



A DUBITÁVEL NECESSIDADE DE REVISÃO DO MAGISTRADO QUANTO AO PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA E A PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO CRIME

André Luiz dos Santos SORROCHI ¹
Glauco Roberto Marques MOREIRA ²

RESUMO: A presente reflexão versa sobre a introdução do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal em nosso ordenamento, que a partir de sua redação impôs ao magistrado um novo dever, o de reavaliar, de ofício, a necessidade de manutenção da prisão preventiva decretada contra o réu dentro do prazo de 90 dias, pois, caso não efetuada tal revisão dentro do prazo nonagesimal, a prisão decretada se tornaria ilegal. Em razão disso, um caso emblemático que envolveu a interpretação do mencionado parágrafo formou um imbróglgio em nossa Corte Suprema ao ser julgado, o famoso caso “André do Rap”, foi primordial para aflorar a pressão social perante o judiciário, bem como, aumentar as controversas sobre o assunto, tendo em vista que, o ministro Marco Aurélio de Mello aplicou a interpretação literal do dispositivo, restando na soltura imediata do acusado, apontado como um dos líderes do PCC. Entretanto, o presidente da Corte Suprema, Ministro Luiz Fux, suspendeu a liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio, aplicando a interpretação restritiva da lei, que, em suma, se baseia no bem-estar da coletividade social. Com efeito, busca-se com o trabalho, descobrirmos se o magistrado pode ou não restringir o alcance de aplicação do polemizado parágrafo único do artigo 316 do CPP, gerando, a partir dos resultados da pesquisa, novas dissertações sobre o tema.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Paridade de armas. Ponderação de Valores no Processo Penal. Interpretação literal. Interpretação Restritiva. Precedentes.

¹. Discente do 5º termo do curso de Direito e Bolsista do Programa de Iniciação Científica no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. alssorrochi@gmail.com

² Doutor e Mestre em Direito pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal na Toledo Prudente Centro Universitário. Graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário. Professor de Direito Penal da graduação e professor convidado da pós-graduação da Toledo Prudente Centro Universitário. glaucomarques@toledoprudente.edu.br Orientador do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do “Pacote Anticrime” em nosso ordenamento, a prisão preventiva, que já era, há tempos, objeto de controversos debates jurídicos, vem sendo, ainda mais debatida, especialmente, no que se refere ao disposto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.

O referido dispositivo foi uma inovação trazida pela Lei Anticrime, a qual, com ele, buscou-se, abolir decretações arbitrárias de prisões preventivas sem a devida fundamentação necessária para o caso concreto, bem como, diminuir o índice de prisões preventivas dos anos anteriores, pois, como veremos adiante era altíssimo, e, por fim, de certa forma, dar maior “roupagem” ao princípio processual da paridade de armas.

Desta forma, no capítulo dois, abordamos sobre o verdadeiro propósito do legislador ao estabelecer um prazo nonagesimal para a prisão preventiva ser reanalisada, de ofício, pelo magistrado, sob pena da mesma se tornar ilegal. Partindo nesse seguimento, versamos, neste mesmo capítulo, sobre o “exíguo” prazo de 90 dias para revisão da prisão preventiva frente ao judiciário “sobrecarregado” de milhares de processos.

Em seguida, no capítulo três, demos importância para explicitar como vem sendo feita, na prática, essa revisão nonagesimal da prisão preventiva em processos originados em segunda instância ou que se encontram em grau de recurso. Com efeito, no quarto capítulo, a partir da relevância proporcionada pela exegese do dispositivo, não poderíamos deixar de versar sobre a consequência da aplicação literal do parágrafo, para, a partir disso, descobrimos se o magistrado no momento de aplicar a lei, pode ou não, alterar a semântica da norma que foi legalmente positivada pelo legislador infraconstitucional.

Assim sendo, o enfoque da pesquisa, surgiu a partir de frequentes dúvidas como: “Qual foi realmente o propósito do legislador ao introduzir o prazo de noventa dias para o magistrado realizar, de ofício a manutenção da preventiva? Em processos que estão em grau de recurso, como deve ser feita essa manutenção periódica? Pode o magistrado modificar a semântica do dispositivo e aplicá-lo de maneira distinta a intenção do legislador em prol da ordem pública e da coletividade social?”

Por consequência, todas essas dúvidas serão sanadas no decorrer da pesquisa. Razão pela qual, o presente trabalho se faz imprescindível a todos os leitores, afinal, o que nós, operadores do direito sempre teremos como finalidade, é despertar o interesse pela pesquisa científica para que consigamos buscar soluções para divergências.

A metodologia utilizada para a presente pesquisa, se baseou na interpretação sistemática de todos os meios de informação, tais como: livros, artigos, revistas, periódicos, pesquisas e notícias. Possuindo assim, um caráter jurídico-dogmático social, onde se abrangeu aspectos doutrinários, sociológicos, políticos e jurisprudências a partir da utilização do método dedutivo.

2 O PROPÓSITO DO LEGISLADOR AO ESTABELEECER O PRAZO NONAGESIMAL DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Segundo breve estudo histórico, é permitido dizer que já no período colonial havia indícios que a prisão provisória seria aderida pelo Brasil nos anos posteriores.

