

A REVISÃO PERIÓDICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

THE PERIODIC REVIEW OF THE PRETRIAL DETENTION IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

MAURO FONSECA ANDRADE

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2016). Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona/Espanha (2005), cuja tese "Sistemas Procesales Penales" recebeu a nota máxima e voto de louvor - "cum laude" - por unanimidade. Especialista em Direito Processual Penal pela FMP (1998). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1990). Professor Titular da Faculdade de Direito da FMP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça na Comarca de Porto Alegre/RS, onde atuou como Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/RS.

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE

Doutorando em Direito Processual Penal (Universidade de Lisboa/Portugal). Mestre em Direito Processual Penal (Universidade de Lisboa/Portugal). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Promotor de Justiça/RS.

Resumo: A Lei nº 13.964/2019 trouxe uma série de inovações ao direito criminal brasileiro como um todo, em especial, ao direito processual penal. Além do estabelecimento de uma *estrutura acusatória* ao processo penal e da inserção da figura do *juiz das garantias*, também houve a imposição de revisão periódica da prisão preventiva, devendo essa revisão ocorrer a cada 90 dias. Por se tratar de uma inovação, muitas vêm sendo as críticas a ela, chegando ao ponto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ser ajuizada contra parte de seus termos. Por isso, o presente texto busca apresentar informações básicas para o conhecimento do instituto da revisão periódica da prisão preventiva, desde a criação do ambiente para sua inserção na legislação brasileira, passando também por sua abordagem no direito estrangeiro, em especial, o direito português. Por fim, apontamentos são feitos quanto à necessidade de evolução no trato de certas questões processuais ligada à forma como essa revisão foi tratada pelo legislador brasileiro.

Palavras-chave: Prisão Preventiva – Convencionalidade – Revisão periódica – Contraditório – Decisão surpresa.

Sumário: Introdução. 1. A inserção da revisão periódica no direito processual penal brasileiro. 1.1. Proposta legislativa inacabada. 1.2. As iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. 1.2.1. Resolução nº 66/2009. 1.2.2. Resolução Conjunta nº 1/2009. 1.2.3. Resolução nº 213/2015. 2. O fundamento convencional para a revisão periódica. 2.1. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 2.2. A Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. 3. Lições do direito processual penal português. 4. Resistência à *legalidade da ilegalidade*. 5. Questões processuais pendentes de evolução. 5.1. Segurança Jurídica, Preclusão *Pro Judicato* e Decisão Surpresa. 5.2. A Qual Juiz se Aplica o Dever de Revisão Periódica? 5.3. A Necessária Expansão da Revisão Periódica. 5.4. O Impacto da Cultura Revisionista sobre a Celeridade Processual. 6. Considerações finais. Referências.

Abstract: The Federal Law n. 13.964/2019 has brought some important innovations to Brazilian Criminal Law as a whole and, in particular, to Criminal Procedure Code. In addition to the accusatory structure option and the insertion of the figure of the “Judge of Guarantees”¹, this statute amended the Brazilian Criminal Procedure Code and established the judicial obligation in reviewing some criteria and conditions of pretrial detention periodically in every 90 days. As a consequence, raising criticisms and discussions are being presented, including in Brazilian Supreme Court. This article purpose is to contribute to academic and judicial discussions, focusing on the best understanding of subjects and scientific terms in order to create a better environment for their correct insertion in Brazilian Criminal Law System and to approach a comparative perception with foreign law, specifically, the Portuguese Criminal Procedure Law. Finally, notes were made on the necessity of evolution of procedural conditions for the best management of the periodic review of the pretrial detention in Brazil.

¹ The term “Judge of Guarantees” is largely used in Brazil and directly translated from Juiz das Garantias, figure brought by the Federal Law n. 13.964/2019. Nevertheless, it works as a pretrial phase Judge, it has not the same institutional functions. Most of them are to watch over the human rights of the detainee and legality of the criminal investigation among others. To see the full description of the figure of “Judge of Guarantees” the reader is referred to article n 3 of Law n. 13.964/2019.

Keywords: Pretrial detention – Conventionality – Periodic review – principle of audi alteram partem – Surprise decision.

Summary: Introduction. 1. The insertion of the periodic review of the pretrial detention in Brazilian Criminal Procedure Law. 1.1. A Draft Bill unfinished. 1.2. The initiatives of the Brazilian National Council of Justice and the Brazilian National Council of Public Prosecutors. 1.2.1. Resolution No. 66/2009. 1.2.2. Joint Resolution No. 1/2009. 1.2.3. Resolution No. 213/2015. 2. The conventional basis in favor to the periodic review. 2.1. The jurisprudence of the European Court of Human Rights. 2.2 The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. 3. Lessons from the Portuguese Criminal Procedure Law. 4. Resistance to the legality of illegality. 5. Procedural issues pending further development. 5.1. Legal certainty, pro judicato preclusion and surprise decision. 5.2. Which judge does the periodic review duty apply to? 5.3. The necessary expansion of the periodic review. 5.4. The impact of the periodic review culture in favor of the procedural agility. 6. Conclusion. References.

INTRODUÇÃO

No final de dezembro de 2019, o legislador brasileiro fez vir à luz a Lei nº 13.964, originalmente fruto do que se convencionou chamar de *Projeto de Lei Anticrime*, o que levou aquela lei a ser conhecida pelo grande público como *Pacote Anticrime*.

Com alterações relevantes nas esferas do direito penal, processual penal e execução penal, foram as inovações introduzidas no Código de Processo Penal que provocaram as maiores discussões no meio acadêmico, em especial, atingindo os institutos do *juiz das garantias* e o *acordo de não persecução penal*.

Embora algumas das inovações hajam sido suspensas (por força de medida liminar deferida no seio de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade),² é possível identificar

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299/Distrito Federal**. Brasília/DF; Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

certas novidades que, mesmo não tendo inicialmente chamado a atenção dos operadores do Direito, tornaram-se merecedoras de um olhar mais atento, sob pena de não alcançarem os resultados que motivaram sua incorporação à legislação brasileira. Um bom exemplo disso é a imposição de revisão, a cada 90 dias, da necessidade de manutenção da prisão preventiva, hoje presente no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.³

Recentemente, esse dispositivo foi alvo de várias e severas críticas, em especial, quanto aos efeitos decorrentes da não realização da revisão periódica dos motivos que levaram o Poder Judiciário a decretar a prisão preventiva do sujeito passivo da persecução penal. A tal ponto se chegou, que até mesmo Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros.⁴ Entretanto, tais críticas também deixam escapar a sensação de desconhecimento em relação à forma como esse instituto vem sendo tratado no direito estrangeiro, pois é lá que encontramos sua origem.

Por isso, o presente texto tem, por objetivo, analisar a inserção da revisão periódica da prisão preventiva no Brasil, a partir da evolução do caminho percorrido até a inovação proporcionada pela Lei nº 13.964, de 2019. De igual modo, far-se-á a abordagem de aspectos procedimentais destinados ao reconhecimento da validade constitucional da decisão proveniente daquela revisão.

O método de pesquisa utilizado será o qualitativo, por meio de pesquisa bibliográfica, com viés exploratório e explicativo.

1. A INSERÇÃO DA REVISÃO PERIÓDICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

³ Alguns autores já começaram a manifestar suas preferências pessoais quanto à designação do instituto ali inserido. Um bom exemplo é a designação dada por Bruno Montenegro Ribeiro Dantas, ao chamá-lo de “Exame Periódico da Contemporaneidade dos Pressupostos da Prisão Preventiva” (DANTAS, Bruno Montenegro Ribeiro. *Prisão Preventiva: inovações, análise e perspectivas*. In: HABIB, Gabriel. **Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019. Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 135). De nossa parte, no entanto, seguiremos com a menção a *exame periódico da prisão preventiva*.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=6027729>. Acesso em: 23 out. 2020.

