

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator):

A questão constitucional trazida à colação pelas ADIs nº 6.581 e nº 6.582 cinge-se à compatibilidade do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) com o ordenamento constitucional.

1. Da cognoscibilidade da ação direta

Princípio por assentar a plena cognoscibilidade de ambas ações diretas, porquanto identifico nos autos a existência dos elementos subjetivos e objetivos que autorizam a fiscalização abstrata.

Não merece prosperar a alegação, trazida pelo Senado Federal, de ilegitimidade ativa decorrente de ausência de interesse de agir por parte do Partido Trabalhista Brasileiro. Nada obstante as análises sobre pretéritas orientações de votação manejadas pelo Partido-Requerente no interior do Congresso Nacional, não me parece que o assentimento pregresso a norma retire o direito de incoar o controle concentrado, notadamente diante das possibilidades de interpretação que a prática jurídica pode revelar. Ademais, tanto a jurisprudência da Corte quanto a doutrina têm reconhecido os partidos políticos como legitimados universais (cf., por todos, ADPF 572, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2020, DJe-087 DIVULG 06-05-2021 PUBLIC 07-05-2021).

Igualmente, não merece acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Identifico, forte nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, a existência de vínculo entre o objeto da demanda, que tangencia suficientemente o ofício da magistratura nacional, e os fins sociais da Requerente. Cito:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 5.913/1997, DO ESTADO DE ALAGOAS. CRIAÇÃO DA CENTRAL DE PAGAMENTOS DE SALÁRIOS DO ESTADO. ÓRGÃO EXTERNO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AUTONOMIA FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Associação dos

Magistrados Brasileiros - AMB tem legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se discute afronta ao princípio constitucional da autonomia do Poder Judiciário. 2. A ingerência de órgão externo nos processos decisórios relativos à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário afronta sua autonomia financeira e administrativa. 3. A presença de representante do Poder Judiciário na Central de Pagamentos de Salários do Estado de Alagoas - CPSAL não afasta a inconstitucionalidade da norma, apenas permite que o Poder Judiciário interfira, também indevidamente, nos demais Poderes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI 1578, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-01 PP-00025 RTJ VOL-00209-02 PP-00529).

Passo à análise do mérito.

2. Dos parâmetros de controle de constitucionalidade

A despeito da unidade no plano objetal das ADIs nº 6.581 e 6.582, ambas dirigidas à impugnação do parágrafo único do art. 316 da Constituição da República, identifiquei orientações distintas nos argumentos dos Requerentes.

Na ADI nº 6.581, o Partido Trabalhista Brasileiro argumenta que o prazo nonagesimal para revisão dos fundamentos jurídicos da prisão preventiva, cominado com a consequência jurídica da ilegalidade da medida, ofenderia o direito à segurança inscrito no *caput* do art. 6º e no art. 144 da CRFB/88, bem como a garantia genérica da proteção à ordem pública. Isto ocorreria porque, ante o que chamou de inexistência de “capacidade institucional” (eDOC 1, p. 6) para execução, por parte dos magistrados, do comando normativo, haveria uma deterioração da capacidade do Estado de empregar meios legítimos para garantia da segurança pública. O dispositivo vergastado seria portanto, de plano, inconstitucional.

As razões trazidas na ADI nº 6.582 refletem raciocínio diverso. Em lugar da incompatibilidade *in totum* do parágrafo único do art. 316, do CPP, com a Constituição da República, afirma-se que haveria uma interpretação que o harmoniza com o texto constitucional, a saber: aquela que restringe sua aplicação “ao juiz que tiver decretado a prisão preventiva na fase de investigação e de processamento da ação penal (fase de conhecimento) até o esgotamento da sua jurisdição, vale dizer, até a prolação da sentença, e sem possibilidade de se conceder, automaticamente, a revogação da prisão

preventiva, pelo simples vencimento do prazo de 90 dias” (eDOC 1, p. 28). O argumento trazido decorre de uma ponderação entre os direitos do acusado e as exigências principiológicas do devido processo legal (garantia da competência funcional/legal do magistrado), da razoabilidade e da proporcionalidade.