Isto pois, após o Príncipe D. Pedro I proclamar a Independência Republicana em 1822, precisamente no ano de 1824, tivemos a promulgação da primeira constituição brasileira, que já apreciava no inciso X do artigo 179 sobre a exceção do flagrante delito, para a execução da pena do cidadão antes de sua condenação transitada em julgado, conforme retira-se da redação:

“X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar” (BRASIL, 1824)

Destarte, da mesma maneira, em todas as Constituições e leis seguintes, não só a prisão, como também demais medidas cautelares foram sendo modificadas e incrementadas no ordenamento jurídico, porém, somente no ano de 1941 com a legislação do Decreto Lei nº 3.931 é que a prisão cautelar foi minuciosamente abordada, conforme Título IX do Livro I do Código de Processo Penal.

O mais recente exemplo de mudança na legislação brasileira que versou sobre a prisão preventiva foi a Lei 13.964/2019, que não só alterou os artigos 312 ao 316 do CPP, como também introduziu parágrafos que não existiam anteriormente.

Nesse seguimento, para adentrarmos de fato ao discorrimento do presente trabalho, devemos elucidar que, atualmente existem três tipos de prisões provisórias ou cautelares no País, sendo elas: a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva ³.

Portanto, podemos classificar a prisão preventiva como uma das três modalidades de prisão provisória, devendo esta, ser decretada somente em última *ratio*, e, apenas se estiverem presentes ao caso concreto os pressupostos elencados no artigo 312 do CPP como o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Nestes termos, nos ensina Capez (2016, p. 367):

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP.

Outrossim, outro critério de diferenciação entre as três espécies de prisões cautelares merece ser citado, pois, é sabido que tanto a prisão temporária quanto a prisão em flagrante sempre tiveram prazo de perduração para execução provisória da pena do acusado, porém, a prisão preventiva não tinha um prazo determinado de duração, ou seja, era uma punição antecipada para o réu, mas que não possuía um “teto” máximo de permanência, assim, já podemos imaginar que em alguns casos ocorria um certo abuso de quem as decretava.

Santos (2008, p. 91) precavia:

“Deve-se ressaltar agora que inexistente um referencial de duração temporal máximo para a prisão preventiva e, em consequência disso, mantém-se encarcerado o indivíduo sob os mais diversos e abstratos argumentos, tais como, a complexidade do fato, a gravidade, o clamor público ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal bastasse para afastar a presunção de inocência, ou aproximasse o acusado da culpa, autolegitimando qualquer ato repressivo”.

³ A título explicativo, devemos esclarecer que, após entrada em vigor da Lei 12.403/11, grande parte da doutrina passou a entender que a prisão em flagrante é uma medida precauteladora e não uma medida cautelar típica, propriamente dita, como é o caso da prisão provisória e a temporária. Isso pois, a prisão em flagrante se destina apenas em colocar o detido à disposição do magistrado, para que este sim decreta ou não uma “verdadeira” medida cautelar sobre o detido. Neste sentido, um dos autores que defende este raciocínio é Aury Lopes Junior em sua obra “Prisões Cautelares”, 6ª edição.

Em vista disso, a Lei 13.964/2019, ao introduzir o parágrafo único do artigo 316, buscou impor uma necessidade de reavaliação da prisão preventiva dentro de 90 dias, visto que, até então, e com frequência, tínhamos casos absurdos em que réus eram “esquecidos” no cárcere, chegando a ficar mais de 600 dias presos preventivamente sem condenação.

Com efeito, indo mais adiante, podemos afirmar que até mesmo o próprio Conselho Nacional de Justiça já havia se manifestado, em nome da magistratura, uma certa preocupação perante situações de prisões provisórias com excesso de prazo que vinham ocorrendo com frequência em anos anteriores, pois, no ano de 2009 dispôs sobre a manutenção da privação da liberdade após o cumprimento da sua finalidade, através da criação da Resolução de nº 66 de 27 de janeiro 2009.

Precisamente, podemos extrair da Resolução nº 66 de 2009 que, tanto em seu artigo terceiro como no artigo quinto, a mais alta instituição pública de controle do Judiciário, visou aperfeiçoar os atos dos magistrados e diminuir os casos em que as prisões preventivas, arbitrariamente, eram decretadas e “deixadas de lado” pelos órgãos julgadores quando o Inquérito Policial ficava paralisado por mais de três meses, vejamos:

Art. 3º Verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, deverá a Secretaria ou o Cartório encaminhar os autos imediatamente à conclusão do juiz para que sejam examinados.

(...)

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 artigo 2º, justificando a demora na movimentação processual.

(BRASIL, 2009)

Desse modo, nota-se que já no ano de 2009 havia uma certa atenção quanto a não existência de um “teto”, um prazo final para a duração da prisão preventiva, com isso se criou uma certa expectativa, para os anos seguintes, onde se esperava que o índice de prisões preventivas arbitradas sem necessidade iria diminuir, todavia, o que ocorreu, foi justamente o contrário.

Isto pois, logo no ano de 2017, após pesquisa realizada sobre os presidiários do Brasil⁴, concluiu-se que, um total absurdo de 221.054, eram detentos que ainda

⁴ O autor Josias de Souza, discorreu sobre a desavença sobre política e politicagem no caso de José Dirceu e a superlotação da população carcerária de presos preventivamente “esquecidos” em presídios que não possuíam uma influência política como José Dirceu.

não possuíam uma condenação transitada em julgado, mas que já se encontravam atrás das grades, presos provisoriamente, representando assim, 34% da população carcerária do Brasil na época.