Não é de hoje que o Código de Processo Penal (CPP) vem sofrendo críticas, por parte da doutrina, no sentido de que ele deve ser modernizado, em razão dos avanços verificados em diversos institutos próprios de sua área de conhecimento. Resultado dessas críticas é que, ao longo das últimas décadas, vários projetos de lei foram apresentados com o fim de permitir a modernização da legislação processual penal brasileira, seja por meio de reformas parciais, seja por meio de reformas globais.

A concretização dessas reformas esbarrou na lenta tramitação do processo legislativo, não raras vezes, fazendo com que alguns projetos fossem abandonados. Em razão desse fenômeno, novos atores ingressaram fortemente na busca de soluções para os atrasos proporcionados pelo Poder Legislativo, merecendo destaque, nesse sentido, a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Nas linhas que terão sequência, apresentaremos algumas das proposições que, de algum modo, buscaram a tão almejada atualização de nossa realidade processual penal – seja pela via legislativa, seja pelos contornos empregados pela via administrativa –, voltadas à revisão periódica da prisão preventiva.⁵

1.1. PROPOSTA LEGISLATIVA INACABADA

Em razão do fracasso de proposições legislativas voltadas à confecção de um novo CPP,⁶ o legislador optou, já no começo dos anos 2000, por uma estratégia que imaginou ser a mais eficiente para alcançar tal resultado: reformar profundamente nossa codificação, mas valendo-se, para tanto, de vários projetos de lei que mantivessem a harmonia e unidade do texto final.⁷

⁵ Como marco conceitual de *prisão preventiva*, aderimos à posição de Odone Sanguiné, ao lecionar que “A prisão preventiva (art. 311 e ss. Do CPP) é a modalidade mais importante de privação antecipada de liberdade pessoal, não só por sua maior abrangência, mas também porque seus fundamentos servem de pressupostos a todas as demais espécies de prisões cautelares” (SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106).

⁶ Referimo-nos, especificamente, aos seguintes intentos: TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963. BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD)** (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977. BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

⁷ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover – presidente da comissão de juristas nomeados para essa tarefa – “Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros” (GRINOVER, Ada Pellegrini.

Essa abordagem, na realização de reformas na legislação processual penal, acabou por sofrer os mesmos problemas dos intentos anteriores, o que levou o legislador a novamente investir em uma reforma total, com a apresentação de um novo CPP. Foi aí que o Senado Federal, no ano de 2008, nomeou nova comissão de juristas,⁸ cujo trabalho final – o anteprojeto de novo CPP – foi apresentado no ano de 2009,⁹ e prontamente convertido no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009.

Dentre as inúmeras novidades presentes em seu texto, lá encontramos o artigo 550, chamado pelo projeto de *reexame periódico*, voltado, justamente, à reanálise dos fundamentos da prisão preventiva decretada.^{10/11} O número do artigo do reexame periódico acabou por ser alterado pela redação final do PLS nº 156/2009, momento em que passou a ser identificado como sendo o artigo 562. Este mesmo número do artigo foi mantido no Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010, designação dada ao projeto de lei de novo CPP quando ingressou na Câmara dos Deputados,¹² após sua rápida passagem pelo Senado Federal.

Nota marcante em relação ao PLS nº 156/2009 é que significativa foi a produção bibliográfica destinada à análise de seu conteúdo, por haver sido marcado por inúmeras novidades. Contudo, no que diz respeito ao reexame periódico dos fundamentos da prisão preventiva, a reação doutrinária foi praticamente nula. Quando muito, é possível encontrar textos que se restringiram a reproduzir, com outras palavras, o próprio teor da lei, não se ocupando de melhor explicá-lo para os operadores do Direito como um todo, muito menos em

A Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 31, ano 8, jul.-set. 2000, p. 67).

⁸ Sobre o tema, ver: CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 186, p. 189-192, jul./set. 2009.

⁹ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

¹⁰Art. 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.

¹¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 23 out. 2020.

¹² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 23 out. 2020.

procurar aparar eventuais arestas que, como vemos hoje, acabaram por atingir os termos do parágrafo único do artigo 316 do CPP.¹³

1.2. AS INICIATIVAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Bem se sabe que o CNJ e o CNMP possuem suas esferas de atuação restritas aos termos impostos pela Constituição Federal, onde não se vê a possibilidade de ambos atuarem na definição de políticas criminais para o país. Entretanto, dentro daquilo que lhes cabe, ambos vêm desempenhando um papel importantíssimo na divulgação e consolidação da cultura voltada para uma maior atenção ao tempo de incidência das medidas cautelares pessoais.

Na sequência, veremos as iniciativas realizadas pelo CNJ e pelo CNMP, voltadas para o mesmo objetivo que motivou a inserção legal da revisão periódica da prisão preventiva.

1.2.1 Resolução nº 66/2009

Desde que a humanidade começou a registrar suas vivências em torno do que hoje denominamos *processo*, a preocupação com o tempo de sua duração é algo que se faz notar ao longo de todos os períodos da história escrita.¹⁴

¹³ Nesse sentido, encontramos: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 186, p. 11-19, jul./set. 2009. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. As Medidas Cautelares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS nº 156/2009: Uma Leitura a Partir do Princípio da Presunção de Inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247-270. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Disposições Gerais das Medidas Cautelares. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 459-464. LIMA, Marcellus Polastri. Das Medidas Cautelares Pessoais. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ob. cit., p. 465-487. Exceção deve ser feita a Rosberg Souza Crozara, que teceu considerações muito pertinentes sobre o direito estrangeiro, abordando a revisão periódica da prisão preventiva na Alemanha e Portugal (CROZARA, Rosberg Souza. *Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência?* In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 284-285).

¹⁴ Já na realidade ateniense, encontramos: DEMOSTENES. *Sobre la Corona*. In: **Discursos Políticos y Privados**. Tradução de A. Lopes Dire e José Manuel Colubi Falcó. Madrid: Gredos, 2000. v. 5, p. 149.

No Brasil, embora seja possível encontrar estudos esparsos – e desbravadores – voltados ao tema da duração do processo,¹⁵ a atenção da academia nacional somente foi mais efetiva após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao inserir o inciso LXXVIII no artigo 5º, que recebeu a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁶ Aberto estava o caminho, portanto, para a revisão de uma série de situações – omissivas, é bem verdade – presentes em nosso direito processual, em especial, no direito processual penal.

Sensível a esse novo paradigma e a uma realidade que apontava para a tomada de providências urgentes há muitos anos, o CNJ instituiu o que se convencionou chamar de *mutirão carcerário*, de modo a unir forças para a documentação e tentativa de correção de erros e omissões que afetavam – e ainda afetam – o sistema carcerário brasileiro.

Uma das primeiras conclusões foi a necessidade de tomada de providências contra as paralisações de investigações e processos de natureza criminal, sobretudo, os reflexos disso decorrentes sobre aquelas pessoas que se encontram presas preventivamente. Foi aí que o CNJ fez vir à luz a Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, que teve, como foco: a) a necessidade de um melhor acompanhamento das prisões provisórias, em razão dos excessos de prazo à época verificados; b) a importância de os magistrados brasileiros realizarem *revisões periódicas da situação jurídica dos presos provisórios*; e c) a observância dos princípios constitucionais da legalidade e duração razoável do processo.¹⁷

¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁶ Após a entrada em vigor do novel dispositivo constitucional, uma das primeiras obras a enfrentar o tema foi o texto publicado Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró (**Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006). Entretanto, tal obra acabou por adotar um viés totalmente apartado da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, por vincular aquele direito somente à figura do sujeito passivo da persecução penal. Conforme corretamente lecionam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, os direitos elencados em ambos diplomas internacionais – de longa data – vêm sendo interpretados como alcançando os direitos de *todo ser humano*, independentemente de sua condição na persecução penal, o que engloba, portanto, também a figura da vítima. Não por outro motivo, a nossa própria Constituição Federal deixa claro que esse direito é de exercício de *todos*. Essa interpretação, por parte das Cortes Internacionais protetivas dos direitos humanos se vê materializada no que se convencionou chamar de *obrigações processuais penais positivas*, desfazendo o erro de se interpretar as questões ligadas a direitos humanos como se fossem somente ligadas aos direitos de quem figure no polo passivo da persecução penal. Sobre o tema, ver: FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Vaz. **Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009**. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_66_27012009_08042019135736.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

Dentre as providências indicadas nessa resolução, duas delas nos chamam especial atenção para os efeitos do presente estudo. A primeira, em obrigar os Tribunais a criarem mecanismos voltados a auxiliar os magistrados no controle de prisões e internações (§ 2º do artigo 2º).¹⁸ A segunda, em determinar que, todos os processos ou investigações criminais que contarem com pessoa investigada ou já acusada privada provisoriamente de sua liberdade, e que estiverem há mais de *três meses sem qualquer movimentação*, deverão ser imediatamente encaminhados ao juiz, a fim de que ele avalie tal situação (artigo 3º).¹⁹

Em termos normativos – ainda que de caráter administrativo –, o primeiro passo havia sido dado para a formação de uma cultura voltada ao controle periódico da medida cautelar pessoal mais invasiva, qual seja, a prisão preventiva.

