16
3.1 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	17
3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO “ANDRÉ DO RAP” (HC 191.836/SP).	19
3.3 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	21
CONCLUSÃO.....	22
REFERÊNCIAS	24

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva trata-se de medida cautelar excepcional prevista no art. 313 do Código de Processo Penal que poderá ser determinada, ante a sua lesividade a liberdade do indivíduo antes da sentença condenatória, apenas quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar nos termos do art. 282 § 6º do mesmo diploma legal.

Contudo, embora a excepcionalidade conferida, a prisão preventiva não possui qualquer previsão expressa sobre o seu prazo de duração, podendo, deste modo, perdurar por tempo indeterminado de modo a violar, por diversas vezes, o direito constitucional a razoável duração do processo expresso no art. 5º, LXXVIII da Carta Magna.

Desse modo, é comum que a prisão preventiva seja aplicada de forma desproporcional, sem a observância de prazo qualquer, resultando em sua aplicação prolongada e na violação da garantia constitucional da razoável duração do processo, que podem acarretar sérios danos ao acusado, sem que haja qualquer justificativa legal para tanto.

Embora a idealização da inserção no sistema jurídico de um prazo máximo para a duração da medida cautelar, em 2019, no advento da Lei 13.964, popularmente conhecida como Pacote Anticrime foi inserido o parágrafo único do art. 316 ao Código de Processo Penal, o qual prevê a revisão periódica nonagesimal e fundamentada quanto a manutenção da prisão preventiva aos que encontram-se presos cautelarmente.

O inovador dispositivo ainda prevê que a superação do prazo estabelecido sem fundamentada justificativa da manutenção da prisão cautelar decretada torná-la-á ilegal, representando uma tentativa de equilibrar a necessidade de se garantir a efetividade do processo penal sem comprometer os direitos fundamentais do acusado.

O presente trabalho, portanto, propõe-se a realizar uma análise acerca da atual aplicabilidade do art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal como base da decretação de prazo para a prisão preventiva, buscando compreender como os principais tribunais superiores brasileiros têm aplicado e interpretado o dispositivo.

De modo complementar, o trabalho buscará compreender profundamente o instituto da prisão preventiva como medida cautelar, seus fundamentos e pressupostos e como os tribunais internacionais que também não possuem prazo delimitado para esta estão balizando o assunto.

Assim, o objetivo deste trabalho consiste em discutir se a prisão preventiva tem sido aplicada de forma a garantir a efetividade do processo penal em observância ao dever revisional estabelecido expressamente para esta cautelar, de modo a assegurar o direito fundamental do indivíduo a razoável duração do processo.

1 A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva trata-se de espécie de medida cautelar, estas que, consistem, essencialmente, em providências implementadas pelo Estado com o intuito de assegurar a efetividade e a utilidade da tutela jurisdicional a ser manifestada posteriormente através da sentença penal condenatória ou absolutória (Bonfim, 2017).

Acerca das prisões cautelares ensina-se:

Com as providências cautelares, busca-se garantir a efetividade do processo, ou seja, a aplicação da lei substantiva ou material, na medida em que intenta a preservação e a inalterabilidade de situações ou meios que interessem a prestação jurisdicional, de modo que toda situação ou meio de que se repute conter valor para o deslinde da causa possa estar protegido contra seu falseio, modificação ou perda de significação ou utilidade (Bonfim, 2017).

Desse modo, a prisão preventiva trata-se de medida cautelar de natureza processual penal que busca garantir que o desenvolvimento do processo ocorra naturalmente e que, como consequência, a aplicação do poder de punir seja a mais eficaz possível (Lopes Jr., 2013).

É necessário observar nesse ponto que a prisão preventiva diferencia-se das demais medidas cautelares na medida em que trata-se da cautelar que decreta a mais grave agressão possível estatal ao indivíduo, superando a própria pena aplicada uma vez que retém sua liberdade antes mesmo do trânsito em julgado da conduta, tratando-se de mera probabilidade (Nicolitt, 2023, p. 997).

Por tratar-se de medida cautelar, a prisão preventiva possui, dentre outros, caráter provisório considerando que sua decretação é realizada de modo precário, vinculada a necessidade de sua imposição e ao período em que foi aplicada (Bonfim, 2017).

A medida cautelar da prisão preventiva é uma das modalidades de prisão provisória, que poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, somente por juiz ou tribunal competente em decisão fundamentada e é admitida pelo art. 313 do Código de Processo Penal nas seguintes hipóteses:

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

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

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

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º 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. (Brasil, 1941)

Nesse ponto é interessante observar que os parágrafos 1º e 2º do artigo foram incluídos com o advento da Lei 13.964 de 2019 que reforçou a necessidade de que esses motivos e condições estabelecidos demonstrem que a liberdade do réu ou do investigado representem de fato um perigo aos interesses tratados no artigo 312 do mesmo Diploma Legal, sejam eles a garantia da ordem pública e econômica, a segurança da instrução criminal e a preservação da aplicação da lei penal (Cruz, 2023).