Um número espantoso, mas que já era de se esperar, afinal, podemos afirmar que, a maioria dos detentos que faziam parte desse número não possuíam recursos financeiros para contratar algum advogado que tentasse modificar a situação que se encontravam, conforme corrobora Souza (2017, s.p.), “Permanecem atrás das grades sem sentença porque são pobres e não dispõem de advogados competentes para lembrar ao Judiciário que seus processos mofam nos escaninhos”.

Portanto, diante de todo exposto acima, já podemos extinguir a primeira problematização desta pesquisa, diretamente, ao que se refere o título do presente Capítulo.

Destarte, em síntese, o propósito do legislador brasileiro com a introdução do parágrafo único ao artigo 316 do CPP, foi tão somente positivar uma ideia que já existia desde 2009, mas que não vinha sendo de fato seguida pelos magistrados, qual seja, a necessidade de revisitar a decretação da prisão preventiva, já que está, se trata de uma medida excepcional, conforme disposto na Resolução citada acima.

Ainda no que se refere ao lapso de três meses presente na redação da Resolução nº 66/2009, a título de comparação, devemos notar a semelhança do período de 90 dias disposto o parágrafo único do artigo 316 do CPP, qual merece ser transcrito:

“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, 2019)

Portanto notória é a homogeneidade de um dispositivo com o outro. Ou seja, o que verificou-se após a pesquisa, foi que, apenas uma norma já deliberada em um ato normativo primário, como é a Resolução nº 66 do CNJ, foi transformada pelo legislador em uma lei infraconstitucional, através do Pacote Anticrime.

Neste caminho, essa foi a finalidade do legislador, que, através da Lei 13.964/2019, simplesmente, positivou em nosso Código de Processo Penal os

termos da Resolução do CNJ do ano de 2009, como uma tentativa de diminuir o índice de superlotação do sistema prisional brasileiro de presos provisórios.

Diante disso, vamos adentrar a números anteriores a entrada em vigor da lei 13.964/2019. Assim, a partir dos dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública referentes ao ano de 2016⁵, vimos que o Brasil possuía um total de 726.712 presos, sendo que 40% desse total (260.684) era composto por presos provisórios.

Entretanto, tivemos, já no ano de 2019 uma queda de 5% desse percentual de presos provisórios no país, visto que, a partir de dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen)⁶ referentes ao período de dezembro de 2019 mostraram que o país possuía um total de 748.009 presos, sendo que 35% eram os detentos provisórios.

Por derradeiro, tivemos uma queda ainda maior no ano de 2020, notem que, isso, após a entrada em vigor da Lei Anticrime, partindo do levantamento feito em fevereiro de 2020, pelo G1⁷, mostraram que para um total de 755,6, a quantia de 31% representava os presos provisoriamente, totalizando uma queda de 4% para o levantamento feito em dezembro de 2019.

Como consequência, já era de se esperar que o legislativo apresentasse alguma resposta para tentar, ao menos diminuir os indices de presos provisórios no Brasil, principalmente aos casos de prisões preventivas decretadas arbitrariamente, em que, na maioria das vezes, o réu não possui condições para contratar um advogado particular que tente provocar o judiciário para modificar sua situação.

Assim, com efeito, resumidamente, podemos afirmar, que o legislador simplesmente buscou dar mais “roupagem” ao princípio da paridade de armas, qual incide sempre sobre os acusados que, em algumas ocasiões foram vistos como meros insignificantes na esfera do *jus puniendi* estatal.

⁵ Relatório apresentado pelo governo federal referente ao sistema prisional do Brasil no ano de 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>

⁶ Relatório apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional referente ao ano de 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>

⁷ Levantamento de presos provisórios no Brasil que se refere já ao ano de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-um-ano-percentual-de-presos-provisorios-cai-no-brasil-e-superlotacao-diminui.ghtml>

2.1 O Exíguo Lapso Nonagesimal De Manutenção Da Prisão Temporária Para Um Judiciário “Sobrecarregado” Sem Tempo de Proferir Um Despacho Motivado

Por obvio que, com a entrada em vigor deste dispositivo, inúmeras incertezas surgiriam. Com isso, neste capítulo, iremos abordar sobre um ponto tanto quanto preocupante. qual seja, o atual cenário abarrotado do judiciário brasileiro, pois, ao se falar em prazo de 90 dias devemos nos ater que a revisão deverá ser feita de ofício pelo magistrado ou a partir de requisição do MP.

Assim, uma nova questão se origina: Esse prazo nonagesimal não é curto demais frente ao judiciário superlotado de milhares de processos? Com isso temos outra problemática do presente trabalho, ao que se refere na certa dificuldade para o magistrado ficar periodicamente revisando de ofício a cautelar, dentro do prazo de 90 dias, sob pena de torar a prisão ilegal.

Isto pois, além de revisar de ofício a manutenção da preventiva decretada, o artigo 315 do CPP (também modificado pela Lei anticrime), impôs ao magistrado o dever de sentenciar o caso de maneira específica, a partir de fundamentações robustas para justificar sua convicção para manutenção ou não da prisão preventiva decretada, ou seja, não poderá ser proferido um despacho genérico com fundamentação habitual.

Conforme elucida Maessa (2020, p. 278):

A decretação deve ser fundamentada de forma efetiva, não bastando mera referência quanto à gravidade genérica do delito ou à aplicação da lei penal. É necessário demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da custódia,

Assim, melhor dizendo, noutras palavras, não poderá mais existir fundamentações genéricas ou o famoso e frequente “copia e cola” do Judiciário brasileiro, essa revisão deverá ser feita através de despacho com fundamentações específicas do caso em concreto.