Feitas estas observações, anoto que este Supremo Tribunal Federal tem há muito se pautado pela exigência constitucional, cerne do projeto inaugurado na Constituição da República de 1988, de assegurar o respeito à regra geral da liberdade de locomoção, nomeadamente em face da garantia de que “ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, se a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança” (CF, art. 5º, LXVI):

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. REGIME CONSTITUCIONAL DESSE TIPO DE APRISIONAMENTO. CONTINUIDADE DA PRISÃO NECESSARIAMENTE CONDICIONADA A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL. EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA A CO-RÉU. REQUISITOS DO ART. 580 DO CPP. 1. O instituto do flagrante delito há de incidir por modo coerente com o seu próprio nome: situação de ardência ou calor da ação penalmente vedada. Ardência ou calor que se dissipa com a prisão de quem lhe deu causa. Não é algo destinado a vigorar para além do aprisionamento físico do agente, mas, ao contrário, algo que instantaneamente se esvai como específico efeito desse trancafiamento; ou seja, a prisão em flagrante é ao mesmo tempo a causa e o dobre de sinos da própria ardência (flagrância) da ação descrita como crime. Por isso que a continuidade desse tipo de custódia passa a exigir fundamentação judicial, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal. **2. O instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Daí a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (quando resultante do flagrante delito).** 3. A regra geral que a nossa Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (inciso XV); b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Daí o instituto da prisão comparecer no corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos

casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º da CF/88). Mais ainda, desse último dispositivo ressaí o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro, por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da Magna Carta); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Donde a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o vetor interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação. Necessidade que vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. O art. 580 do CPP se destina à concreção do princípio da igualdade e admite a aplicação do efeito extensivo mesmo às hipóteses de decisão favorável em sede não-recursal (como, por hipótese, em revisão criminal, ou em habeas corpus). 5. Verificada a identidade objetiva e subjetiva de situações jurídico-factuais entre o paciente (beneficiado com a decisão benfazeja desta Segunda Turma) e o co-réu, o caso é de extensão dos efeitos da ordem concedida no HC 103.673, também da minha relatoria. 6. Ordem concedida” (HC 106449, Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012).

Como bem aponta o voto condutor do e. Ministro Ayres Britto, no HC nº 106.449, a análise constitucional do alcance de regras como a do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal parte, em princípio, de uma cadeia de garantias materiais e processuais da liberdade dos cidadãos em face de atos de persecução penal, sem a formação definitiva da culpa. Torna-se irreduzível, assim, a irradiação de obrigações decorrentes da dignidade da pessoa humana do art. 1º, III da CRFB/88.

Esta não é uma referência abstrata ou protocolar. A dignidade da pessoa humana está no âmago de importante linha de precedentes que vem se construindo neste Supremo Tribunal Federal, ao menos desde a ADPF nº 347, e que constata na realidade fática do sistema penitenciário brasileiro um “estado de coisas inconstitucional”. A existência de quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, além de falhas estruturais e falência de políticas públicas, deve necessariamente influenciar a análise de dispositivo legal que trata da prisão preventiva. Reproduzo, aqui, o teor do decidido no julgamento da medida cautelar na referida ADPF nº 347:

“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”(ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09 /2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Parece-me importante observar que as prisões preventivas representam causa significativa do agravamento desta crise. Cumprimento, neste particular, a zelosa manifestação nos autos do Senado Federal, que reconstruiu o histórico das discussões parlamentares relativas à matéria. Tomo a liberdade de citá-la longamente:

“17. Contudo, há um elemento que confere ainda maior razão à rápida tramitação da proposta, em caráter terminativo, pelo Senado Federal – em particular quanto à disposição legal ora em exame (art. 316, parágrafo único, do CPP).

18. É que o Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, oriundo de Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal em 2009 e coordenada pelo Min. Hamilton Carvalhido, já previa o reexame obrigatório da prisão preventiva no prazo de 90 dias.

19. É ler:

ANTEPROJETO DE LEI DO NOVO CPP (JÁ APROVADO NO SENADO FEDERAL, AUTUADO COMO PL N. 8.045/2010, EM TRÂMITE NA CÂMARA DOS DEPUTADOS):

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

§1º O prazo previsto no caput deste artigo é contado do início da execução da prisão ou da data do último reexame.

§2º Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal. (redação originária, convertida em art. 562 no Senado Federal).

20. Pode-se dizer, portanto, que essa matéria já havia sido aprovada materialmente pelo Senado Federal, quando da análise do projeto de lei que estabelece o novo CPP (atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados) e, portanto, não constitui, sob o prisma do Poder Legislativo, nenhuma novidade, já que há mais de uma década que o Congresso Nacional, por suas Casas, buscava aprová-la e transformá-la em lei.