Para a aplicação da prisão preventiva, é necessária a observância dos pressupostos cautelares do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

1.1 CRITÉRIOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: *FUMUS COMMISSI DELICTI* E O *PERICULUM LIBERTATIS*

Primeiramente é necessário observar que a prisão preventiva, por tratar-se de medida extremamente lesiva ao indivíduo, deve ser orientada pela natureza excepcional, não devendo ser decretada pelo julgador sem motivada e legítima necessidade (Nicolitt, 2023).

Assim, por trata-se de medida cautelar excepcional, a prisão preventiva sujeita-se aos pressupostos e fundamentos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* (Cruz, 2023).

Desse modo, para a decretação da prisão preventiva exige-se a “prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria” conforme expresso no art. 312 do Código de Processo Penal, *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.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Brasil, 1941)

O *fumus commissi delicti* trata-se justamente da probabilidade razoável da existência de um crime, podendo ser observado em simetria ao *fumus boni iuris* do processo civil, mas sem com que esse se confunda, uma vez que a identidade de conceitos encontra-se na prognose e não no conceito como essência (Lopes Jr., 2022).

Nesse sentido, impõe-se a necessidade de um juízo de probabilidade para a decretação de tal medida cautelar, probabilidade esta que “significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito” (Lopes Jr., 2022, p. 40).

Assim, conclui-se acerca da decretação da prisão preventiva que:

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 das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não o pode ser para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. (Lopes Jr., 2013, p. 40).

Na mesma linha, é o que se entende acerca dos requisitos para que sejam decretadas as medidas cautelares:

Dois são os requisitos exigidos para a regular imposição das medidas cautelares. O primeiro deles é o *fumus commissi delicti*, que consiste no juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, se tratarmos da medida decretável no curso da investigação criminal, bem como da provável condenação ao final da instrução criminal, se tratarmos da ação penal. Em síntese, nada mais são do que os indícios suficientes de autoria e da razoável suspeita da ocorrência do crime.

Ademais, com base no *fumus commissi delicti* é possível impedir a imposição das cautelares também em situações em que, de plano, se verifique a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Afinal, como se justificaria a imposição de uma medida cautelar em uma ação penal que, ao que tudo indica, estará fadada ao insucesso?

O segundo requisito para a decretação das medidas cautelares é o *periculum in libertatis*, que consiste no efetivo risco atinente à ampla e irrestrita liberdade do agente. Assim, faz-se necessária a comprovação da imprescindibilidade na imposição da medida (Bonfim, 2017, p. 602).

Assim, na mesma linha, o *periculum libertatis* também deve ser compreendido como requisito para a decretação da prisão preventiva. Nesse mesmo sentido, Cruz (2023, p. 276) explica que este conceito denota que deverá ser feita uma avaliação acerca da periculosidade

do sujeito passivo sendo observado de seu comportamento processual, seu modo de agir em grupos sociais, e a maneira pela qual o crime foi executado, sendo, por vezes, necessária a restrição, ainda que parcial, da liberdade do acusado.

Ainda sobre o *periculum libertatis* ensina-se que:

As expressões “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” são expressões que pretendem designar situações fáticas, cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada. Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar. Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (Lopes Jr., 2022, p. 41).

Contudo, é possível ressaltar que a rigidez da prisão preventiva não deve ser sustentada apenas porque o investigado possui mal antecedentes ou foi autor de um crime violento, segundo Cruz (2023, p. 277) “justiça penal não se faz por atacado e sim artesanalmente, examinando-se atentamente cada caso para dele extraírem-se todas as suas especificidades, a torná-lo singular e, portanto, a merecer providência adequada e necessária”.

Assim, é necessária a comprovação do *periculum libertatis*, não bastando meras presunções deste para que seja decretada a prisão preventiva, pelo contrário, o perigo de manter o investigado em liberdade deve ser real e possuir suporte probatório e fático claro e suficiente para que a medida seja aplicada (Lopes Jr., 2013).

Conclui-se, portanto, que a medida cautelar da prisão preventiva, apenas será aplicada em situações específicas e não deverá ser utilizada a menos que os critérios necessários sejam atendidos, devendo-se, na exclusão de um destes, ser aplicada outra medida menos severa para lidar de forma mais proporcional com a situação.

1.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública conforme se extrai do art. 312 do Código de Processo Penal, *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. (Brasil, 1941).

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública e econômica está normalmente associada a continuidade da prática criminosa, justificando-se a aplicação desta com o fundamento de que o investigado continuará a cometer outros delitos, não importando se tenham relação com crime o qual derivou a prisão (Brito; Fabretti; Lima, 2019).

Contudo, é necessário ponderar sobre o aspecto vago e aberto do conceito de “ordem pública e econômica” inserido no texto legal, que abre margem as mais diversas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias, cabendo ao magistrado a tarefa de definir seu conceito e sua amplitude (HC 106446, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relador(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFOLLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-215, P. 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-00397).

Conforme entendimento acima, discorre-se sobre como a decretação da prisão preventiva por vezes é determinada através das meras visões de vida que possui o julgador:

Ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluida, sem qualquer consistência. Normalmente, entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia ao crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Diga-se, contudo, uma prisão por esse motivo não tem a menor intimidade com o processo penal, não apresentando caráter cautelar, como exigido. Ademais, a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões (Tourinho Filho, 2012, p. 686-687).