Nesse caminho, a partir disso, faz-se necessário nos questionarmos se na realidade, estamos diante de, a grosso modo, um judiciário que não quer “dar importância” a fundamentação específica para revisão da prisão preventiva?

Todavia, por outro lado, ao que se afirma ser um lapso curto, para o judiciário realizar periodicamente a prisão preventiva, concluiu Guerra (2020, s.p.)

“Diante da quantidade de processos e da estrutura defasada de várias unidades judiciárias país afora, o sobredito dispositivo será de difícil instrumentalização”.

Além disso, através de seu voto, a ilustre ministra Laurita Vaz também destacou no HC 589,544⁸ que o judiciário se encontra abarrotado de recursos, além de implicar na celeridade de demais processos vejamos:

Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexequível, sob pena de tornar a prisão preventiva "ilegal", data maxima venia, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade (VAZ, 2020, s.p.).

Em contrapartida, há quem entenda que essa alegação no sentido de que o judiciário está sobrecarregado não merece prosperar, pois, a convicção de fundamentação dos magistrados é um dever constitucional imposto a eles, porém, a realidade é apenas um judiciário que não quer “perder tempo fundamentando especificamente” cada caso em concreto.

Consoante já previa o doutrinador:

O mais intrigante – para dizer o mínimo – é o fato de se constatar, em vários processos, a indiferença de alguns juízes pela obrigatória motivação de suas decisões. Não basta a previsão constitucional, nem a disposição legal: permanecem decidindo sem evidenciar, por escrito, seu convencimento. Não são poucos os casos em que os magistrados decretam a prisão preventiva, sem o menor apego à fundamentação. Aliás, quando o fazem, em puro arremedo de motivação, elencam os requisitos do art. 312 do CPP, em tese, sem apontar qualquer prova dos autos a lhes conceder supedâneo fático. (NUCCI, 2014, p. 77)

Ainda, em raciocínio semelhante ao que se refere a revisão nonagesimal da prisão preventiva, temos:

Cumprir enfatizar que o estabelecimento desse prazo de 90 dias, pela leitura sistemática dos novos dispositivos processuais, impõe “revisão de necessidade” cujo despacho não pode ser fruto do frequente “copia e cola”, novamente observadas todas as orientações do art. 315 do CPP. Decisão assim mantida haverá de ser considerada absolutamente ilegal. Revisar significa passar em revista, rever, reexaminar todos os elementos antes considerados para o decreto inicial de prisão preventiva. (FILHO, 2020, s.p.)

Diante do exposto, por fim, cabe enfatizar que é uma questão que de fato, está longe de ser pacífica perante a comunidade jurídica, entretanto, esta questão já

⁸ Trecho da Ementa do Habeas Corpus, qual foi conduzido pela ministra relatora Laurita Vaz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=113647397&num_registro=202001440474&data=20200922&tipo=5&formato=PDF

foi levada ao Supremo Tribunal Federal através da ADI Nº 6582⁹, proposta pela Associação Brasileira dos Magistrados AMB, que, neste momento ainda está em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Nos tópicos posteriores, apresentamos o posicionamento que vem sendo seguido, no qual, podemos adiantar que, mesmo ultrapassado o prazo de noventa dias sem que tenha sido feita, pelo magistrado, de ofício, a manutenção da prisão preventiva, a mesma não se torna ilegal nem gera a soltura imediata do réu.

3 A PROBLEMÁTICA REVISÃO PERIODICA DA PRISÃO PREVENTIVA AOS CASOS QUE SE ENCONTRAM EM GRAU DE RECURSO

Por conseguinte, como já dito, o surgimento de inúmeras incertezas a partir da entrada em vigor do parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal, já era de se esperar, com isso, iremos abordar neste capítulo, mais indagação problemática que se originou com o advento da Lei Anticrime.

Com efeito, podemos adiantar ao expor que aos dias contemporâneos essa questão encontra-se quase pacífica, entretanto, á título de conhecimento, consideramos importante ressaltar sobre, pois, em que pese não ser mais uma questão de divergência, estamos nos referindo a um dos objetos da ADI nº 6582, em tramite perante o Supremo Tribunal Federal, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Desta maneira um dos pontos que se questiona na referida ADI é: “Partindo da premissa trazida pelo parágrafo único do artigo 316, depois que se extinguir a jurisdição do juiz de primeiro grau com a sentença, os tribunais superiores é que passaram a ser obrigados a reavaliar a decretação da preventiva dentro do prazo nonagesimal?”

Diante disso, o posicionamento que foi se majorando, se baseava no fundamento de que, apenas o magistrado que havia decretado a prisão preventiva é que estaria vinculado a realizar a manutenção periódica de medida excepcional imposta.

⁹ Peça Inicial da Ação direta de inconstitucionalidade em face do parágrafo único introduzido ao art. 316 do Código de Processo Penal, após entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754102020&prclID=6027729#>

Dessarte, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), através de nota pública, manifestou seu posicionamento no mesmo caminho. No sentido de que, os únicos órgãos que deviam estar sujeitos a reavaliar a prisão imposta, seriam os de primeira e segunda instância (aos processos originários em 2º grau), porém, os órgãos superiores, de última instância não estariam vinculados a essa obrigação.