1.2.2 *Resolução Conjunta nº 1/2009*

A partir dos dados obtidos com o mutirão carcerário, foi possível ter a visualização do panorama geral do sistema carcerário brasileiro. Resultado disso é que se criou um clima institucional de conscientização para a ampliação dos termos da Resolução nº 66/2009, não só em relação ao tipo de prisão que mereceria maior atenção, senão também aos atores que envolvidos no combate aos problemas verificados.

O alinhamento desse pensamento fez com que CNJ e CNMP publicassem a Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009, cuja finalidade foi criar “mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes”.²⁰ No que disse respeito às prisões provisórias, a revisão diria respeito ao reexame de sua duração e dos requisitos determinantes para sua imposição judicial.²¹

¹⁸ Artigo 2º. (...)

§ 2º Os Tribunais devem desenvolver mecanismos, prioritariamente eletrônicos, de auxílio aos magistrados, no controle das prisões e internações sob sua jurisdição.

¹⁹ Artigo 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.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009.** Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

²¹ Artigo 2º. A revisão consistirá, quanto à prisão provisória, na reavaliação de sua duração e dos requisitos que a ensejaram; quanto à prisão definitiva, no exame quanto ao cabimento dos benefícios da Lei de Execução Penal e

Nota marcante dessa resolução é que houve um retrocesso temporal na determinação da revisão das decisões privativas de liberdade. Ao passo que a Resolução nº 66/2009 estabeleceu a revisão para as prisões decretadas em investigações e processos criminais que estivessem há mais de três meses paralisados, a Resolução Conjunta nº 1/2009 estabeleceu o período mínimo de um ano para que essa mesma revisão ocorresse em todas as investigações e processos criminais, independentemente de estarem paralisados ou em curso.²²

1.2.3 Resolução nº 213/2015

Durante muitas décadas, a lógica brasileira, referente ao trato de temas envolvendo o *status libertatis* do sujeito passivo da persecução penal, esteve centrada no binômio *prisão cautelar-liberdade provisória sem vínculos*.

Essa realidade veio a ser alterada com a entrada em vigor da Lei nº 11.403, de 4 de maio de 2011, que realizou uma alteração profunda no Livro I, Título IX, do CPP, momento em que não só se agregou um maior e melhor detalhamento para as prisões cautelares e para a liberdade provisória. Além desse detalhamento, também foi apresentado um rol de medidas cautelares diversas da prisão – até então inexistentes no direito processual penal brasileiro –, e foram disciplinados os critérios e procedimentos a serem seguidos para a imposição de medidas cautelares pessoais em geral.

Sem medo de cometer qualquer exagero, é possível afirmar que o grau do impacto que essa reforma legislativa provocou pode ser medido pelo número de estudos monográficos dedicados somente à Lei nº 11.403, de 4 de maio de 2011. De lá para cá, quiçá o efeito mais importante da mencionada reforma legislativa haja sido o começo da familiarização do operador do Direito brasileiro com a necessidade de questionamento quanto à necessidade e adequação (proporcionalidade) da imposição de qualquer medida cautelar pessoal. Não à toa, tais

na identificação de eventuais penas extintas; e, quanto às medidas socioeducativas de internação, provisórias ou definitivas, na avaliação da necessidade da sua manutenção (art. 121, § 2º, da Lei 8069/90) e da possibilidade de progressão de regime.

²² Artigo 1º. As unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com periodicidade mínima anual, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.

requisitos foram os que inauguraram a nova disciplina dada pelo CPP às medidas cautelares dessa natureza, propositalmente inseridos nos incisos I e II da redação dada ao artigo 282.²³

Um primeiro efeito, atinente à atenção a ser dada à análise judicial da necessidade e adequação das medidas cautelares pessoais, foi a tardia efetivação da apresentação judicial imediata de toda pessoa privada em sua liberdade (posteriormente conhecida no Brasil pelo nome de *audiência de custódia*). Ainda no ano de 2011 (9 de setembro), o Senador Antônio Carlos Valladares apresentou o PLS nº 554, posteriormente remetido à Câmara dos Deputados, e convertido no PL nº 6.620, de 2016.

A costumeira demora das Casas Legislativas brasileiras fez, novamente, com que outras forças políticas se movimentassem em torno da necessidade premente em dar vida ao direito de apresentação judicial imediata. Assim, após breve período de vigência de um projeto-piloto no Estado de São Paulo, o CNJ publicou a Resolução nº 213, de 2015, que dispôs “sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”.²⁴

Foi aí que, mesmo em se tratando de uma norma de natureza administrativa voltada aos juízes brasileiros, o CNJ inaugurou a obrigatoriedade de reavaliação periódica das decisões judiciais que impusessem uma medida cautelar pessoal em específico, independentemente do estado em que a investigação ou processo se encontrassem. Referimo-nos, portanto, ao artigo 10 daquela resolução, que criou essa obrigação – embora sem especificação de qual seria essa periodicidade – a toda decisão que determinasse a medida cautelar de monitoração eletrônica.²⁵

Raríssimas foram as manifestações doutrinárias em torno da reavaliação periódica criada pelo CNJ. Mesmo assim, quem se dedicou a esse tema – tão árido em sua época – já marcava

²³ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁵ Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

posição pela necessidade de essa reavaliação alcançar outras medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Como bem pontuou Mateus Marques, a reanálise dos requisitos da necessidade e adequação não deve ser um “privilégio exclusivo da monitoração eletrônica”, mencionada no artigo 10 daquela resolução,²⁶ o que exigiria sua ampliação para todas as medidas cautelares pessoais presentes no direito brasileiro.

A partir dessa lógica, aberto estava o caminho para a expansão da revisão periódica de ofício das medidas cautelares pessoais, sendo que a primeira manifestação legislativa concreta nesse sentido veio, exatamente, com a Lei nº 13.964, de 2019. Mesmo assim, o legislador foi tímido nesse sentido, ao inserir a obrigatoriedade da revisão periódica unicamente para os decretos de prisão preventiva, tal como passou a constar na nova redação do artigo 316, parágrafo único, do CPP.²⁷

Diante da inserção legislativa, impositiva que é de uma nova prática e cultura no âmbito do direito processual penal, algumas observações se fazem necessárias, de modo a permitir que a intenção do legislador seja alcançada e compreendida, o mais brevemente, pela comunidade jurídica brasileira.

2. O FUNDAMENTO CONVENCIONAL PARA A REVISÃO PERIÓDICA

A doutrina que trata da necessidade de revisão periódica da prisão preventiva marca a origem desse instituto junto às posições adotadas pelas Cortes encarregadas de julgar os pactos e convenções internacionais protetivos dos direitos humanos.

Por isso, passaremos a analisar a jurisprudência de tais Cortes, de modo a colocar o leitor a par dos motivos que levaram à criação da lógica revisionista.