21. Vale mencionar, inclusive, que o projeto de Novo CPP, atualmente na Câmara dos Deputados, mantém esse reexame obrigatório. A medida foi alvo de emenda supressiva, rejeitada nos termos do Relatório Parcial do Deputado Paulo Teixeira, *verbis* :

RELATÓRIO PARCIAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS (RELATOR DEP. PAULO TEIXEIRA): O PL nº 8.045, de 2010, em perfeita sintonia com a ordem constitucional inaugurada em 1988, trouxe uma moldura de respeito à dignidade da pessoa humana. Desta maneira, nada há de errado com a sanção decorrente do apontado lapso de deixar de se reavaliar as prisões. Trata-se de um novo paradigma, em que se deixa para trás os ranços fascistas da vetusta legislação processual penal, para se colocar no devido lugar a liberdade daqueles que não tem contra si a culpa formada. Já passou da hora, com todo respeito daqueles que pensam de modo diverso, de superar a dimensão substancialista de Justiça Criminal, ao melhor sabor de faxina social, ao custo das liberdades públicas, só assim justificar-se-ia a inserção no Brasil no rol das nações civilizadas. Portanto, a emenda em foco é injurídica, inconstitucional, e no mérito, deve ser rejeitada.

22. Dessa forma, demonstra-se que a disposição legal que institui a revisão ou reexame obrigatório da prisão preventiva foi alvo de cuidadosa consideração dos senhores parlamentares, tanto neste quanto em outros projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, não se tratando de capricho ou decisão açodada do legislador" (eDOC 17, p. 5-6).

Os esforços de organização dos mutirões carcerários do CNJ, inaugurados no ano de 2008 como forma de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional, foram responsáveis por identificar números alarmantes no que respeita ao cumprimento regular da Lei de Execuções Penais. Segundo dados do próprio CNJ, publicados ainda no ano de 2021, foram analisados cerca de 400 mil processos, resultando em mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros. Dentre os casos submetidos ao escrutínio dos mutirões, 45 mil presos foram libertados por já terem cumprido suas penas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciários brasileiro, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf. Acesso: 28/05/2021).

Dados como estes motivaram o Conselho Nacional de Justiça a empreender medidas para fiscalização da execução de prisões cautelares e definitivas. A Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009 – CNJ-CNMP, determinou a revisão anual acerca da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.

Como bem enfatizou a Presidência da República, em sua manifestação nos autos, já a Resolução nº 66/2009 do CNJ determinava que estando o réu preso provisoriamente há mais de três meses, com o processo ou inquérito parado, deveria o juiz investigar as razões da demora, indicando providências a serem adotadas e, posteriormente, comunicá-las à Corregedoria Geral de Justiça ou à Presidência do Tribunal. E arremata a Presidência da República:

“Destarte, a necessidade de análise da manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, tem por escopo fazer valer as garantias constitucionais de que a liberdade somente pode ser restringida como medida de exceção, não violando o direito à ordem pública e à segurança da sociedade” (eDOC 19, p. 4).

Cito, a este propósito, o art. 5º da suprarreferida Resolução do Conselho Nacional de Justiça:

“Art. 5º. Após o exame dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, paralisados por mais de três meses o juiz informará à

Corregedoria Geral de Justiça e o Relator à Presidência do Tribunal, as providências que foram adotadas, por meio do relatório a que se refere o art. 2º, justificando a demora na movimentação processual”.

Este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o parágrafo único do art. 316 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (cf., a título exemplificativo: HC-MC 182.490, rel: Min. Marco Aurélio; HC ED 191.187, rel: Min. Gilmar Mendes; HC-MC 194.847, rel: Min. Nunes Marques; HC 195.272, rel: Min. Rosa Weber; HC 187.187, rel: Min. Gilmar Mendes; HC 189.948, rel: Min. Gilmar Mendes).

A posição dominante, no Tribunal, cristalizou-se no precedente da SL nº 1.395, ocasião em que se formulou a seguinte tese de 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”.