De todo modo, foi através do remédio constitucional já mencionado no tópico anterior, que se instabilizou a questão abordada nesse capítulo, assim, precisamente, o responsável pela pacificação da divergência foi o HC nº 589544, merecendo ter mais um trecho citado do voto da Ministra Laurita Vaz:

A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao "órgão emissor da decisão" – em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva – o dever de reavaliá-la. (VAZ, 2020, s.p.).

Desta forma, hoje, a tese apresentada pela ministra acima mencionada é o posicionamento majoritário e que foi seguido pela maioria da jurisprudência e doutrina, no sentido de que, apenas o órgão que decretar a prisão preventiva estará responsável para revisar periodicamente a medida cautelar imposta.

3.1 O Crucial Caso “André Do Rap”

Com afinco, sem qualquer dúvida o caso mais extravagante e que proporcionou o início de críticas mais relevantes sobre o parágrafo único do artigo 316 do CPP, foi o HC nº 186144, ou popularmente apelidado pela sociedade como “Caso André do Rap”.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, em sede de liminar concedeu, com base no parágrafo único do artigo 316, a soltura de André Oliveira Macedo, vulgo “André do Rap”, apontado como um dos líderes da organização criminosa mais estruturada do país, o PCC. De certo que, logo após essa íncita decisão do Ministro, seu colega, presidente da Corte Suprema, Ministro Luiz Fux cassou o voto de Marco Aurélio, restando na restauração imediata da prisão de “André do Rap”, e, assim foi seguido pela maioria da corte, após apresentar sua fundamentação para tal, totalizando assim, nove votos contra o único de Marco Aurélio.

Entretanto, o imbróglio presente na Corte Suprema não foi o suficiente, pois, após ser libertado, “André do Rap” fugiu e encontra-se foragido até os dias atuais.

Diante disso, surgiram várias indagações, quais são comumente ouvidas, como: “Ele teria que ficar preso!”; “A justiça nesse país não funciona! Como que solta um bandido dessa periculosidade?”; “As leis devem ser alteradas!”; dentre outros cotejos que não condizem com uma análise técnica e profunda sobre a situação.

Contudo, são indagações como estas, feitas sob o ponto de vista leigo, que gera toda uma inflamação da sociedade e acaba *de per se* aumentando a repercussão do caso em questão, gerando, com isso, uma enorme pressão sobre o judiciário, que se vê, na função de apresentar alguma resposta qualquer, mas “eficiente” e imediata em razão da “justiça”.

Desta forma, podemos dizer, que essa interferência, de uma sociedade discrepante no ordenamento jurídico, faz, com que, o judiciário busque, desenfreadamente, apresentar a sociedade qualquer resposta de “justiçamento”, entretanto, essa não é o enfoque da pesquisa.

Partindo nesse caminho, adentraremos na parcela fundamental do presente trabalho, qual nos mostrará se devemos aplicar a literalidade do dispositivo como o Ministro Marco Aurélio de Mello aplicou, ou se devemos empregarmos a interpretação conforme interesse social, utilizado pelo Ministro Fux e maioria da jurisprudência.

4 A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA LEI PELO JUDICIÁRIO PRO SOCIEDADE

Conforme visto, o voto do Ministro Marco Aurélio foi vencido pela maioria da Suprema Corte, e, vem sendo este o posicionamento majoritariamente seguido.

Pela razão de que, em que pese a redação do parágrafo único ser taxativa e declaratória, não se pode interpretar a referida norma de maneira literal pois, caso feito isso, milhares de presos provisoriamente, perigosos, seriam libertados imediatamente, colocando em risco, de certa forma, a ordem pública, a paz social e a coletividade.

Com efeito, segundo raciocínio doutrinário, têm-se que a interpretação jurídica deve se amoldar no decorrer dos anos conforme as transformações sociais:

A interpretação jurídica, por outro lado, não envolve apenas uma atividade declaratória do intérprete, pois, limita-la a isso corresponde à mesma coisa de negar a sua primordial função de atualizar o Direito operando a sua adaptação às transformações sociais. (JÚNIOR, 2021, p. 193).

Além disso, para Garcia “Reconhece-se, ademais, que o texto normativo, por meio da atividade de interpretação, consubstancia-se na norma a ser aplicada aos fatos sociais, com vistas à harmonia, à paz e o bem comum”. (2021, p. 196).

Indo mais além, Avena (2021, p. 1056) explica que não é coerente presumir que os fundamentos da prisão preventiva decretada sobre o réu, irão desaparecer pelo mero transcorrer do lapso nonagesimal:

“Não ignoramos que, de fato, no citado parágrafo único do art. 316, em sua parte final, consta a ilegalidade da prisão como consequência do transcurso do período lá previsto sem que haja pronunciamento judicial ratificando a necessidade da custódia. Sem embargo, a verdade é que, em se tratando de prisão provisória, cuja decretação tem em vista, como fundamentos únicos ou cumulados, a preservação da tranquilidade social (em face do risco de recidiva criminosa), a lisura da prova realizada nas fases policial e judicial da persecução criminal e a efetividade do resultado concreto do processo criminal, é certo que não se pode, à revelia de uma interpretação sistêmica, estigmatizar de ilegal a constrição pelo só fato da expiração do tempo referido no mencionado dispositivo. Em outras palavras, são critérios de razoabilidade e de proporcionalidade os que devem incidir na interpretação da norma, não sendo coerente presumir o desaparecimento dos fundamentos que inspiraram a decretação da custódia em face da mera passagem do tempo legalmente estipulado para sua revisão, como se tal inatividade fosse sugestiva de desídia judicial, ou, pior, de que, com o não reexame, estivesse o Juízo, intencionalmente, buscando tergiversar não persistência dos motivos da prisão. Não é outro, aliás, o entendimento que vem prevalecendo nas Cortes Superiores.”