2.1. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

²⁶ MARQUES, Mateus. Comentários ao artigo 10. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia. Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 127. Ver também: MARQUES, Mateus. **Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 127.

²⁷ Artigo 316. (...)

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.

No ano de 1959, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que teria, como incumbência, assegurar que as obrigações presentes naquela convenção fossem respeitadas pelos Estados contratantes. De lá para cá, o TEDH tem se notabilizado pela busca de uma consolidação não só em relação ao respeito, senão também em relação à definição e ao conteúdo daquelas obrigações.

A sua linha de atuação, por óbvio, não envolve somente temas ligados ao direito processual penal. No entanto, é essa área do conhecimento que nos faz invocar a sua posição no presente estudo.

No que diz respeito à prisão preventiva e ao prazo de sua duração, bem como de sua interpretação do artigo 5.4 daquela convenção,²⁸ o TEDH possui uma posição muito clara quanto à necessidade de controle judicial constante para o requisito *necessidade* dessa medida cautelar pessoal. Partindo do pressuposto de que não se pode analisar o tema da duração da prisão preventiva de forma abstrata – mas sim de forma individualizada, ou seja, caso a caso –, aquela Corte afirma que, aos magistrados nacionais, cabe-lhes o dever de *vigiar* essa duração.²⁹

Ainda assim, é possível observar que o TEDH não propôs o estabelecimento de nenhum prazo para que essa *vigilância* seja efetuada, repassando o dever de cuidado constante ao Poder Judiciário.³⁰ Disso se depreende que a fixação de um prazo máximo de revisão periódica dos requisitos motivadores da prisão preventiva deve decorrer do entendimento de cada Estado, ao tratar do tema em sua legislação interna.

2.2. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

²⁸ “Artigo 5.4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal” (CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

²⁹ CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Assenov e outros vs. Bulgária**, § 162, julgado em 28 de outubro de 1998. Estrasburgo, França: Corte Europeia dos Direitos Humanos, [1998]. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58261%22%5D%7D>. Acesso em: 23 out. 2020.

³⁰ BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos Humanos Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 131.

Por meio do Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992, o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, tendo ela sido erigida à condição de norma supralegal pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Com isso, aquela convenção somente seria inferior, em termos hierárquico-normativos, à Constituição Federal, mostrando-se superior, portanto, ao próprio CPP e às demais leis extravagantes que versem sobre matéria processual penal.

Tendo por objetivo demonstrar preocupação com a inserção daquele diploma na cultura jurídica do país, o Estado brasileiro também reconheceu a competência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH) para as questões relativas à interpretação ou aplicação da CADH, envolvendo fatos posteriores a 10 de dezembro de 1988. Em suma, o Brasil admitiu não só se submeter à jurisdição daquela Corte, senão também à jurisprudência por ela produzida, que se converteu em fonte para o direito processual penal brasileiro.³¹

Dentre as posições já consolidadas pela Corte IDH, adotada a partir da interpretação dada ao artigo 7.5 daquela convenção,³² encontramos a necessidade de reavaliação judicial periódica das decisões ligadas às medidas cautelares pessoais, mais especificamente, aquelas ordenadoras da prisão preventiva de pessoas investigadas ou acusadas.

Como justificativa para a necessidade de revisão judicial da decisão que decretou a privação de liberdade do sujeito passivo da persecução penal, vê-se o reforço do argumento de que, como medida cautelar, a necessidade dessa prisão deve ser constantemente comprovada. No entanto, a jurisprudência daquela Corte, a exemplo do TEDH, não aponta o período em que essa revisão deveria ocorrer. Ao contrário, ela só se refere à incidência de ilegalidade das prisões cautelares, sempre que elas ultrapassem o limite imposto pela própria legislação de cada país em específico.³³

³¹ Sobre o tema, ver: BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

³² “Artigo 7. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 out. 2020).

³³ CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**, § 74, Sentença de 30 de outubro de 2008 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020. CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y**

Essa observação é de suma importância para a compreensão do instituto da revisão periódica, sobretudo para não se imputar ao direito convencional a responsabilidade pelas críticas e desacertos provenientes dos setores que vêm se posicionando em sentido contrário aos efeitos da superação do prazo legal previsto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

3. LIÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

Como visto acima, a proposição legislativa inicial, para a fixação de um prazo destinado à revisão periódica da prisão preventiva no Brasil, deu-se no projeto de novo CPP apresentado pelo Senado Federal (PLS nº 156/2009).

Analisando o conteúdo das atas das reuniões realizadas pela comissão de juristas encarregada da redação do anteprojeto de novo CPP – que redundou no PLS nº 56/2009 – é possível ver que, em várias oportunidades, fez-se menção à realidade portuguesa no trato de temas ligados ao direito processual penal. Mais que isso, houve menção específica, durante os debates, à forma como a legislação lusitana trata do tempo da prisão preventiva.³⁴ Tendo isso em conta, mostra-se mais que necessária a análise, ainda que não exaustiva, da forma como a revisão periódica da prisão preventiva é lá tratada.

Dito isso, é no artigo 213º do CPP português que encontramos a presença e regulamentação do que o legislador local entendeu por bem chamar de *revisão oficiosa*, que deve atingir não só a prisão preventiva em sua modalidade clássica (em um estabelecimento estatal), senão também a obrigação de *permanência na habitação* (equivalente à prisão domiciliar no Brasil).³⁵

activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, § 311, Sentença de 29 de maio de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020. CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Argüelles e Outros vs. Argentina**, § 121, Sentença de 20 de novembro de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

³⁴ SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Secretaria-Geral da Mesa. 3º Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Ata da Comissão de Juristas. Brasília, a. LXIV, Suplemento ao n. 89, quinta-feira, 18.06.2009. p. 233.

³⁵ Artigo 213.º

Reexame dos pressupostos da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação

O único ponto em comum com a novel previsão legal brasileira, para demérito nosso, é a fixação de um prazo próximo aos 90 dias. No mais, a legislação portuguesa avança em vários temas, cuja ausência de regulamentação pelo CPP já é sentida pelos operadores do Direito brasileiro.

O primeiro deles é o entendimento de que a revisão periódica deve se dar não só sobre a prisão preventiva em sua aplicação clássica, senão também sobre a prisão domiciliar, que é uma modalidade de prisão preventiva, mas, sobretudo, outra expressão das medidas cautelares pessoais. Além disso, também há a menção à oitiva das partes (Ministério Público e acusado) antes da realização do *reexame oficioso*, bem como a possibilidade de o juiz determinar a realização de certas diligências que lhe permitam melhor apurar questões ligadas à personalidade do acusado e sobre sua reinserção social.

No que toca à oitiva prévia das partes, a redação do artigo 231.3 é clara, no sentido de ela não ser obrigatória, mas sim facultativa (“Sempre que necessário, o juiz ouve o Ministério Público e o arguido”). Todavia, esse carácter facultativo somente tem lugar quando o juízo constatar a não alteração das condições que, originariamente, autorizaram o decreto de prisão preventiva ou prisão domiciliar. Em sendo observada essa alteração, a oitiva prévia das partes de torna obrigatória.³⁶

Por fim, como ponto destoante da legislação brasileira, o reexame oficioso lusitano não prevê a sanção da ilegalidade da prisão, para as hipóteses em que o Poder Judiciário deixar de se manifestar no prazo trimestral apontado. É em razão dessa opção legislativa que a não realização da revisão da prisão preventiva ou da permanência na habitação, ao término dos três meses, é encarada como mera irregularidade.³⁷

1 - O juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas:

a) No prazo máximo de três meses a contar da data da sua aplicação ou do último reexame; e
b) Quando no processo forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objecto do processo e não determine a extinção da medida aplicada.

2 - Na decisão a que se refere o número anterior, ou sempre que necessário, o juiz verifica os fundamentos da elevação dos prazos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, nos termos e para os efeitos do disposto nos n.os 2, 3 e 5 do artigo 215.º e no n.º 3 do artigo 218.º

3 - Sempre que necessário, o juiz ouve o Ministério Público e o arguido.