Cito a integralidade da ementa daquele acórdão:

“Ementa: 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. 1. O incidente de suspensão de liminar é meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, de competência do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso. O deferimento da medida demanda demonstração de que o ato impugnado pode vir a causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (art. 4º, caput, da Lei 8.437/1992 c/c art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF). 2. In casu, tem-se pedido de suspensão ajuizado pela Procuradoria-Geral da República contra medida liminar concedida nos autos do Habeas Corpus 191.836 /SP, no qual se determinou a soltura de André Oliveira Macedo

(“André do Rap”), líder da organização criminosa Primeira Comando da Capital (PCC). 3. O risco de grave lesão à segurança e à ordem públicas revela-se patente, uma vez que (i) subsistem os motivos concretos que levaram à decretação e à manutenção da prisão preventiva do paciente; (ii) trata-se de agente de altíssima periculosidade comprovada nos autos; (iii) há dupla condenação em segundo grau por tráfico transnacional de drogas; (iv) o investigado compõe o alto nível hierárquico na organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC; (v) o investigado ostenta histórico de foragido por mais de 5 anos, além de outros atos atentatórios à dignidade da jurisdição. 4. Ex positis, suspendem-se os efeitos da medida liminar proferida nos autos do HC 191.836, até o julgamento do respectivo writ pelo órgão colegiado competente, conseqüentemente determinando-se a imediata PRISÃO de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO (“André do Rap”). 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 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021).

3. Da aplicação do direito ao caso

Passo a analisar o que considero serem as três questões jurídicas em debate nesta ação direta: i) a inconstitucionalidade genérica do parágrafo único do art. 316 do CPP; ii) a inconstitucionalidade da revogação automática da prisão preventiva; iii) a competência, constitucionalmente adequada, para a revisão da prisão no prazo nonagesimal.

3.1 Da Inconstitucionalidade genérica do parágrafo único do art. 316 do CPP

Para efeitos argumentativos reproduzo, uma vez mais, o inteiro teor do dispositivo vergastado:

“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)

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)”.
Foto - 25/10/2022 20:30

O pedido, formulado na ADI nº 6.581, de que seja o parágrafo único do art. 316 do CPP declarado inconstitucional não merece prosperar.

O Partido-Requerente entende ter sido violado o direito fundamental à segurança e à ordem pública, uma vez que a ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário para implementar o comando da norma ocasionaria a inefetividade do direito penal como meio legítimo de controle da criminalidade.

Do ponto de vista estritamente empírico, não assomaram aos autos razões para sustentar o alegado déficit de capacidade institucional do Poder Judiciário para implementar o sistema de revisão nonagesimal. Não se tratando de medida *a priori* impossível ou flagrantemente desarrazoada, o Estado não pode invocar a máxima *ultra posse nemo obligatur* para se desincumbir do dever de proteção ao núcleo essencial de direitos fundamentais.

Da reconstrução que fiz dos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, não deduzo o reconhecimento de um conflito principiológico capaz de infirmar a compatibilidade do art. 316, p.u., do CPP com a Constituição da República. Como pude demonstrar, a jurisprudência se constituiu no sentido de afirmar o caráter excepcional da prisão em face da regra geral da liberdade de locomoção, entendida esta última a partir de dois vetores normativos: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (art. 5º, inciso XV da CRFB/88); e b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV da CRFB/88).

Como bem asseveram o Min. Gilmar Mendes e o prof. Paulo Gonet Branco em exame que fazem da matéria:

“As alterações trazidas pela Lei n. 12.403/2011 deram especial ênfase ao caráter excepcional da prisão preventiva. Com a nova sistemática, essa modalidade de prisão agora somente pode ser decretada quando todas as demais medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, se mostrarem inadequadas ou insuficientes no caso concreto (CPP, art. 282, § 6º)” (BRANCO, Paulo

Entre os parâmetros de controle de constitucionalidade que evoquei na seção anterior deste voto, evidenciei que a revisão nonagesimal do parágrafo único do art. 316 do CPP vem sendo sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, e conforma medida importante ante o quadro de sistemáticas violações dos direitos fundamentais no sistema prisional.

Diante do caráter excepcional da prisão sem formação de culpa, não há razões para se supor, uma vez reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, que o direito abstrato à segurança deveria se sobrepor à regra geral da locomoção para, nos termos propostos na inicial, invalidar a exigência de revisão nonagesimal da prisão preventiva.