Assim, a prisão preventiva tem sido utilizada como mais uma espécie de medida de segurança que garanta a defesa social do que como uma medida cautelar propriamente dita (Cruz, 2023, p. 264).

Nesse sentido, sustenta-se a inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e econômica por ausência de fins cautelares e processuais que legitimam este provimento, uma vez que esta medida processual foi transformada indevidamente em atividade de polícia que vem sendo utilizada como medida de segurança (Lopes Jr. 2023, p. 50).

2 A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA A LUZ DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A razoável duração do processo trata-se de direito de todos assegurado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Brasil, 1988).

Conforme ensina o artigo, é fundamental que haja celeridade na tramitação processual para que os procedimentos necessários ocorram de modo ágil e eficiente, considerando que, por muitas vezes, o tempo torna, sobretudo no processo penal quando da aplicação da prisão preventiva, ainda mais danosas as consequências de possuir um processo em trâmite, 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).

É importante ressaltar ainda que a busca pela celeridade processual não pode justificar a violação de outras garantias processuais asseguradas aos acusados como a ampla defesa e o direito de exercê-la no tempo necessário para que seja adequada (Badaró; Lopes Jr., 2009).

A prisão preventiva, conforme já bem mencionado, possui caráter temporário por tratar-se de medida cautelar, como também defende-se:

Distinto do princípio anterior, a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada (Lopes Jr., 2023, p. 274).

Desse modo, a prisão preventiva deveria possuir breve duração de modo a garantir a razoável duração do processo e limitando os danos causados sociais ao investigado ao longo do trâmite processual.

Contudo, um dos principais desafios do sistema cautelar brasileiro é sua falta de precisão. É possível notar uma clara incerteza acerca da duração da prisão preventiva, considerando que em momento algum esta questão foi debatida, podendo durar conforme o

entendimento do juiz ou do tribunal em questão acerca do *periculum libertatis* do acusado ou investigado (Lopes Jr., 2023).

Ainda, cumpre observar que, conforme ensina Lopes Jr. (2023), o Brasil adotou a teoria do “não prazo”, ou seja, ainda que a razoável duração do processo seja direito fundamental do indivíduo que foi inserido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº45/2004 no art. 5º, inciso LXXVIII e que diversos prazos tenham sido expressos no Código de Processo Penal, estes não implicam em qualquer sanção processual caso sejam descumpridos, o que equivale, na prática, a ausência de prazo final.

2.1 TEORIA DOS 3 CRITÉRIOS: CASO WEMHOFF DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.

Para que houvesse nítida fixação da duração máxima da prisão preventiva seria necessário que o ordenamento jurídico brasileiro definisse um referencial de dilação permitida e a imposição de sanções para casos em que esta é descumprida, como por exemplo a liberdade automática do investigado ou a extinção do processo. Contudo, haja vista que o legislador brasileiro não optou nesse sentido, faz-se necessária outra análise do tramite processual (Lopes Jr., 2023).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos ocupa papel de suma importância na proteção dos direitos humanos no continente europeu, sendo responsável por garantir a razoável duração do processo, ou seja, que direito à justiça seja realizado em prazo razoável para que uma decisão justa venha a ser proferida, conforme expresso no art. 6 da Convenção.

Assim, a análise processual deve ser realizada à luz da teoria dos três critérios fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos a partir do caso *Wemhoff* de 27 de junho de 1968 sejam eles a dificuldade intrínseca do cenário, a intervenção das entidades estatais e o comportamento da parte envolvida, incorporando, ainda, o princípio da razoabilidade como elemento de conexão (Lopes Jr., 2023).

Neste ponto, é importante ressaltar que, conforme ensina Nicolitt (2014), tais critérios deverão ser apreciados em conjunto, “valorando-se relativamente a importância de cada um,

sem prejuízo de se perceber em tal ponderação a identificação de um só que influenciaria de forma definitiva na análise”.

Desse modo, na tentativa de minimizar as consequências e a vagues da indeterminabilidade do conceito do prazo razoável, os tribunais superiores brasileiros têm aplicado a teórica dos três critérios nos casos em que verse sobre constrangimento ilegal derivado do excesso de prazo na prisão cautelar, como se observa no HC nº 368.298/PE, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 27 de setembro de 2016, nesse sentido tem-se o trecho do voto do Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, *in verbis*:

Constato flagrante violação do princípio constitucional da razoável duração do processo, que deve prevalecer sobre a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública. Em uma balança de interesses, deve preponderar a garantia fundamental assegurada ao acusado, não sendo razoável manter sua prisão preventiva por mais de três anos sem que haja nenhuma previsão para a prolação de sentença. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente entre nós por força do Decreto n. 678, de 6/11/92, confere à pessoa acusada em processo criminal o "[...] direito a ser julgada dentro de um prazo razoável [...]" (art. 7º, item 5). O tema tem sido objeto de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), inclusive de processos em que se aponta o Brasil como responsável pelo constrangimento ilegal decorrente do descumprimento do direito à razoável duração do processo. A Corte, para aferir a razoabilidade ou a irrazoabilidade do prazo excedido pelo Estado reclamado, considera a ocorrência de fatores como: (a) as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; (b) a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado; (c) a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas administrativas ou judiciais. (Cruz, 2016).