³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 612.

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Ob. cit., p. 612.

4. A RESISTÊNCIA À LEGALIDADE DA ILEGALIDADE

Do mesmo modo que o legislador previu a obrigatoriedade da revisão da prisão preventiva a cada 90 dias, ele também definiu qual a sanção decorrente da não observância desse prazo. De acordo com a parte final do parágrafo único do artigo 316 do CPP, a não realização dessa revisão no prazo indicado tornaria *ilegal* a prisão.

Longe de ser um exagero ou devaneio do legislador brasileiro, a lógica da ilegalidade – como sanção pela omissão judicial no prazo fixado – seguiu os parâmetros convencionais adotados pela Corte IDH, que é fonte, como se viu, para a formação do direito processual penal brasileiro. Isso não impediu, no entanto, que essa lógica fosse duramente criticada pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG) e pela magistratura nacional.

Quanto ao CNPNG, o entendimento pela inaplicabilidade dessa sanção se fez presente nos *Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime*, mais especificamente, em seu enunciado 35.³⁸ Já, quanto à magistratura, a dimensão dessa crítica pode ser medida em razão do ajuizamento da ADI 6582, por parte da Associação dos Magistrados Brasileiros, onde se lê, dentre os argumentos apresentados, o alegado desrespeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão da consequência eleita pelo legislador.³⁹

³⁸ Enunciado 35. O esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente. (BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpng.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf Acesso em: 23 out. 2020).

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=6027729>. Acesso em: 23 out. 2020.

Ainda que em outro processo, o STF teve oportunidade antecipar sua posição sobre a imposição daquela sanção. Quando da análise do pedido de *Suspensão de Liminar* nº 1395, o entendimento do Tribunal Pleno foi no sentido de suspender os efeitos dessa parte do artigo, por não vislumbrar que a superação do prazo nonagesimal seria suficiente para tornar a prisão ilegal.⁴⁰

Frente a essa posição, abrem-se alguns cenários para o futuro.

Acaso o STF, quando do julgamento da ADI 6582, repita os argumentos apresentados quando da análise do pedido de Suspensão de Liminar nº 1395, o primeiro cenário é de as partes deverão provocar judicialmente a revisão periódica da prisão preventiva, após superado o prazo de 90 dias. Seguir-se-ia, assim, a tendência também exposta pelo CNPG em seus Enunciados Interpretativos, especificamente, o de número 36, ao sustentar caber às partes provocarem as eventuais mudanças das decisões judiciais que decretaram as prisões.⁴¹

A crítica, já existente, em torno da ausência de reflexo processual derivada da omissão judicial está no fato de a sanção da ilegalidade se tornar *letra morta* na lei.⁴² Além disso, também pode passar a impressão de uma posição francamente auto protetiva de parte do próprio Poder Judiciário, desonerando-o de eventual controle mais constante quanto ao prazo de suas próprias revisões. Contudo, também é importante lembrar que, para evitar a superação desse prazo, o Poder Judiciário poderá se dedicar a intimar o Ministério Público e a defesa para que se

⁴⁰ Na ementa dessa decisão, vê-se: “STF. TRIBUNAL PLENO. Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a decisão em Suspensão de Liminar, com a consequente confirmação da suspensão da decisão proferida nos autos do HC 191.836 até o julgamento do writ pelo órgão colegiado competente, determinando-se a imediata prisão de A.O.M, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), vencido o Ministro Marco Aurélio, que inadmitia a possibilidade de Presidente cassar individualmente decisão de um integrante do Tribunal. O Ministro Ricardo Lewandowski, preliminarmente, não conhecia da Suspensão e, vencido, ratificou a liminar. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese de julgamento: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 15.10.2020 (Sessão)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1395**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴¹ Enunciado 36. Havendo fato novo que justifique a revogação da prisão, cabe às partes levá-lo ao conhecimento do juiz, para que o avalie, em decorrência do sistema acusatório, que limita a atividade probatória do juiz. (BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴² LIMA. Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Ob. cit., p. 332.

manifestem previamente ao exame judicial imposto – tal como será proposto abaixo, em nome do princípio do contraditório e da vedação à decisão surpresa.

Um segundo cenário seria a consolidação do entendimento de que o prazo nonagesimal seria, em verdade, um *prazo impróprio*, pois direcionado ao Poder Judiciário, e sua inobservância não provocaria qualquer efeito sancionatório. Todavia, a fixação desse entendimento exigiria que o STF realizasse uma reinterpretação sobre o que se considera *prisão ilegal*, a partir da superação de um prazo expressamente fixado pelo legislador. A título de exemplo, apresentamos a seguinte situação. O prazo dado à polícia judiciária, para a lavratura do auto de prisão em flagrante, é de 24 horas. Caso ele venha a ser superado, há o reconhecimento da ilegalidade da prisão, embora não haja previsão legal expressa apontando essa sanção processual. Em sendo assim, por qual motivo a superação de um prazo noventa vezes maior, para a prática de um só ato por parte do Poder Judiciário (igualmente envolvendo uma pessoa privada em sua liberdade, mas desprovido do número de formalidades exigidas para o auto de prisão em flagrante), não leva a consequência alguma, apesar de haver sanção expressa em lei?

Como terceiro cenário, tem-se a consideração global dos momentos de revisão, que não seriam peremptórios, mas admitiriam uma espécie de compensação futura. Explica-se: está visto que o prazo de revisão deve se dar a cada 90 dias. Caso o juiz faça a revisão de ofício, hipoteticamente, em 100 dias, o prazo excedido poderia ser retirado do próximo prazo. Assim, neste exemplo, a nova revisão deveria acontecer em 80 dias, e não mais o período integralmente previsto em lei. Note-se que, na prisão preventiva, já há um mandamento judicial que determinou a medida cautelar pessoal, fato que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo passar dos dias, já que não é o tempo que, por si só, afasta a necessidade e a adequação da medida (critérios exigidos pelo artigo 282, incisos I e II, do CPP).

Como se pode ver, vários são os pontos para os quais o STF está chamado a responder.

5. QUESTÕES PROCESSUAIS PENDENTES DE EVOLUÇÃO

Que a revisão periódica é uma realidade em nosso país, não se tem dúvida. No entanto, a forma como ela vem sendo entendida é que causa séria preocupação, pois os rumos que a

interpretação desse novel instituto pode tomar põem em risco não só a sua efetividade, senão a sua própria razão de ser.

Mostra-se necessário, então, traçarmos algumas considerações sobre o instituto da revisão periódica da prisão cautelar, a partir da análise de sua estrita previsão contida no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

5.1. SEGURANÇA JURÍDICA, PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* E DECISÃO SURPRESA

A realidade não só brasileira, mas igualmente mundial, deixa clara a necessidade da imposição de obrigação de Poder Judiciário revisar, com certa periodicidade, as decisões que impuseram a privação da liberdade ao sujeito passivo da persecução penal. Não à toa, essa obrigação já se encontrava presente em algumas legislações europeias – tal como a portuguesa –, bem como em diversos julgados de Cortes internacionais protetivas dos direitos humanos.

Mesmo assim, ainda que se reconheça a obviedade desse dever revisional, praticamente nada se menciona em relação ao fator que levará o juiz a alterar ou manter sua posição, em relação à decisão anteriormente proferida por ele. Dito de outra forma, partindo-se do pressuposto de que essa revisão é um ato que deve partir de ofício pelo juiz, e que todo ato de ofício implicar reconhecer a ausência de provocação externa acompanhada de aporte informativo ou probatório postulando algo, o problema que disso deriva é óbvio: o que poderá levar o juiz a mudar o entendimento que o levou a decretar a prisão preventiva de alguém?

A resposta a essa indagação passa pelo exame de dois institutos pouco tratados em sede processual penal, sendo eles a preclusão *pro judicato*⁴³e o contraditório como impeditivo da decisão surpresa, ambos regulados pela legislação processual civil.