3.2 Da inconstitucionalidade da revogação automática da prisão preventiva

Entendo que, na ADI nº 6.852, a Requerente logrou demonstrar que, não somente em razão da extensão semântica dos termos empregados no texto-de-norma, mas sobretudo em virtude da relação do parágrafo único do art. 316 do CPP com a sistemática constitucional e legal, existem suficientes interpretações divergentes de seu conteúdo a desafiar o controle de constitucionalidade. Isto restou evidenciado nas várias decisões judiciais colacionadas à peça exordial.

Feita esta observação, entendo que inexiste razão para superar o precedente firmado na SL nº 1.395. Na forma do que estabeleceu, ali, a maioria do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, a regra nonagesimal deve ser interpretada de forma sistemática, compatibilizando seu nobre propósito com o conjunto de normas que regulam o devido processo legal.

Naquela assentada, empregou-se um raciocínio por paralelismo para encontrar uma fórmula de consistência entre o *caput* do art. 316 e seu parágrafo único. A exegese dominante foi a de que, porquanto o *caput* do artigo concretiza a regra geral constitucional de fundamentação das decisões, e determina que, para a revogação da prisão preventiva, o juiz deve fundamentar a decisão na insubsistência dos motivos que orientaram a decretação original, deve-se concluir que o comando de revisão nonagesimal exige manifestação análoga. Com efeito, o Tribunal afastou a

possibilidade de transformação automática do excesso de prazo em ilegalidade da prisão.

O conteúdo normativo do parágrafo único do art. 316 do CPP não informa, portanto, algo que se assemelhe a um prazo máximo da prisão preventiva, senão antes um dever geral de fundamentação periódico, por parte do magistrado, das razões de sua decretação. O e. Ministro Gilmar Mendes bem avançou as razões que conduzem a esta posição:

“Para o impetrante, a ausência da revisão conduz, automaticamente, à revogação da prisão do paciente, o que não me parece ter sido a ratio legis da novel previsão.

O preso tem direito à revisão da necessidade da prisão preventiva a cada noventa dias e, na sua ausência, cabe ao Poder Judiciário determinar sua pronta satisfação.

Penso que pretendeu o Legislativo garantir ao preso o direito de ter sua prisão regularmente analisada, a fim de se evitem prisões processuais alongadas sem qualquer necessidade, impostas a todos os acusados/suspeitos/indiciados, **mas em especial aos tecnicamente desassistidos**, porquanto os afortunados requerem, com certa frequência, a revogação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória.

A mim me parece que a melhor solução para a falta de revisão da necessidade da prisão preventiva (ex officio) seja mesmo a determinação para a sua realização pelo Tribunal” (HC 189948/MG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 19/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21/08/2020 PUBLIC 24/08/2020).

À luz do princípio da razoável duração do processo e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CRFB/88), elaborou-se, quando do julgamento da SL nº 1.395, tese cujo inteiro teor permito-me, uma vez mais, reproduzir: “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”.

Quanto a este ponto, entendo merecer aplicação ao caso concreto a técnica da interpretação conforme à Constituição para fixar, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a tese adotada por este Supremo Tribunal Federal na SL nº 1.395.

3.3 Da competência constitucionalmente adequada para a revisão da prisão preventiva no prazo nonagesimal

A Requerente, na ADI nº 6.582, levantou dúvidas legítimas quanto ao destinatário da obrigação contida no parágrafo único do art. 316 do CPP, bem como quanto ao momento processual em que a mesma deve se realizar.

Anoto, preliminarmente, que as dificuldades de conformação do dispositivo vergastado com o sistema processual penal não escaparam à literatura jurídica especializada. Cito, a título exemplificativo:

“Há duas situações que merecem reflexão a partir de um questionamento: quem é o responsável pela reavaliação das medidas? A questão aparenta simplicidade, mas o problema está no fato de o legislador ter utilizado a expressão “o órgão emissor da decisão”. Vamos imaginar duas situações concretas a partir das quais haverá discussões sobre a competência para a reavaliação da medida:

a) imagine que o juiz negue a prisão preventiva e o MP recorra. Imagine que o Tribunal de Justiça decreta a prisão preventiva. Nesse caso, ele é o emissor da decisão. Ora, quem vai fazer a reavaliação da decisão? O Juiz da causa ou o Relator que decretou a prisão preventiva?

b) agora imaginemos o inverso: o juiz decretou a prisão preventiva e condena o réu. Enquanto não for julgada a apelação a quem cabe a reavaliação da medida? Ao juiz que proferiu a decisão ou ao relator do acórdão no Tribunal?” (ANDERSON DE SOUZA, Luciano; DEZEM, Guilherme Madeira. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: RT, 2020, e-Book).

