

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.581 e 6.582, que visam à declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP):

“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”.

Conforme relatado, na ADI 6.581, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, alega-se que a norma em questão gera lesões irreparáveis ao direito fundamental à segurança e à paz social. Isso, porque a possibilidade de prisões preventivas se tornarem ilegais, uma vez inobservado o prazo legal de noventa dias, seria incompatível com a capacidade institucional da magistratura. No mérito, requer-se: “ *seja julgado procedente o pedido desta ADI, para declarar, em definitivo, a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, nos termos do pedido cautelar*” (eDOC 1, p. 9).

Na ADI 6.582, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em face do mesmo art. 316, parágrafo único, do CPP, sustenta-se existirem interpretações do dispositivo que violam o devido processo legal, o princípio da separação de poderes e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aduz-se que apenas uma interpretação seria compatível com o ordenamento constitucional, a saber, aquela segundo a qual a norma obriga apenas o juiz que, atuando na fase de instrução e processamento da ação penal, decreta a prisão preventiva. Outra leitura acarretaria o contrassenso de se exigir atuação de magistrado cuja competência já se teria exaurido.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pela procedência parcial de ambas as ações, com a finalidade de que se aplique a técnica da interpretação conforme à Constituição para fixar a tese vencedora da SL 1.395.

O Procurador-Geral da República, a partir de fundamentos similares, também se posiciona pela procedência parcial da ação.

Iniciado o julgamento virtual, o eminente relator votou por conhecer das ADIs, julgando parcialmente procedente a ADI 6.581 e procedente a ADI 6.582, “ aplicando ao art. 316, p.u., do CPP a técnica da interpretação conforme à Constituição ”, segundo as seguintes teses:

“i) a inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos;

ii) o comando do parágrafo único do art. 316 do CPP se restringe ao órgão que tiver decretado a prisão preventiva na fase de investigação e de processamento da ação penal, e limita-se ao exaurimento da competência jurisdicional.”

A presunção de inocência destaca-se entre os direitos fundamentais elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal. O inciso LVII determina que: “ *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* ”.

Em suma, a presunção de inocência é um direito fundamental, que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Essas são duas das três consequências determinadas pela presunção de inocência: regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo (MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

Afirma-se que “ *como regra de tratamento, a presunção de inocência se refere à condição do imputado durante o processo* ”, de modo que “ *é*

vedada qualquer forma de equiparação do imputado ao culpado em qualquer aspecto ” e, igualmente, veda-se a “ *execução provisória da sentença condenatória e qualquer antecipação da pena* ” (ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 29-30).

Seguindo exatamente essa linha, decidiu o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, que a prisão como pena somente se justifica diante do trânsito em julgado da sentença condenatória:

“O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019”.

Por decorrência de opção democrática e, inclusive, corolário de interpretação lógica e epistemológica, ao Estado apenas é permitido aplicar uma pena a quem praticou um crime, ou seja, só se pode sancionar penalmente quem for culpado por um fato tipificado por lei criminal. Assim, a prisão-pena, imposta como retribuição ao crime praticado e com finalidades preventivas a novos delitos, só pode ser aplicada a quem for culpado.

Entretanto, a ideia de que “ *direitos fundamentais não são absolutos* ” autoriza a existência de prisões cautelares, ao se ponderar a presunção de inocência aqui analisada e se examinar a proporcionalidade e a necessidade da medida. As hipóteses de prisão antes da formação da culpa seriam aquelas elencadas como prisões cautelares (preventiva e temporária).

Portanto, a necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação para se considerar o réu culpado e, assim, iniciar-se a execução de uma pena não impede, de modo algum, o encarceramento em momento anterior.

De modo geral, presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, a prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos para sua decretação, nos termos do artigo 312 do CPP: I)

garantia da ordem pública; II) garantia da ordem econômica; III) garantia da aplicação da lei penal; e IV) conveniência da instrução criminal.

Portanto, **não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie.** Destarte, a tarefa de interpretação constitucional para análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados.

É preciso reafirmar o entendimento de que **prisão cautelar e mérito da ação penal demandam fundamentos fáticos e espaços axiológicos de apreciação distintos**. Tanto o substrato empírico (plano descritivo) quanto a valoração desse substrato (plano normativo) não devem se embaralhar no âmbito desses diferentes momentos processuais. A carga de desvalor que o ilícito-típico representa para o mérito não deve contaminar o juízo cautelar.