Quanto à preclusão *pro judicato*, seu significado surge a partir de um socorro prestado pelo Código de Processo Civil (CPC): em nome da preservação da segurança jurídica, ela representa o impeditivo que atinge o juiz de voltar a apreciar questões já decididas por ele no mesmo processo. No entanto, esse impeditivo não possui caráter absoluto, podendo vir a ser superado, de acordo com o seu artigo 505: a) nas relações jurídicas de trato continuado, sempre que sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, o que poderá autorizar à parte

⁴³ Sobre o tema, ver: VILHENA, Leonardo da Silva. **A Preclusão para o Juiz no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

interessada que requeira a revisão da decisão já proferida; e b) nas outras hipóteses previstas em lei.⁴⁴

Aplicando-se tais premissas aos termos do parágrafo único do artigo 316 do CPP, claro está que a imposição de revisão periódica de ofício satisfaz o quesito da *previsão em lei*, mencionada pela legislação processual civil. Com isso, o juiz poderá revisar questão por ele já decidida, sem que esteja condicionada a qualquer provocação anterior das partes. Entretanto, permanece a pergunta: o que poderá fazê-lo mudar de ideia em relação aos termos da decisão anteriormente proferida? Essa indagação poderá ser respondida a partir da invocação do inciso I do artigo 505 do CPC.

Isso porque, estando as medidas cautelares pessoais vinculadas à satisfação do requisito da necessidade (inciso I do artigo 282 do CPP), não haveria nenhum exagero em equipará-la à “relação jurídica de trato continuado” mencionada pelo CPC, pois deve estar presente ao longo de todo o tempo em que tal ou qual medida cautelar estiver sendo aplicada. Portanto, o controle sobre sua manifestação seria de *trato continuado*. Entretanto, o autorizativo legal e a *relação jurídica de trato continuado* são requisitos meramente formais para a superação da preclusão *pro judicato*, pois o que realmente importa é se houve alguma modificação no estado sobre o qual se decidiu anteriormente. Este é o ponto central que envolve o conteúdo da decisão decorrente da revisão periódica: alteração ou permanência do estado *de fato* ou *de direito* que motivou a decisão anterior.

No que diz respeito a uma possível alteração no *estado de direito*, maiores dificuldades não vislumbramos no atuar de ofício. Via de regra, essa modalidade de alteração decorre de reforma legislativa ou de modificação de entendimento jurisprudencial por parte das Cortes Superiores. Seja como for, não há espaço para que o juiz não tome conhecimento sobre essa alteração no estado de direito, autorizando-o, portanto, a revisar e alterar de ofício sua decisão anterior, inclusive, antes mesmo do lapso previsto legalmente.

Outra realidade atinge, no entanto, a alteração no *estado de fato*. Isso porque, a prisão preventiva tem sua justificativa de existência na proteção de certos valores ou situações ligadas à persecução penal, sendo eles: a ordem pública (aqui incidindo a proteção contra

⁴⁴ Artigo 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.

descumprimento às medidas protetivas de urgência), a ordem econômica, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Todos esses valores ou situações mereceram proteção judicial, por meio do decreto de prisão preventiva, em razão de algum *fato* verificado que os colocou em risco. Portanto, somente *fato novo* será capaz de justificar uma alteração na decisão que decretou a privação da liberdade de alguém.

Em relação à prisão preventiva, entendemos que, dentre os fundamentos que justificam a sua necessidade, somente o término da fase probatória é que autorizaria o juiz a determinar, de ofício e sem o aporte de qualquer argumento ou documentação externa, a soltura da pessoa presa. Isso ocorreria ante o óbvio esvaziamento do foco de proteção daquela medida cautelar pessoal, que seria a instrução criminal já finalizada, acaso o fundamento da prisão preventiva haja sido, justamente, a garantia da instrução criminal. Com os demais fundamentos para o decreto de prisão preventiva (ordem pública, ordem econômica e aplicação da lei penal), no entanto, somente fatos novos exteriores ao processo é que justificariam a alteração da decisão em vigor. E, para que eles aportem ao processo, o juiz deveria ter acesso a eles de alguma forma.

O problema é que o CPP somente autoriza a atividade probatória do juiz em caráter subsidiário às partes ou após o término da fase de instrução. Ou seja, ao juiz não lhe é autorizado sair à cata de informações para ver se o sujeito passivo da persecução penal deve, ou não, permanecer preso.

Dentro desse quadro, tudo levaria a crer que a manutenção da prisão seria algo natural nas decisões proferidas como resultado da atividade revisional. Ou, o que é pior, eventuais decisões de soltura, sem o aporte de fatos novos, seriam resultado de uma pura e simples mudança de opinião por parte do juiz, o que não lhe é permitido nem mesmo nas hipóteses autorizadas da superação da preclusão *pro judicato*. É aí, então, que entra a observância ao princípio do contraditório como impeditivo da decisão surpresa.

Por *decisão surpresa*, entende-se todo aquele julgamento (podendo ser uma decisão final ou interlocutória) que o juiz profere invocando argumento próprio, sem antes haver possibilitado às partes se manifestarem previamente a ele em tal julgamento.⁴⁵ Usando uma figura de linguagem, a decisão surpresa pode ser equiparada a um julgamento proferido *pelas*

⁴⁵ De forma mais esmiuçada, encontramos o conceito dado por Welder Queiroz dos Santos, quando diz: “*Decisão surpresa* é aquela que contém como fundamento matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente oportunizada, em nenhum momento processual, a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito” (SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 88).

costas das partes, sem que elas houvessem podido previamente conhecer e rebater os fundamentos invocados pelo juiz para decidir.

Foi exatamente para evitar uma situação como essa que o CPC, já em seu artigo 10, traçou as linhas básicas a serem observadas pelo julgador – seja lá o grau de jurisdição em que se encontre o processo –, sempre que ele invocar motivação não conhecida anteriormente pelas partes à hora de julgar qualquer tema.^{46/47}

Partindo-se da lógica, portanto, que as questões de fato é que, em sua grande maioria, são aquelas que, verdadeiramente, poderão autorizar o juiz a alterar a decisão que decretou a prisão preventiva de alguém, e que essas questões de fato não podem ser *buscadas* por ele de ofício, a concepção da vedação a decisões surpresa surge como uma boa resposta para superar a ausência de informação ao juiz e à possibilidade de as partes exercerem algum tipo de influência sobre essa decisão.

Em outras palavras, diante da obrigação da revisão periódica de ofício e da necessária inércia judicial quanto à busca de informações fora dos autos (atinentes à análise da perda da necessidade da prisão preventiva imposta), a incidência do artigo 10 do CPC (por interpretação analógica) ou do inciso IX do artigo 497 do CPP (por interpretação extensiva) se torna impositiva para que o parágrafo único do artigo 316 do CPP tenha alguma efetividade. Do contrário, caso o juiz insista em decidir *sozinho*, eventual mudança de posição quanto à necessidade da prisão preventiva decretada não passará de uma clara *mudança de opinião* desprovida de qualquer embasamento fático, o que não lhe é autorizado, seja pelo conteúdo do instituto da preclusão *pro judicato*, seja pelas disposições do CPC, de aplicação subsidiária em tais situações.⁴⁸ Não é por outro motivo que o CPP português prevê, como abordado acima, a

⁴⁶ Artigo 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴⁷ Nesse aspecto, o CPC deu uma bela demonstração de como deve ser a inserção de princípios básicos que necessitam permear todo processo de natureza judicial. Assim afirmamos, porque o procedimento por ele estabelecido no seu artigo 10 já havia sido criado pelo legislador criminal desde a década de 1940. Referimo-nos, pois, ao inciso IX do artigo 497 do CPP, quando diz que: “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção de punibilidade”. Entretanto, as limitações científicas, doutrinárias e judiciais que, infelizmente, ainda afetam o direito processual penal brasileiro, não permitiram que a lógica da vedação à decisão surpresa prosperasse em seu meio, e atingisse toda e qualquer decisão que invocasse fundamento não debatido entre as partes, ficando restrito, portanto, exclusivamente à hipótese acima reproduzida.