Contudo, ainda com a análise dos critérios acima, o desfecho permanece impreciso e sujeito a interpretações que enfraquecem a efetividade do direito fundamental da razoável duração do processo (Lopes Jr., 2023), considerando que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos jamais fixou um limite temporal quantificado.

Há que se ressaltar que o direito penal e os procedimentos que o regulam encontram-se estritamente delimitado pelo princípio da legalidade e que, deste modo, a duração dos processos também deverão ser claras e bem definidas munidas de regulamentação normativa (Lopes Jr., 2023).

Nesse sentido é defendido que:

Se não há um limite temporal claro (ainda que admita certa flexibilidade diante das especificidades), o critério para definir se a dilação é “indevida” ou se está justificada, é totalmente discricionário, com um amplo e impróprio espaço para sua (des)avaliação, sem qualquer possibilidade de refutação (Badaró; Lopes Jr., 2009, p. 41).

Ademais, é necessário ter cautela ao defender a aplicação dos critérios estabelecidos no estrangeiro ao ordenamento jurídico brasileiro considerando que cada sistema deve ser elaborado em observância a realidade que o cerca (Nicolau, 2023).

Contudo, é necessário ponderar que:

No entanto, a observação das condutas estrangeiras podem servir de grande inspiração para que seja feita, de forma consciente e cuidadosa, as melhorias necessárias no sistema pátrio, e é sob esta ótica que deve ser encarado o estudo do modelo da Corte Européia no tutela da processo em tempo adequado, para, quem sabe, se consiga construir no Brasil uma Justiça mais eficiente, que atenda aos anseios de celeridade que permeiam esta sociedade (Nicolau, 2023, p. 19).

Assim, ainda com a aplicação subsidiária pela jurisprudência brasileira, ante a falta de limite temporal do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, consolidou-se a doutrina do “não prazo”, uma vez que a indefinição precisa de prazo resultou em um amplo poder discricionário para que sejam avaliadas a circunstâncias de cada caso e o “sentir” do magistrado (Badaró, Lopes Jr., 2009).

2.2 O PRAZO NONAGESIMAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O DEVER DE REVISAR PERIODICAMENTE A PRISÃO PREVENTIVA

Com o advento do Pacote Anticrime, houve a adição do art. 316, parágrafo único ao Código de Processo Penal, que trata-se de um dispositivo que buscou sanar a obscuridade causada pela ausência de prazo definido na decretação de prisão preventiva, 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)

Narra Assumpção (2020) que o parágrafo único do art. 316 soluciona uma omissão histórica no processo penal brasileiro que tradicionalmente não concedia prazo definido para que a prisão preventiva fosse apreciada novamente, assim, defende o autor que caso a reavaliação não ocorra, a prisão passará a ser ilegal e deverá, conseqüentemente, ser relaxada.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 316 tratava-se de grande evolução para a aplicação das prisões cautelares no processo penal conforme se explica:

Era uma grande evolução que evitaria que o juiz simplesmente “esquecesse” do preso cautelar, bem como efetivaria o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou já desapareceram (caráter situacional). Tal agir deverá ser de ofício, independente de pedido, até porque se trata de controle da legalidade do ato, um dever de ofício do juiz. Para além da necessidade, a redação do artigo era claríssima e unívoca: “deverá” o órgão emissor revisar a cada 90 dias, “sob pena de tornar a prisão ilegal”. Mais claro impossível: deverá (e não poderá); a cada 90 dias (não mais do que isso, o marco temporal está fixado) e, se não o fizer, haverá uma sanção (finalmente teríamos prazo com sanção): sob pena de tornar a prisão ilegal. (Lopes Jr., 2023, p. 275).

Desse modo, é evidente que a omissão do julgador em manter a prisão preventiva do acusado após exauridos os 90 dias sem que haja qualquer justificativa passa a agir de modo contrário à lei, conforme se explica:

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)

Mello (2020) bem pontua que a revisão deverá ser feita a cada 90 dias pouco importando a fase processual em andamento, uma vez que não trata-se de medida inviável considerando a automatização dos procedimentos.

Assim, é possível concluir que o dever de revisão da prisão preventiva expresso no parágrafo único do artigo 316 possui prazo com sanção, seja ela o relaxamento da medida, sendo obrigatória sua observância e não mera faculdade do magistrado (Lopes Jr.; Pinho; Rosa, 2021).

Desse modo, é indiscutível a relevância deste dispositivo, que merece destaque, por ter estabelecido de modo claro um prazo para que a medida cautelar seja revista, determinando que sua inobservância resulte em ilicitude da prisão e a soltura do acusado conforme estipulado pelo artigo 5º, LXV, da Constituição de 1988.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A inclusão legislativa do prazo revisional previsto no parágrafo único do art. 316 ao Código de Processo Penal trouxe consigo justa expectativa da observância do “justo processo” aos detidos cautelarmente.