Recentemente, **a reforma legislativa operada pelo chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) introduziu a revisão periódica dos fundamentos da prisão preventiva**, por meio da alteração do art. 316 do CPP. A redação atual prevê que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada:

“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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019 – Pacote Anticrime)

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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 – Pacote Anticrime)”

Isso significa que a **manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que justifiquem a medida extrema e que a existência desse substrato empírico mínimo apto a lastrear a prisão preventiva deverá ser regularmente apreciado por meio de decisão fundamentada**, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Importante destacar aqui que a referida reforma legislativa representa uma resposta do Poder Legislativo a uma situação concreta que fora identificada de maneira bastante clara e objetiva desde a época em que realizados, mediante o CNJ, os chamados *multirões carcerários*. Por meio dessa iniciativa, foram examinados mais de 114 mil processos, e concedidos em torno de 35 mil benefícios, entre os quais aproximadamente 21 mil alvarás de soltura de presos indevidamente encarcerados. Trata-se do fenômeno disfuncional do excesso de prazo nas prisões preventivas, casos em que, por uma patologia do próprio sistema penal, indivíduos permanecem por longo período de tempo em prisão preventiva de forma injusta, desproporcional e injustificada.

Nessa mesma linha, copilo a Resolução 89 do CNJ, de 16.9.2009, que trata da questão da revisão periódica das prisões provisórias:

“Art. 1º As varas de inquéritos, as varas com competência criminal e de execução penal desenvolverão trabalho de revisão das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei, pelo menos uma vez por ano.”

Art. 2º A revisão consistirá, quanto à prisão provisória, na reavaliação de sua duração e dos requisitos que a ensejaram ; e, quanto à prisão definitiva, do cabimento de benefícios da Lei de Execução Penal, colhendo a manifestação da defesa e do Ministério Público, nas hipóteses legais.”

Portanto, a reforma legislativa que se densifica na nova redação do art. 316 do CPP mostra-se nada mais do que uma resposta lógica e adequada do sistema penal diante de uma disfunção que vem, há anos, ferindo liberdades individuais constitucionalmente consagradas, a exemplo da própria presunção de inocência.

Não se trata de um problema da legislação em si, mas sim de sua correta hermenêutica constitucional no sentido de proteger garantias individuais conquistadas historicamente sem ignorar os interesses da sociedade que se cristalizam em valores como a segurança pública e o bem-estar coletivo – essa equação não é simples, já que temos, de um lado, valores que impulsionam o clamor social e alimentam o populismo penal, e, de outro, temos interesses cuja proteção demanda decisões impopulares e contramajoritárias.

Ora, não se pode ignorar que, de acordo com dados atualizados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), temos uma população carcerária de 773.151 indivíduos, dentre os quais aproximadamente 33% estão em prisão provisória . Somado a isso o estado inconstitucional dessa realidade de encarceramento em massa de presos provisórios no Brasil, reconhecido na liminar da ADPF 347, em 2015, não resta qualquer dúvida que a nova redação do art. 316 do CPP é plenamente justificada e bem-vinda na tentativa de solucionar um problema estrutural de todo nosso sistema punitivo .

É justamente o *déficit* de cuidado e atenção por parte das instâncias inferiores para com as prisões preventivas que causa o fenômeno do excesso de prazo, e que acabou por animar o Congresso Nacional a aprimorar o sistema punitivo em harmonia com as garantias individuais.

Diante disso, vale dizer que a resposta legislativa que a Lei 13.964/2019 trouxe no **artigo 316 do CPP deve ser compreendida sempre, em termos de corrigir abusos e ilegalidades, mediante leitura conjunta com o art. 312 do CPP, especialmente no que toca à contemporaneidade dos fatos a justificarem a segregação cautelar.**

Nesse sentido, o requisito da contemporaneidade foi destacado pelas recentes alterações do Código de Processo Penal:

“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 282, § 4.

§ 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” .

É assente que **fatos antigos não autorizam a prisão preventiva** , sob pena de esvaziamento da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). Nesse sentido, na doutrina, afirma-se:

“A proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (o que está a acontecer) e evidência (o que é claro, manifesto). Se a prisão por ordem pública é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados”. (CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas*. Quartier Latin, 2017. p. 459)

Mesmo antes da Lei 13.964/2019, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passou a dispor de medidas cautelares de natureza pessoal, diversas da prisão, admitindo, diante das circunstâncias do caso concreto, que seja escolhida aquela mais ajustada às peculiaridades da espécie, permitindo, assim, a tutela do meio social, mas também servindo, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado – essa redação do art. 319 já representa, em boa medida, uma tentativa de solucionar o fenômeno do excesso de prazo disfuncional das prisões preventivas.

Ou seja, a prisão provisória somente poderá ser decretada se as cautelares diversas se mostrarem insuficientes, nos termos do § 6º do art. 282 do CPP, na redação dada pela Lei 13.964/2019: “ *A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada* ”.

Quanto à necessidade de reavaliação da prisão preventiva, com fundamento no artigo 316, parágrafo único, do CPP, 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.

“PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019). COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONTRACAUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO. RESGUARDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA DE PRISÃO PREVENTIVA. NECESSÁRIO EXAME DE LEGALIDADE E DE ATUALIDADE DOS SEUS FUNDAMENTOS. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUSPENSÃO REFERENDADA. (...) 5. Tese fixada no julgamento: “A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.” (SL 1.395 MC-Ref, Relator Min. LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 4.2.2021)

No ponto, em decisões monocráticas anteriores, **já havia manifestado posição no sentido de que o preso tem direito ao reexame da necessidade da segregação cautelar a cada noventa dias e, na sua ausência, cabe ao Poder Judiciário determinar a sua pronta satisfação.** Assim, a falta de revisão da necessidade da prisão preventiva (*ex officio*) pode acarretar a determinação para a sua realização pelo Magistrado ou Tribunal da origem (HCs 184.769, 187.293 e 189.948; HC 191.187 ED, todos de minha relatoria). Nesse sentido, na Segunda Turma:

“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.**” (RHC 199.660 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 17.5.2021)

Desse modo, à guisa de conclusão e de forma coerente com meus posicionamentos anteriores sobre o tema, concluo que a hermenêutica constitucional do referido dispositivo nos leva:

(1) a ratificar a importância da revisão periódica da prisão preventiva, a cada 90 dias, pela autoridade judiciária que a determinou;

(2) a esclarecer que a ausência da revisão representa um indício de excesso de prazo que deve ser analisado conjuntamente com outros pressupostos do art. 312 (*fumus comissi delicti*, *periculum libertatis*, periculosidade do agente, necessidade, etc.) no controle de legalidade da prisão preventiva;

(3) a apontar que não existe revogação imediata ou automática da prisão preventiva ante o simples transcurso do lapso temporal de 90 dias: o controle da prisão preventiva pelos tribunais superiores, nesse caso, deve-se dar por meio da determinação à origem para que proceda a devida revisão de imediato.

Portanto, **acompanho o voto do eminente relator, Min. Edson Fachin, em relação à primeira tese :**

“i) a inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos;”

Contudo, respeitosamente, penso que a limitação do dever de revisão somente ao órgão emissor do decreto prisional esvazia excessivamente o conteúdo do disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP. Assim, **divirjo da segunda tese apresentada pelo eminente relator.**

Na teoria geral das medidas cautelares, um dos princípios fundamentais para a sua aplicação é a **provisoriade** . Ou seja, a restrição cautelar deve ser imposta enquanto houver motivo concreto que a justifique. Cessando o motivo, deve ser revogada a medida. Portanto, em essência, as medidas cautelares são provisórias.

Diante disso, e considerando que não há um prazo máximo para a prisão preventiva em nosso sistema, o legislador, por meio da Lei 13.964

/2019, determinou o dever de revisão periódica da prisão preventiva. Trata-se de uma imposição decorrente da presunção de inocência, que orienta a estruturação do sistema de medidas cautelares no processo penal. Assim, **se a prisão imposta possui natureza cautelar, deve ocorrer a revisão periódica, nos termos do art. 316, parágrafo único, CPP .**

E, como decidido por este Tribunal, vedada a possibilidade de execução provisória da pena, **somente é possível a imposição de prisão-pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Antes disso, trata-se de prisão cautelar, de caráter provisório, que, portanto, deve submeter-se ao dever de revisão periódica .**

Considerando que a revisão periódica da prisão deve ocorrer enquanto permanecer o seu caráter cautelar (até o trânsito em julgado), passa-se ao segundo problema: **qual órgão deve ser responsável pela sua realização?**

A primeira opção seria o juízo que decretou a medida, em geral o magistrado de primeiro grau, mesmo quando o processo estiver em âmbito recursal. Tal posição não pode ser admitida porque, finalizada a cognição do juízo que decretou a preventiva, não há jurisdição dele sobre o feito. Além disso, estando o processo em grau recursal, será o Tribunal quem possuirá melhores condições de decidir, visto que próximo ao caso e de suas informações mais atualizadas.

Portanto, penso que **a reavaliação deverá ser responsabilidade do órgão em que tramita o processo em sua fase atual , ainda que se trate de Tribunal de segundo grau ou superior (quando a revisão deverá ser realizada pela/o relator/a)**. Ressalto que o fato de que o decreto prisional foi emitido por outro juízo não impede que o controle revisional seja realizado no Tribunal, ao passo que o próprio feito estará sob sua cognição.

Nesse sentido, destaco que foi essa a interpretação assentada pelo **Conselho da Justiça Federal nas Jornadas de Direito e Processo Penal**, nos termos do enunciado 3.476:

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

Inclusive, adotei tal orientação no HC 184.769, decisão monocrática, DJe 8.5.2020.

Penso tratar-se, portanto, de **posição mais adequada com os pressupostos do regime cautelar no processo penal brasileiro e com a presunção de inocência**, nos termos constitucionalmente regulados.

Diante do exposto, **divirjo parcialmente do relator** : julgo a ADI 6.581 parcialmente procedente e a ADI 6.582 procedente, dando **interpretação conforme à Constituição ao art. 316, parágrafo único, do CPP segundo as seguintes teses** :

i) a inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos;

ii) o comando do parágrafo único do art. 316 do CPP se aplica até o início da execução da pena com o trânsito em julgado da condenação, sendo por ele responsável o juiz ou o relator no Tribunal em que tramita o feito ou recurso no momento da reavaliação da medida cautelar, ainda que imposta por outro magistrado .

É como voto.