Por derradeiro, em consonância com estes raciocínios, temos os Habeas Corpus de nº 185448, 184390, 178897, 178586 e 184137, nos quais, a interpretação literal do dispositivo também não foi reconhecida.

Assim, podemos dizer que majoritariamente esse entendimento vem sendo seguido, tendo em vista a preocupação do judiciário com a coletividade social, isto pois, se estivéssemos aplicando a literalidade do dispositivo, inúmeras prisões preventivas que não fossem revisadas dentro do prazo nonagesimal seriam consideradas ilegais, fazendo com que, milhares de condenados fossem soltos imediatamente, colocando, sem dúvidas, a sociedade em risco.

Neste caminho, o que atualmente vem ocorrendo na prática caso seja ultrapassado o prazo de 90 dias sem que tenha sido feita a revisão da prisão preventiva, não é a soltura imediata do preso, mas sim um novo “dever” para o juízo competente reavaliar a necessidade e os fundamentos para manter ou não a prisão decretada, e, somente agora, se o juízo não fizer está reanálise, é que a provisória decretada poderá se tornar ilegal, restando na soltura do réu.

Ao que nos parece ser um tanto quanto razoável, pois, pode-se dizer que a introdução desse dispositivo em nosso ordenamento serviu como “puxão de orelha”,

tanto para o juiz quanto para o Ministério Público, para que ambos não “durmam no ponto”, pois, caso cochilarem a prisão preventiva poderá se concretizar como ilegal.

Entretanto, nós, operadores do direito não podemos deixar de realizar uma análise crítica e sistêmica de todas as situações, com isso, como veremos abaixo, existem defensores do posicionamento em sentido contrário, como exemplo, veremos a tese do Ministro Marco Aurélio de Mello, onde o Ministro aplicou a literalidade do dispositivo em respeito a *mens legislatoris* e a separação harmônica dos três poderes.

4.1 A Taxatividade do Legislador Perante a Interpretação literal e sua Exceção Pró Coletividade

Ao fazermos uma simples leitura do questionável parágrafo não é de difícil compreensão que o dispositivo é taxativo, ou seja, noutros termos, o legislador infraconstitucional foi claro na redação do artigo.

Todavia, como lembrado acima, em que pese a redação do dispositivo ser taxativa o entendimento que vem sendo seguido majoritariamente pelo judiciário e grande parte da doutrina é o da aplicação restrita da norma.

Por essa razão, o que abordamos neste tópico foi explicitar aos leitores se, mesmo nesse caso em que o legislador foi taxativo na redação da norma positivada, pode o magistrado modificar a semântica da redação e aplicar a norma de maneira restrita em prol da segurança social coletiva?

Neste caminho, há quem defenda a aplicação literal do dispositivo. Como exemplo, podemos retirar alguns trechos do Voto do Ministro Marco Aurelio Mello, os quais merecem ser citados, haja vista que, o Ministro nos apresenta uma justificava para a aplicação literal do dispositivo, a partir da *mens legislatoris*:

“Observando o princípio da não culpabilidade, inseriu-se no artigo 316 do Código de Processo Penal preceito cogente. A cabeça do dispositivo prevê que 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 a subsistência, e novamente determiná-la, se vierem razões que a justifiquem. O parágrafo único é de clareza solar, valendo ter presente a norma de hermenêutica e aplicação do Direito segundo a qual, onde o texto da lei é explícito, não cabe interpretação. O que se dirá reescrever a própria norma, substituindo-se o julgador ao Legislativo?” (MARCO AURÉLIO, 2020, p. 5)

O decano ainda elucida que atuação do judiciário é vinculada ao legislativo:

Nunca é demais reconhecer que a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito aprovado pelo legislador, pelo Congresso Nacional. Nessa premissa está a segurança jurídica, a revelação de viver-se não em um regime de exceção, mas num Estado Democrático de Direito (MARCO AURÉLIO, 2020, p. 6).”

Desta forma, o ministro apresenta uma questão de segurança jurídica, onde, à grosso modo, pode-se dizer: “o legislativo é quem legisla e o judiciário é quem julga, cada um no seu papel, e um não interfere no papel do outro”.

Em caminho semelhante:

Em uma democracia, não é proibido fazer sinônimas. Aplicar aquilo que comumente se chama de “letra da lei” (podemos chamar também de textualidade) não é ruim e nem feio. A menos que a lei (dispositivo) seja inconstitucional (ver aqui as seis hipóteses pelas quais um juiz pode deixar de aplicar uma lei). Caso a lei passe por esse filtro, a sua aplicação é obrigatória. Um dever fundamental. (STRECK, 2020) (STRECK, 2020, s.p.)

Nesta toada, não se pode negar que o legislador foi muito claro e não colocou nenhum obstáculo que dificultasse a interpretação jurídica, ou seja, é a lei nos ajudando na interpretação da própria lei. Entretanto, em que pese a redação do dispositivo ser extremamente clara, há exceções, até mesmo porque o juiz moderno não é mais um frio aplicador de normas que deve ficar preso a lei.