Nesse sentido, a matéria afetada pela Recomendação nº 62 do CNJ, *in verbis*:

Art. 4º, I, c: “Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: (...) c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;” (Brasil, 2020).

Assim, o Conselho Nacional de Justiça reconhece a aplicação do prazo nonagesimal para a revisão da prisão preventiva e, além disso, recomenda que magistrados concedam prisão domiciliar nos casos em que a revisão periódica tenha sido superada (Lopes Jr.; Pinho; Rosa, 2021).

Contudo, ainda que a soltura dos detidos cautelarmente após decorrido o prazo revisional de 90 dias seja medida que se considera mais próxima do entendimento do legislador, o Código não prevê de modo expresso que está deva ocorrer mas somente afirma que a manutenção implicará na ilegalidade da prisão.

Dessa forma, a falta de sanção expressa concedeu espaço para diversas interpretações que comprometem a aplicabilidade da norma, conforme bem pontua Lopes Jr. (2017): “O limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário, os abusos continuarão”.

3.1 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme observa-se abaixo, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela relativização do dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, especialmente tangente ao relaxamento da medida nos casos em que o prazo tenha sido superado.

Nesse sentido, asseverou a Sexta Turma, em julgamento do AgRg no HC 588.513/SP:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 691 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. REAVALIAÇÃO PERIÓDICA DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 DIAS. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. RISCO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E DESENVOLVIMENTO DA COVID-19. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. A nova redação do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, operada pela Lei n. 13.964/2019, determina a reavaliação periódica dos fundamentos que indicaram a necessidade da custódia cautelar a cada 90 dias. “Contudo, não se trata de termo 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” (AgRg no HC n. 580.323/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/6/2020). (...) 6. Agravo regimental não provido. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma).

Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 580.323/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data de julgamento: 30/06/2020, Data da publicação: 04/08/2020).

É este também o entendimento da Quinta Turma no julgamento do HC nº 552.438 em que foi decidido que a extrapolação dos prazos processuais previstos não acarreta automaticamente no relaxamento da prisão cautelar decretada ao acusado:

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. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus nº 552438 PI 2019/0376411-8, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS. Data de julgamento: 01/04/2020, Data da publicação: 06/04/2020).

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não há que se falar em ilegalidade de manutenção da custódia nos casos em que o prazo estipulado é superado sem que haja a revisão da medida aplicada, nem tampouco traça justificativa para que a prisão preventiva seja relaxada. Pelo contrário, o STJ tem considerado que o exposto no parágrafo único do art. 316 trata-se apenas de mera sugestão do legislador aos julgadores e não um dever legal a ser aplicado.

Assim, é possível concluir que:

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. Uma pena. (Lopes Jr.; Pinho; Rosa, 2021, p. 32).

Portanto, ainda que a prisão preventiva não tenha duração máxima expressa, com o advento do Pacote Anticrime introduziu-se a necessidade de revisão regular desta afim de avaliar sua relevância para a definição de período com penalidade específica, o que não vem

sido observado pelo Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, mantém a abordagem anterior ao novo dispositivo: a prisão preventiva subsistirá enquanto o poder judiciário entender persistir a presença do *periculum libertatis*, que pode dar-se sem limites, independentemente de análise do prazo nonagesimal.

3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO “ANDRÉ DO RAP” (HC 191.836/SP).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de modo polêmico principalmente após decisão no Habeas Corpus nº 191.836/SP, mais conhecido como o caso “André do Rap”, em que o acusado encontrava-se preso sem condenação transitada em julgado há mais de 90 dias sem que o magistrado responsável tenha revisto a medida e renovado a fundamentação.

Em decisão liminar, no referido Habeas Corpus, o ministro Marco Aurélio Mello, de pronto decretou a soltura de André Oliveira Macedo, o conhecido líder da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) apelidado de “André do Rap” considerando que o prazo nonagesimal para a revisão da prisão preventiva havia sido ultrapassado, restando caracterizado o excesso de prazo. Nas palavras do ministro:

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. (Mello, 2020)

Contudo, após a soltura do investigado, o então presidente da Suprema Corte, o ministro Luiz Fux determinou a suspensão da liminar ora concedida, e determinando a imediata prisão de André Oliveira Macedo.

Para o Ministro Fux (2020), a previsão do Código de Processo Penal apenas deve ser aplicada se houver modificação no andamento do processo que exija nova fundamentação para

que a prisão preventiva seja mantida, assegurando que “a revisão da prisão a cada 90 dias pressupõe marcha processual em condições de alterar a realidade sobre a qual decretada a prisão”.

Em seguida, o plenário se reuniu para nos autos da Suspensão Liminar afastar, por nove votos a um, a decisão do ministro Marco Aurélio, reconhecendo a violação do prazo nonagesimal no caso, contudo, fixando o entendimento de que este pode ser flexibilizado não implicando na automática revisão da medida cautelar e que juiz decretante deve reavaliar a legalidade e atualidade desta, firmando a seguinte tese:

A inobservância do prazo nonagesimal do Artigo 316, do CPP, não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade dos seus fundamentos (Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SL 1395 MC-Ref/SP, Relator(a): Min. LUIZ FUX (Presidente), Data do julgamento: 15/10/2020, Data da publicação: 04/02/2021).