⁴⁸ Em relação a essa questão, Carlos Eduardo Mitsuo Nakaharada faz um importante aporte sobre a posição sustentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, quando dos debates em torno do PLS 156/2009. No texto

possibilidade de manifestação prévia do Ministério Público e da defesa ao reexame *oficioso* da prisão preventiva.

Bem sabemos que o melhor caminho para a solução de um *problema operacional* como esse seria o legislador alterar o conteúdo parágrafo único do artigo 316 do CPP ou, melhor ainda, inserir um dispositivo – equivalente ao artigo 10 do CPC – de aplicação genérica para toda e qualquer decisão. Todavia, acreditamos que a solução proposta tem o condão de solucionar, ainda que temporariamente, a ausência de aporte fático que auxilie o juiz a bem desempenhar a novel tarefa da revisão periódica da prisão preventiva.

5.2. A QUAL JUIZ SE APLICA O DEVER DE REVISÃO PERIÓDICA?

A decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, no *Habeas Corpus* 191.836 / São Paulo, abriu margem, subsidiariamente, à discussão em torno de qual magistrado recairia o dever de revisão periódica da prisão preventiva.

Em sua literalidade, o parágrafo único do artigo 316 do CPP aponta, de modo indiscutível, que esse dever cabe ao *juiz*, dando, assim, a impressão de que somente a ele exerceria aquela atividade revisora. Mas, e quando o processo já não mais se encontra sob a presidência do juiz, por haver sido interposto recurso contra a decisão que julgou o *meritum causae*? Estando o processo em grau de recurso, caberia ao julgador *ad quem* exercer a atividade de revisão? Por fim, nos processos decorrentes de ação penal originária, essa atividade de revisão não se aplicaria aos seus julgadores, pois a palavra *juiz* deve ser interpretada em sentido estrito, em lugar de também ser entendida como *Desembargador* ou *Ministro*?⁴⁹

da proposta de emenda, que teve Ada Pellegrini Grinover como relatora, sugeriu-se que as partes fossem intimadas com 30 dias de antecedência à finalização do prazo para a revisão judicial da prisão preventiva. Respeitadas estariam, assim, a devida inércia judicial na busca de fatos estranhos ao processo e a observância ao princípio do contraditório como obstáculo à decisão surpresa (NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **Prisão Preventiva: Direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015. p. 132. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/publico/Dissertacao_Carlos_Eduardo_Mitsuo_Nakaharada.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴⁹ Tais questionamentos fizeram parte de diversas reuniões da comissão de juristas responsável pela redação do anteprojeto de novo CPP. No entanto, não se chegou a um consenso quanto à necessidade de ser inserida previsão expressa no texto do anteprojeto, de modo a esclarecê-los. (SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Secretaria-Geral da Mesa. 3º Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Ata da Comissão de Juristas. Brasília, a. LXIV, Suplemento ao n. 89, quinta-feira, 18.06.2009. p. 230, 233, 263, 585 e 970 a 973).

O primeiro questionamento torna necessário invocarmos novo auxílio do CPC, ante o permissivo da utilização de interpretação extensiva, conforme consta no artigo 3º do CPP. Assim, frente à inexistência de um conceito para a decisão judicial denominada *sentença* junto às disposições do CPP, é no CPC que o encontramos com a seguinte redação: “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (§ 1º do artigo 203).

Nota marcante na sua redação é que a sentença põe fim ao período processual de *cognição*, sempre que a atividade judicial estiver a tratar de processo de conhecimento. Logo, havendo o juiz *sentenciado* determinado processo, sua atividade de cognição sobre qualquer tema ligado a ele obviamente já estará encerrada. O que se poderia questionar é se a revisão periódica da prisão preventiva exigiria alguma atividade de conhecimento por parte desse juiz, de modo a possibilitar de que seja fixado o entendimento de que ele permaneceria com o dever revisional, mesmo após proferir sua sentença. Noutros termos: se nova atividade de cognição não haveria com a atividade revisional, o juiz sentenciante permaneceria com o dever imposto pelo parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Conforme expusemos acima, a atividade revisional não pode ser exercida a partir de uma simples troca de opinião por parte do juiz, em relação à perda de validade dos argumentos que ele mesmo havia invocado quando do decreto de prisão preventiva. Ao contrário, deve o juiz estar munido de informações novas, tendo elas sido fornecidas pelas partes ou em razão de fatos observáveis a partir da forma como veio a se dar a tramitação do processo após a publicação da sentença. Seja de uma forma ou de outra, ambas exigem uma *nova atividade cognitiva por parte do juiz*, mas ela já se viu esgotada ao ser proferida a sentença, tal como ensina a legislação processual civil. Portanto, sob esse ângulo, não há como sustentar uma obrigatoriedade perene de o juiz que julgou o processo ser o responsável pela revisão periódica da prisão preventiva que ele mesmo decretou.

O segundo questionamento está voltado à identificação sobre qual grau de jurisdição alcança o dever de revisão. Busca-se definir, assim, se o preceito do parágrafo único do artigo 316 do CPP se aplica somente ao primeiro grau ou, de igual modo, a todo o percurso jurisdicional até o trânsito em julgado da última decisão proferida.

Em um momento inicial, a impressão deixada por aquele preceito pode, perfeitamente, induzir o intérprete a se posicionar pelo dever de revisão somente atingir o primeiro grau de jurisdição. No entanto, o dever de revisão das decisões que decretaram a prisão preventiva é

perene junto aos magistrados que se depararem com determinado processo, mesmo após ele deixar o primeiro grau. Não nos esqueçamos que a possibilidade de *habeas corpus* de ofício está dentro das atividades a serem exercidas pelos Tribunais de Apelação e pelos próprios Tribunais Superiores, fator que transfere nossa discussão para o fato de dever, ou não, existir uma *periodicidade* para se permitir essa *possibilidade*, o que a tornaria em uma *obrigatoriedade*, em observância ao espírito do parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Assim posta a questão, poder-se-ia apresentar, como obstáculo, o fato de que tal periodicidade não está prevista nos regimentos internos das Cortes brasileiras, realidade que enclausuraria o parágrafo único do artigo 316 do CPP somente perante os processos criminais ainda em trâmite junto ao primeiro grau. Contudo, esse entendimento esbarra em uma questão que transcende a necessidade de previsão legal ou regimental para o exercício do dever de revisão. Concretamente, é preciso ter sempre em vista que a revisão periódica da prisão preventiva tem sua origem em interpretação dada aos termos do Pacto de São José da Costa Rica, o que implica na necessária observância de uma matéria de natureza *convencional*, muito superior que é, em termos hierárquicos, a qualquer lei ordinária ou regimento interno das Corte brasileira. Se hoje em dia se cobra, corretamente, um maior envolvimento do Ministério Público no controle de convencionalidade,⁵⁰ o que dizer da necessidade desse controle em relação ao Poder Judiciário.

Ao se insistir na exclusão da obrigatoriedade da revisão periódica para além da jurisdição de primeiro grau, estar-se-á incidindo no mesmo erro verificado em relação a outro instituto trazido pela Lei nº 13.964/2020, qual seja, o *juiz das garantias*, cuja presença, em termos legais, somente atinge o primeiro grau de jurisdição. Mais uma vez, estaríamos a considerar somente o primeiro grau de jurisdição como ligado a certas máculas (incidência de impedimento) ou responsabilidades (revisão periódica), dando a impressão de que, ser um julgador de base, configurar-se-ia em uma *capitis diminutio* frente a toda magistratura nacional.

Resta-nos, por fim, a análise do terceiro questionamento, voltado à abordagem em torno da incidência, ou não, da obrigatoriedade revisional nos processos derivados de ação penal originária.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n.º 87, p. 183-220, 2020. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/192>.