Assim, Medeiros (2000, p. 190) critica a postura do “juiz boca da lei” e afirma que o magistrado deve interpretar a norma a partir de uma profunda análise do ordenamento jurídico como um todo:

“para os julgadores encomiastas da acientífica parêmia, interpretar envolve um rigoroso processo de conhecimento, por meio do qual penetram profundamente na análise do ordenamento jurídico como um todo, levando em conta seus mais diversos e amplos critérios (gramatical, lógico, histórico e sociológico, dentre outros),”

(...)

Uma primeira leitura crítica do posicionamento dos “meros aplicadores” da lei leva-nos a neles identificarmos o sinal odioso da preguiça, da resignação desidiosa, da inapetência para a pesquisa à vista de norma “manifestamente cristalina.”

Para Pereira (2002, p.106):

“A interpretação das leis é obra que se confere ao juiz, quando da sua missão de julgar.

Tal interpretação deve ser feita, antes de tudo, com a investigação da conformidade da lei ou da norma legal com a Lei Maior do país, recomendando Carlos Maximiliano que o juiz procure buscar sempre, dentro da lei, “a interpretação que conduza à melhor consequência para a coletividade”

Com isso, ante o exposto, podemos arrematar que a aplicação literal da lei é a regra, todavia, existem exceções, como é o caso da interpretação restritiva do parágrafo único do artigo 316, pois, essa interpretação que restringe o alcance da

norma resta-se embasada no dever do magistrado de aplicar e interpretar a Lei conforme a Constituição Federal visando sempre a melhor consequência para a coletividade social.

Portanto, conclui-se que, pode o magistrado modificar o sentido da norma, caso estiver diante de uma norma que se for aplicada em sentido literal poderá colocar em risco o bem-estar da ordem pública e a paz social.

Posteriormente, no último subtópico, não poderíamos deixar de abordar sobre a ponderação de valores dentro do processo crime, pois, isso nos mostra a correta preocupação que o legislador teve com os direitos fundamentais da parte mais frágil do processo penal.

4.2 A Ponderação De Valores No Processo Penal

É notório que o processo penal é um procedimento que deve caminhar sempre unificado com o devido processo legal e demais garantias fundamentais de qualquer cidadão humano, pois, diferentemente de todas as outras áreas do ordenamento, o processo penal lida com a liberdade do acusado, por isto, exige-se a maior cautela possível no momento de restringir a liberdade da pessoa.

Com isso, conforme abordado no decorrer do presente trabalho, o acusado, que, por mais que seja um infrator, não se pode ter suas garantias fundamentais restringidas e ser tratado com descaso e esquecimento Judiciário, entretanto, era isso que acontecia em alguns casos de medidas preventivas, em que o réu era “esquecido” no cárcere por anos sem ter uma condenação transitada em julgado.

Em consonância disso, já havia versado Regis e Santos (2020, p. 278):

Para além disso, a jurisprudência brasileira e parte da doutrina realizaram superinterpretação da ordem pública.²⁰ Agigantou-se o uso da ordem pública como válvula de escape para que o juízo pudesse abrir o processo penal à (sua) moralidade e enfraquecesse as bases constitucionais do Direito.

Na continuidade, com precisa colocação, no que se refere ao princípio da paridade de armas e a intenção do legislador ao introduzir o parágrafo único ao artigo 316 do Código processual penal, dispomos:

Nesse sentido, o intuito do legislador infraconstitucional ao estabelecer o prazo de 90 dias para revisar a necessidade da manutenção da prisão preventiva é diminuir o encarceramento desnecessário e, em diversos casos, o esquecimento do indivíduo que não possui recursos para constituir

um advogado particular, visto que a prisão preventiva não possui prazo estabelecido em lei.

O pacote "anticrime" buscou, nesse caso, dar maior paridade de armas aos acusados que em diversas ocasiões foram vistos como simples figurantes a espera do *jus puniendi* do Estado. O intuito é trazer uma consciência aos envolvidos para que todos tenham um papel e uma função, que quando desempenhados de forma errônea podem acarretar diversos prejuízos a parte mais vulnerável dessa relação: o indivíduo. (COUTO & FERREIRA, 2020, s.p.)

Além disso, também devemos lembrar que a medida excepcional imposta, deve sempre estar revestida de proporcionalidade, conforme ensina Badaró, “O princípio da proporcionalidade, estabelecendo uma relação de equilíbrio entre a medida cautelar a ser aplicada e a provável pena a ser imposta ao final do processo,” (2008, p. 401).

Destarte, por outro lado, não podemos simplesmente nos ater aos direitos fundamentais do acusado, bem como, a transparência do legislador na redação do dispositivo e nos esquecer da insegurança social que causaria a soltura imediata de milhares de réus, caso a interpretação literal do dispositivo estivesse sendo aplicada.

Por derradeiro, conclui-se que o legislador, buscou, a partir da ponderação de valores processual, impor uma necessidade de revisão periódica da preventiva, apenas como tentativa de diminuir alguns casos arbitrários e “reforçar” o poderio de armas da parte mais frágil do processo criminal, qual seja, o réu, mas que de certa forma, deveria ter sido um pouco mais racional na redação do parágrafo único do 316 do CPP.

5 CONCLUSÃO

Após minuciosa pesquisa, podemos concluir que, o propósito legislativo foi tão somente dar maior roupagem ao princípio da paridade de armas e diminuir a quantidade de prisões preventivas, pois, conforme visto, o índice dessas prisões em anos anteriores era altíssimo.