Neste ponto há que se observar que o STF não declarou o parágrafo único do art. 316 inconstitucional, contudo concedeu ao disposto interpretação diversa ao entendimento do legislador.

Assim, a ilegalidade da manutenção da prisão preventiva pela falta de revisão nonagesimal da medida não possui, a luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal, efeito automático de soltura pelo mero transcorrer temporal.

O Supremo Tribunal Federal, após decisão emblemática que retira a ilegalidade da extrapolção do prazo para a revisão da medida cautelar, permanece a posicionar-se nesse sentido, conforme se vê no julgamento do RHC 200959, *in verbis*:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Prisão preventiva. Reavaliação do prazo de 90 dias (art. 316, parágrafo único, do CPP, na redação da Lei nº 13.964/19). Competência do órgão emissor da decisão. Superveniência de sentença condenatória questionada em grau recursal. Inconformismo que deve ser arguido pela via processual adequada prevista no ordenamento jurídico. Inobservância do prazo que não resulta na automática revogação da custódia preventiva. Inexistência de ilegalidade flagrante. Recurso de agravo não provido. 1. O Plenário da Corte posicionou-se no sentido de que o transcurso de prazo previsto no art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta a automática revogação da prisão preventiva (SL nº 1.395, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13/11/20). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Brasil. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 200959 AgR, Relator(a): Dias Toffoli. Data do julgamento: 21/06/2021, Data da publicação: 25/08/2021).

Em análise é possível concluir que a flexibilização do dever de revisar a prisão preventiva tornou-se “letra morta” e que o dispositivo inserido pelo Pacote Anticrime tornou-se vazio:

Em última análise, tanto STJ como STF deram uma interpretação de tamanha relativização e flexibilização que o dever de revisar a medida sob pena de ilegalidade virou – uma vez mais – letra morta, ou seja, ‘uma lei que não pegou’. Ainda que se argumente que o dever de revisar persiste, ao tirar a eficácia da sanção (ilegalidade) se operou o completo esvaziamento do dispositivo. Restou, ao final, apenas uma possibilidade de a defesa requerer, a cada 90 dias, que o juiz profira uma decisão fundamentada no sentido de manter ou não a prisão preventiva, sendo que nenhuma sanção advirá da inobservância desse prazo (Lopes Jr.; Pinho; Rosa, 2021, on-line, p. 32).

Desse modo, o prazo nonagesimal expresso no art. 316 parágrafo único do Código de Processo Penal “é um prazo cuja consequência por descumprimento é igual a obrigação original. O que, portanto, deixa de ser um prazo” (Ribeiro, 2020).

Assim, com a não observância do dever de revisão periódica da medida cautelar, considerando-a norma sem sanção aplicável pelos tribunais superiores, a prisão preventiva, que não possui prazo legal para que seja revogada, torna-se ainda mais danosa ao acusado que tampouco detém garantia que a medida será reexaminada em prazo razoável.

3.3 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

O entendimento da Suprema Corte passou a ser repercutido pelos tribunais locais como o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que segue na mesma linha, como se observa no julgamento do Habeas Corpus Criminal nº 2134862-05.2022.8.26.0000 em que o acusado alegava sofrer constrangimento ilegal por permanecer preso cautelarmente por mais de 90 dias sem que houvesse a reavaliação da medida aplicada.

Em julgamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, em conformidade com a posição dos demais tribunais superiores, que o eventual atraso na execução da revisão periódica da prisão cautelar aplicada não implica em imediato reconhecimento de ilegalidade e tampouco na liberdade automática do custodiado, conforme se vê:

Habeas Corpus. Pretendida a revogação da prisão preventiva do paciente por inobservância ao disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Não acolhimento. Apesar da literalidade do dispositivo, não se trata de prazo peremptório, razão pela qual eventual atraso na execução deste ato não implica em automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade, mormente quando a prisão preventiva já teve sua legalidade confirmada por esta C. Câmara Criminal em outro HC julgado em 24.03.2022. Prazo nonagesimal previsto no art. 316, parágrafo único, do CPP, que foi superado. Ordem concedida tão somente para que o juízo de origem seja instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos no tocante à decretação da prisão preventiva do paciente. (Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo (13ª Câmara de Direito Criminal Foro de Itatinga - Vara Única). Habeas Corpus Criminal

2134862-05.2022.8.26.0000; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto, Data do Julgamento: 15/07/2022; Data de publicação: 15/07/2022).

Desse modo, o que se verifica a partir da ausência de previsão de sanção é que o Tribunal de Justiça de São Paulo entende justificada a mitigação do dispositivo e a legalidade da manutenção da prisão preventiva ainda que descumprido o prazo nonagesimal previsto para revisão.