A peça exordial colacionou exemplos da prática judiciária brasileira e isolou três posições ideais-típicas quanto à extensão da regra ora sob comento.

I) A primeira interpretação seria aquela realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (HC 589.544/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª Ta., DJe 22/09/2020; AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Ta., DJe 17/06/2020; AgRg no HC 588.134/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020; HC 2192176-74.2020.8.26.0000, TJSP, Relator: Grassi Neto, Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal, Foro de Cubatão, 4ª Vara,

Data do Julgamento: 19/09/2020, Data de Registro: 19/09/2020). Segundo esta posição, a aplicação da regra de revisão nonagesimal restringe-se à fase de conhecimento da ação penal, isto é, realiza-se de ofício desde a fase investigatória até o fim da instrução criminal, quando ainda não se formou juízo de certeza sobre a culpa do réu.

II) A segunda posição estaria cristalizada em enunciado do Conselho da Justiça Federal adotado quando da Primeira Jornada de Direito e Processo Penal. Ali, determinou-se que o Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso deveria realizar a revisão nonagesimal. Esta posição também teria sido adotada em julgados do STJ (AgRg no HC 558.553/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020) e deste Supremo Tribunal Federal (HC nº 184.769, rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 05/05/2020 Publicação Processo Eletrônico Dje-113 Divulg 07/05/2020 Public 08/05/2020). Cito o enunciado do Conselho da Justiça Federal, que muito claramente delinea os contornos desta posição:

“Enunciado 21. Cabe ao Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação periódica da situação prisional do acusado, em atenção ao parágrafo único do art. 316 do CPP, mesmo que a ordem de prisão tenha sido decretada pelo Magistrado de primeiro grau” (Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito e Processo Penal**: enunciados aprovados. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direit%20Administrativo%20-%20Enu%20aprovados/direitoadministrativo-en).

III) Por fim, a Requerente identifica uma terceira posição, cujo paradigma seria decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 182.422, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio. Neste julgado, a posição adotada consistiria em determinar ao juiz de 1º grau o reexame da prisão preventiva, mesmo o processo se encontrando em etapa recursal. Cito trecho do voto do e. Decano, Min. Marco Aurélio:

“O paciente está preso, sem culpa formada, desde 12 de fevereiro de 2018, sendo a custódia mantida, na sentença, em 13 de dezembro posterior. Uma vez não constatada a existência de ato posterior sobre a necessidade da medida, tem-se desrespeitado o artigo 316, parágrafo único, surgindo configurado o excesso de prazo.

A superveniência da sentença condenatória não afasta a natureza preventiva da prisão. Não decorrendo a custódia de título condenatório alcançado pela preclusão maior, a prisão reveste-se de natureza cautelar, conforme versado no artigo 283, cabeça, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019. O artigo 387, § 1º, denomina, expressamente, preventiva a custódia oriunda da condenação não transitada em julgado.

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 formalizada no processo nº 0471.18.002259-5, da Vara Criminal da Comarca de Pará de Minas/MG. 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. (HC 182422 MC / MG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 24/03/2020 PUBLIC 25/03 /2020)".

Em estudo doxográfico que pude empreender, constatei que também a doutrina tem tido dificuldade de deduzir leitura sistemática do instituto da revisão nonagesimal, sem que se aniquile a finalidade inscrita na norma. O propósito de se revisar os fundamentos da prisão preventiva a cada noventa dias é condicionado, afinal, por dois elementos: i) a competência do magistrado para funcionar em determinado processo; ii) a limitação, inscrita no parágrafo único do art. 316 do CPP, de que a revisão será feita pelo órgão emissor da decisão.