Em consequência, da mesma forma, abordamos o déficit do judiciário para reaver de ofício o prazo nonagesimal da cautelar, onde, vimos que há quem entenda que impor tal dever periódico ao magistrado, acarretaria um retardo da persecução criminal dos demais processos, mas, em contrapartida, há quem entenda que estamos diante de um judiciário que não quer “perder tempo” proferindo despachos robustos e bem fundamentados.

Em seguida, versamos sobre a aplicação prática que vem sendo seguida majoritariamente pela jurisprudência e até mesmo doutrina, no que se refere a aplicação do parágrafo único do artigo 316 do CPP, além de trazeremos o caso emblemático de “André do Rap”.

Destarte, neste seguimento, abordamos sobre os meios interpretativos que o parágrafo único nos proporciona, abordando os “dois lados da moeda”, tanto a literal, baseada no respeito a *mens legislatoris*, quanto a restritiva que se baseia na paz e segurança da coletividade social.

Por consequência, vimos que o magistrado pode alterar a semântica do dispositivo, visto que, se a interpretação literal estivesse sendo aplicada, certamente restaria na soltura imediata de milhares de acusados, colocando em risco, a segurança pública e o bem-estar social.

E, por fim, versamos sobre a ponderação de valores no processo crime, onde se viu que, em que pese, estarmos lidando com infratores, querendo ou não, devemos respeitar os direitos fundamentais da parte mais frágil do processo crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. (2021). **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Método.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. (2008). **A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 401.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66** (Conselho Nacional de Justiça 27 de Janeiro de 2009).

BRASIL, Presidência da República. **Carta de Lei de 25 de Março de 1824, Constituição Política do Império do Brasil**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso: em 24 jun. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 589544** (Superior Tribunal de Justiça 08 de 09 de 2020).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6582** (Supremo Tribunal Federal 14 de 10 de 2020).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 186144** (Supremo Tribunal Federal 23 de 11 de 2020).

BECCARIA, Cesare. (2015). **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Edipro.

BITENCOUR, Cezar Roberto. (2010). **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Saraiva.

- CAPEZ, Fernando. (2016). **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva.
- COUTO, Leonardo., & FERREIRA, Maycon. (29 de 12 de 2020). **Sobre a revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-29/couto-ferreira-necessidade-manutencao-preventiva>. Acesso: em 24 jun. 2021
- CUNHA, Rogério Sanches. (2021). **Manual de Direito Penal**. Salvador: Editora Juspodivm.
- DOS SANTOS, Vinicius Lang. **O Direito Constitucional Ao Prazo Razoável e a Duração da Prisão Preventiva**. 2008. 91. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – PUCRS, Porto Alegre, 2008.
- DEPEN (09 de 04 de 2020). **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso: em 25 jun. 2021.
- DEPEN (08 de 12 de 2017). **Há 726.712 pessoas presas no Brasil. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso: em 25 jun. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. (2002). **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista do Tribunais.
- FILHO, Antonio Ruiz. (07 de 05 de 2020). **A nova disciplina da prisão preventiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/disciplina-prisao-preventiva>. Acesso: em 25 jun. 2021.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. (2021). **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Método.
- GUERRA, João Pedro. (29 de 01 de 2020). **O novo regime das cautelares processuais penais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319353/o-novo-regime-das-cautelares-processuais-penais>. Acesso: em 25 jun. 2021.
- G1 (19 de 02 de 2020). **Em um ano, percentual de presos provisórios cai no Brasil e superlotação diminui**. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-um-ano-percentual-de-presos-provisorios-cai-no-brasil-e-superlotacao-diminui.ghtml>. Acesso: 25 jun. 2021.
- MAESSA, Ana Flavia. (2020). **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Almedina.
- MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la**. Revista de Informação Legislativa n. 146, p.190, abr./jun. 2000.
- NETO, Ivan Serpa Carvalho. (25 de 10 de 2020). **Entenda o artigo 316, parágrafo único, do CPP**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/entenda-o-artigo-316-paragrafo-unico-do-cpp/#:~:text=todo%20pa%C3%ADs%20democr%C3%A1tico.->

[.O%20art.,deve%20ser%20mantido%20preso%20ilegalmente](#). Acesso: em 24 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme De Souza. (2014). **Prisão e Liberdade**. Rio de Janeiro: Forense.

JUNIOR, Aury Lopes. (2017). **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva.

JUNIOR, Aury Lopes. (2018). **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. (2021). **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. (2014). **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas.

PRADO, Luiz Regis, & SANTOS, Diego Prezzi. (2018). **Prisão preventiva - A Contramão da Modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense.

PEREIRA, Áurea Pimentel. (2002). **A Obra de Criação do Direito Pelo Juiz na Interpretação das Leis. Limites**. Revista da EMERJ, v.5, n18.

SANGUINÉ, Odone. (2014). **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direito Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense.

SOUZA, Josias de. (03 de 05 de 2017). **Há no país 221 mil sub-Dirceus, presos provisórios esquecidos em calabouços**. Disponível em <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/05/03/ha-no-pais-211-mil-sub-dirceus-presos-provisorios-esquecidos-em-calaboucos/?cmpid=copiaecola>. Acesso: em 26 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. (12 de 10 de 2020). **O que é "revisar a prisão a cada 90 dias"? Rodrigo Maia deu no rim de Valdo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-12/lenio-streck-revisar-prisao-cada-90-dias>. Acesso: em 26 jun. 2021.