Nessa linha tem-se ainda em mais um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que outro preso cautelar pugna pela revogação da prisão preventiva por não ter sido reavaliada no prazo estabelecido no art. 316 parágrafo único do Código de Processo Penal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. Homicídio qualificado tentado. Pedido de revogação da prisão preventiva em razão da inobservância do parágrafo único, do artigo 316, do CPP. Impossibilidade. Inobservância do prazo nonagesimal de reavaliação da prisão preventiva que não implica automática revogação da medida. Precedentes dos Tribunais Superiores. Requisitos e fundamentos autorizadores da prisão preventiva já analisados quando do julgamento de outro writ por esta Câmara de Direito Criminal. Necessidade de recomendação ao d. juízo a quo para proceder à reavaliação da prisão preventiva nos termos do parágrafo único, do artigo 316, do CPP. Ordem denegada, com recomendação (Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo (16ª Câmara de Direito Criminal Foro de Barra Bonita – 1ª Vara). Habeas Corpus Criminal 2011448-67.2022.8.26.0000; Relator (a): Leme Garcia, Data do Julgamento: 11/03/2022; Data de publicação: 11/03/2022).

Assim, em conformidade com o entendimento dos demais tribunais, o Tribunal de Justiça de São Paulo defende que a inobservância do prazo nonagesimal de reavaliação da prisão preventiva não implica em automática revogação da medida cautelar.

Tais decisões, ainda que em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, admitem violação ao imperativo legal disposto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal ao deixar de reexaminar periodicamente a necessidade da manutenção da medida cautelar aplicada que é extremamente lesiva ao acusado. É, assim, necessário ressaltar que os tribunais não devem estar imunes ao controle de prazo estabelecido pela lei, inclusive pelo direito constitucional da duração razoável do processo disposto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal (Lopes Jr.; Pinho; Rosa, 2021).

CONCLUSÃO

A prisão preventiva trata-se de medida cautelar aplicada ao indivíduo que visa o pleno desenvolvimento do processo penal e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir.

Como exposto, a prisão preventiva possui caráter provisório considerando que trata-se de gravíssima restrição à liberdade do indivíduo sem que o trânsito em julgado tenha sido decretado. Nesse ponto é importante ressaltar que não há como negar que o mero trâmite de um processo penal em face do indivíduo gera diversas consequências sociais ao investigado, e que é imperioso que o indivíduo seja preso sem que haja legítima e fundamentada necessidade para tal. Desse modo, a aplicação da medida deverá ser excepcional e restrita, e decretada a partir de uma análise cautelosa acerca dos critérios e fundamentos estabelecidos pelo *fumus commissi delicti* e pelo *periculum libertatis*.

Contudo, ainda que extremamente lesiva, o Código de Processo Penal brasileiro, não determinou prazo preciso para a duração da prisão preventiva, adotando a teoria do “não-prazo” uma vez que a indefinição expressa de prazo resultou em amplo poder discricionário do julgador na avaliação circunstancial de cada caso.

Por outro lado, há que se considerar que embora a falta de prazo expresso para a duração da prisão preventiva, tem-se que com o advento da Lei 13.964 a inclusão do art. 316 parágrafo único ao Código de Processo Penal, que tratou de sanar a obscuridade causada ante a ausência de prazo para a aplicação desta prisão cautelar.

Assim, o artigo mencionado versa sobre o dever de revisar periodicamente e fundamentadamente a já aplicada prisão preventiva no prazo de 90 dias sob pena de ilegalidade da prisão que deverá, conseqüentemente, ser relaxada.

Desse modo, o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal possui prazo que deve ser entendido como sanção, sendo de observância obrigatória e que caso não seja percebido deverá resultar na soltura do acusado, ante a ilegalidade, em consonância com o disposto no art. 5º, LXV, da Constituição Federal do Brasil.

Contudo, ainda que trate-se de prazo com sanção implícita, o legislador brasileiro não previu expressamente que o relaxamento da prisão deverá ser medida executada de modo imediato, abrindo espaço para interpretações diversas sobre a aplicação prática da norma e culminando no esvaziamento desta que tornou-se inovação sem eficácia na proteção dos direitos que pretendia tutelar.

Dessa forma, embora a clara intenção do legislador de proteger os direitos fundamentais do acusado ao incluir o art. 316 parágrafo único ao Código de Processo Penal, é possível observar que a jurisprudência tem que posicionado no sentido de que o dispositivo não confere

sanção de relaxamento da prisão caso julgador que se abstenha de revisar periodicamente e de modo fundamentado a manutenção da prisão preventiva ora aplicada, perpetuando, assim, a duração por prazo indefinido da medida cautelar e justificando o excesso da prazo no âmbito da segregação cautelar.

Como destaque, o Supremo Tribunal Federal decidiu, consolidando o entendimento que foi aplicado a partir de então por diversos tribunais, que a inobservância do prazo nonagesimal para a revisão da prisão preventiva não implica na ilegalidade e, conseqüentemente, na revogação automática desta, esvaziando a literalidade do inovador dispositivo.

Ressalta-se que, o artigo 316 parágrafo único do Código Penal trata-se de evidente contribuição e inovação ao sistema das prisões cautelares para que possa-se garantir o direito constitucional a razoável duração do processo a todos assegurado no art. 5º, LXXVIII da Carta Magna. O artigo, ainda que não estabeleça o ideal prazo máximo para a duração da prisão preventiva, baliza o dever do julgador e do Estado em observar os prazos processuais que servem de garantia ao acusado que possui seu direito de ir e vir lesado antes mesmo da sentença condenatória.