O prof. Aury Lopes Júnior privilegia concepção próxima às posições II e III apresentadas acima. O vetor de sua análise aponta para a imperatividade do comando de revisão sempre que a prisão se dissociar de condenação penal transitada em julgado. Eis o argumento apresentado:

“A quem compete a revisão periódica quando o processo estiver no tribunal? **Pensamos que segue sendo de competência do juiz de primeiro grau**, pois ele é o “órgão emissor da decisão” a que se refere o art. 316, parágrafo único. **Contudo, é verdade que ele já esgotou sua jurisdição, de modo que o feito está afeto ao respectivo tribunal.** Então, como sugere Paulo Queiroz, podemos tratar o tema na seguinte perspectiva: “em conclusão, temos que: a) a revisão dos fundamentos da prisão preventiva é imperiosa enquanto não passar em julgado a condenação; b) enquanto não for proferida a sentença, caberá ao juiz (ou relator nas ações penais originárias) fazer o reexame obrigatório;

c) interposta apelação, competirá ao tribunal reapreciar a prisão; d) o tribunal poderá delegar essa função ao juiz que proferiu a sentença condenatória”. Estamos de acordo com a proposta de Queiroz, destacando que o mais importante é: **em grau recursal, ou o tribunal faz a revisão (relator) ou delega para que o juiz de primeiro grau o faça**. O que não se deve admitir é a violação do imperativo legal, deixando de fazer o controle periódico da existência ou não da necessidade cautelar, da situacionalidade que a legitima, o que nos remete sempre para a base principiológica analisada anteriormente” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 258).

Esta não me parece ser, contudo, a posição que torna mais harmônico o sistema de normas processuais penais.

Há, a meu sentir, um óbice inscrito no enunciado da norma, a saber, a determinação de que somente o “órgão emissor da decisão [deverá] revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias”. Sobressai desta formulação que este órgão poderá ser um juiz de direito, ou mesmo um corpo colegiado, no caso dos processos de competência originária dos Tribunais. Entretanto, o órgão sempre estará limitado pela extensão de sua competência jurisdicional. Não se me afigura possível exigir do juiz que decretou a prisão, ainda no primeiro grau, que revise a medida nos autos remetidos às esferas recursais. A rigor, uma vez encerrada sua prestação jurisdicional, o magistrado já não se encontra habilitado a decidir.

As posições II e III incorrem em um outro dos seguintes contrassensos: ou determinam que magistrado atue em processo no qual se encerrou sua prestação jurisdicional (III), ou exigem a revisão de órgão jurisdicional diverso daquele individuado pela norma (II).

Colho, quanto ao tópico, o magistério dos professores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“Diante dessa premissa, enfatizamos que, uma vez exaurida a prestação jurisdicional pelo juiz de primeiro grau, descabe falar em “novas revisões” subsequentes. Aliás, é intuitivo que assim seja, pois não teria sentido algum exigir do juiz que exauriu sua jurisdição continuar “revendo” a necessidade da prisão (a seguir melhor explicaremos).

(...)

Feita essa contextualização fundamental, podemos ver que, malgrado inexistentes maiores explicações do legislador, a finalidade

do dispositivo inserido no parágrafo único do art. 316 do CPP foi exigir do julgador que novamente fundamentasse (igualmente de forma mais sintética) a necessidade de manutenção da prisão cautelar se, no interregno existente entre sua decretação e a sentença, tiverem decorrido mais de 90 dias. Fácil ver que a ordem tem a finalidade única de evitar, em primeiro grau (ou no juízo de competência penal originária), a manutenção de uma prisão cautelar que extrapole o prazo indicado para a prolação da sentença (pressupondo que seja condenatória, pois, como dito, em caso de absolutória deverá imediatamente o preso ser posto em liberdade)” (FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020).

A racionalidade deste conjunto de normas consiste, portanto, em combater o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, canalizando o poder judiciário a atuar, independentemente de provocação, no controle da atuação estatal entre a decretação de prisões preventivas e o sentenciamento. Ao sistema das regras de garantia processual, como, por exemplo, aquela que obriga o juiz a fundamentar a manutenção da prisão cautelar no momento da prolação da sentença condenatória (art. 387, § 1º, CPP), soma-se agora exigência de reavaliação fundamentada dos pressupostos da prisão preventiva pelo órgão que a emitiu, enquanto se prolongar material e temporalmente sua competência.

Entendo, portanto, que o parágrafo único do art. 316 do CPP conforma-se à Constituição da República se interpretado no sentido de restringir seu escopo ao órgão emissor da decisão pela prisão preventiva, no limite de sua atuação jurisdicional.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço das ações diretas para julgar a ADI nº 6.581 parcialmente procedente, e a ADI nº 6.582 procedente, 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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/02/2022 00:00