Assim, ao contrário do que se observa atualmente na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, é de suma importância a observação do prazo estabelecido e a ilegalidade da superação deste quando o acusado permanece mantido em cárcere sem revisão periódica e sem que tenha sido proferida decisão fundamentada, devendo a prisão, nesses casos, ser relaxada imediatamente ante a ilegalidade da protelação desta.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime : comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo : Saraiva Educação, 2020 p. 109. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655591514/pageid/0>. Acesso em 13 ago. 2023.

BADÁRÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40-46. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357735/mod_resource/content/1/U7%20BADARO%20e%20LOPES%20JR.%20-%20Processo%20penal%20no%20prazo%20razo%C3%A1vel.pdf. Acesso em 18 out. 2023.

BOMFIN, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal anotado. 6. São Paulo: Saraiva, 2017. 1 recurso online. ISBN 9788547210540. p. 600-602. Disponível em: <https://app.minha.biblioteca.com.br/reader/books/9788547210540/pageid/0>. Acesso em 18 out. 2023.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 217-242.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 ago 2023.

BRASIL. Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 01 ago 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 580.323/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data de julgamento: 30/06/2020, Data da publicação: 04/08/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1959868&tipo=0&nreg=202001396007&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200804&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 18 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). HC 368.298/PE. Rel. Min Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/9/2016, DJe de 10/10/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1561104495/decisao-monocratica-1561104520>. Acesso em 18 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus nº 552438 PI 2019/0376411-8, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS. Data de julgamento: 01/04/2020, Data da publicação: 06/04/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/858521010/decisao-monocratica-858521020>. Acesso em 18 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 191836, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 23-11-2020,

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2021 PUBLIC 01-03-2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em 12 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106446, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFOLLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-215, P. 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-00397. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1566289>. Acesso em 12 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 200959 AgR, Relator(a): Dias Toffoli. Data do julgamento: 21/06/2021, Data da publicação: 25/08/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756915302>. Acesso em 12 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SL 1395 MC-Ref/SP, Relator(a): Min. LUIZ FUX (Presidente), Data do julgamento: 15/10/2020, Data da publicação: 04/02/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754954657>. Acesso em 12 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (16ª Câmara de Direito Criminal Foro de Barra Bonita – 1ª Vara). Habeas Corpus Criminal 2011448-67.2022.8.26.0000; Relator (a): Leme Garcia, Data do Julgamento: 11/03/2022; Data de publicação: 11/03/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15476102&cdForo=0>. Acesso em 18 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (13ª Câmara de Direito Criminal Foro de Itatinga - Vara Única). Habeas Corpus Criminal 2134862-05.2022.8.26.0000; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto, Data do Julgamento: 15/07/2022; Data de publicação: 15/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15857124&cdForo=0>. Acesso em 18 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação Nº 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 11 jul. 2023.

CRUZ, Rogerio Schietti. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. 8. ed., rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 242-265.

LOPES JR., Aury. A (de)mora jurisdicional do processo penal: o direito a um processo sem dilações indevidas. Revista de Estudos Criminais 15 – Doutrina Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 11. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/22134/2/A_DeMora_Jurisdicional_no_Processo_Penal_o_direito_a_um_processo_sem_dilaes_indevidas.pdf. Acesso em 05 jun. 2023.

LOPES JR., Aury. Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>. Acesso em 25 set 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 20. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. 1 recurso online. ISBN 9786553626355. p. 274-280. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626355/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover\]!/4/2/2%4050:77](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626355/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]!/4/2/2%4050:77). Acesso em 11 set. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. Pacote anticrime: um ano depois: análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Expressa, 2021. 1 recurso online. ISBN 9788553618453. p. 30-35. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553618453/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml\]!/4/2/2%4020:0](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553618453/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml]!/4/2/2%4020:0). Acesso em 18 out. 2023.

LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620117. p. 11-120. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620117/>. Acesso em: 05 mai. 2023.

LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-45.

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 15 de setembro de 2023.

NICOLAU, Nara Benedetti. Duração razoável do processo no direito europeu. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Publico_Nicolau_Duracao_Proc_Europeu.pdf> . Acesso em 25 set 2023.

NICOLITT, André. A duração razoável do processo. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 73-85.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 11. Ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 997-1005.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. A regra do jeitinho brasileiro na prisão preventiva e nos prazos. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/334911/a-regrado-jeitinho-brasileiro-na-prisao-preventiva-e-nos-prazos>. Acesso em: 18 out. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 686-687.

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, p. 27, 2013. Disponível em: http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/258/1/mauricio_seraphim_vaz.pdf. Acesso em 18 out. 2023.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Caroline Peruzetto de Paula, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31907385, período noturno, turma 10ºR, tendo realizado o TCC com o título: *Prisão Preventiva e a Razoável Duração Do Processo - Uma análise acerca da aplicabilidade do art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal, sob a orientação do(a) Professor(a) Guilherme Madeira Dezem* declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 08 de novembro de 2023.

Caroline Peruzetto

Assinatura do discente