A quem sustenta a incidência do parágrafo único do artigo 316 do CPP somente para o primeiro grau de jurisdição – por se referir especificamente à figura do *juiz* –, fica difícil justificar que a obrigatoriedade revisional não se aplicaria aos processos de conhecimento (de cunho condenatório), originariamente instaurados junto às Cortes brasileiras. Quando muito, poderia invocar a ausência de previsão dessa obrigatoriedade junto à Lei nº 8.038/1990, que trata, entre outros temas, do procedimento aplicável aos processos derivados de ações penais originárias.

Mesmo assim, novamente não há como pretender a superioridade hierárquica de uma lei ordinária, frente a uma norma – ou interpretação de norma – de caráter supralegal. Ou seja, em razão de as questões procedimentais estarem reguladas por leis ordinárias, todas elas sucumbiriam às normas de caráter convencional protetivas dos direitos humanos, justamente por serem consideradas, por ninguém menos que o STF, normas de natureza supralegal, que somente seriam inferiores ao próprio texto constitucional.

Uma última justificativa para que a revisão periódica ocorra em qualquer grau de jurisdição está no fato de que ela colaborará não apenas na celeridade processual, mas também se apresenta como um importante motivo para que haja a devida apreciação dos pressupostos recursais, notadamente o interesse neles. Atualmente, são presenciados os manejos de inúmeros instrumentos procrastinatórios para retardo da formação do trânsito em julgado. Por isso, a necessidade de manutenção de revisão das prisões, pode ser um instrumento, ainda que indireto, de racionalização dos recursos.

Em sendo assim, não há como evitar que a revisão periódica da prisão preventiva seja uma obrigação de todo e qualquer magistrado que se encontre sob a presidência de um processo criminal, esteja ele em sede de primeiro grau ou perante qualquer Corte, em decorrência de interposição de recurso ou por tramitação regulada pela Lei nº 8.038/1990.

5.3. A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA REVISÃO PERIÓDICA

As primeiras manifestações do CNJ, voltadas à necessidade revisões periódicas das prisões preventivas (2009), foram publicadas ao tempo em que o CPP ainda não contava com o rol de medidas cautelares diversas da prisão, pois elas somente foram instituídas nos artigos 319 e 320, por meio da Lei nº 12.403/2011. Quando muito, havia o afastamento do agressor do

lar (nos casos de violência doméstica), que foi inserido no parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995, por meio da Lei nº 10.455/2002.

Essa realidade fez com que a cultura da revisão somente estivesse focada nas prisões preventivas, mas, após a reforma do CPP (concretizada pela Lei nº 12.403/2011), o CNJ voltou a se manifestar sobre a revisão periódica de medida cautelar, embora restrita à imposição de monitoração eletrônica, tal como imposta no artigo 10 da Resolução 213/2015. No entanto, mesmo sofrendo correta crítica por parte da doutrina,⁵¹ a preocupação com a necessidade de revisão periódica de toda e qualquer medida cautelar não ingressou na pauta de preocupações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A ausência de preocupação ficou mais que patente com a Lei nº 13.964/2019, restringindo, como se sabe, a revisão periódica à prisão preventiva, sequer dando ouvidos à revisão periódica estabelecida pelo CNJ às decisões impositivas de uso de monitoração eletrônica.

Acreditamos ser desnecessário tecer maiores esclarecimentos sobre o fato de que toda medida cautelar pessoal está sujeita ao requisito *necessidade*, e que o critério temporal atinge a todas elas, o que nos permite alcançar, obviamente, até as medidas que não são privativas de liberdade. Muito menos, lembrar que o direito estrangeiro reconheceu a necessidade de ampliação do catálogo de medidas merecedoras desse reexame periódico, a exemplo do CPP português, que também o impôs para o que denominamos *prisão domiciliar*.

Por essa soma de fatores, enquanto esse grave deslize não for corrigido pelo legislador, o bom senso aponta para a necessidade não só da permanência da obrigatoriedade revisional periódica da monitoração eletrônica, presente na Resolução nº 213/2015, do CNJ. Previstas ou não no CPP, todas as demais medidas cautelares pessoais devem ser passíveis dessa mesma obrigatoriedade, permitindo-se a ampliação da cultura revisionista, sob a invocação da interpretação extensiva autorizada pelo artigo 3º do CPP.⁵²

⁵¹ MARQUES, Mateus. Comentários ao artigo 10. Ob. cit., p. 127.

⁵² Renato Brasileiro de Lima segue posição similar, mas a restringe às medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP (LIMA. Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 332).

5.4. O IMPACTO DA CULTURA REVISIONISTA SOBRE A CELERIDADE PROCESSUAL

O crescente combate às organizações criminosas vem fazendo com que já não seja estranho, ao Poder Judiciário brasileiro, deparar-se com processos criminais que apresentam algumas dezenas de pessoas figurando como acusadas. Não à toa, esse fenômeno está despertando um interessante foco de pesquisa por parte da doutrina, consistente no estudo do que vem se convencendo chamar de *maxiprocessos* ou *megaprocessos*.⁵³

Partindo-se dessa realidade, bem como do fato de que, em processos como esses, há um número expressivo de pessoas presas preventivamente, não é descabido dizer que vários são, ou poderão vir a ser, os pedidos de liberdade encaminhados semanalmente ao juiz, referentes a um mesmo processo. Imagine-se, assim, um único processo com 10 réus presos, onde, a cada semana, um réu diferente apresente seu pedido de liberdade ou revisão de outras medidas cautelares pessoais impostas.

Em uma conta rápida, teríamos, ao final de 90 dias, cerca de 12 pedidos encaminhados ao Poder Judiciário, com a natural abertura de 12 vistas ao Ministério Público para seu exercício ao contraditório. Após isso, outras 12 devoluções ocorreriam ao Poder Judiciário, a fim de que decida sobre o pedido e a resposta apresentada a ele. Muito singelamente, teríamos cerca de 24 movimentações processuais para que o Poder Judiciário pudesse julgar os 12 pedidos a ele encaminhados.

Acaso tais postulações dissessem respeito a reiterações de pedidos já analisados anteriormente, sem o acréscimo de qualquer fato novo, prejuízo algum haveria se todos eles fossem concentrados no momento criado pelo parágrafo único do artigo 316 do CPP. Com isso, em lugar de 12 pedidos que motivariam 24 movimentações processuais, teríamos estes mesmos 12 pedidos justificando uma única movimentação processual, sob a invocação do princípio da concentração de atos. Imagine-se, portanto, qual seria o impacto dessa lógica junto a um número maior de processos criminais contendo dezenas de réus presos ou, o que seria mais significativo

⁵³ A título de exemplo, é possível encontrar os seguintes textos: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020. PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, a. 27. p. 145-170, dez. 2019.

ainda, junto às varas criminais especializadas no combate ao crime organizado, que possuem centenas ou milhares de processos com essas características.

Por óbvio que não se está, aqui, afirmando que a defesa não poderá apresentar seus pedidos de liberdade fora do momento ensejador da revisão periódica presente no CPP. Em havendo inovação nas situações de direito ou de fato, não há necessidade de se esperar a chegada do nonagésimo dia para ter julgado o seu pleito de liberdade.

Enfim, o impacto da reavaliação periódica das medidas cautelares pessoais impostas ocorrerá sobre um direito fundamental constitucionalmente previsto, qual seja, o direito a um processo sem dilação indevida e com prazo razoável, que tem, como beneficiários – em igualdade de condições – o sujeito passivo, a vítima e o Ministério Público.

A seguir tal linha de pensamento, que está centrada em orientações de caráter constitucional e convencional, promover-se-á, portanto, uma modalidade de aceleração processual que não coloca em risco qualquer direito das pessoas acusadas. Ao contrário! Estar-se-á promovendo o pleno exercício de direito constitucional da defesa, da vítima e da parte acusadora, sem colocar em risco o objetivo primordial do Poder Judiciário, qual seja, a prestação de jurisdição de forma célere e com acréscimo de qualidade proporcionado pelo aumento do tempo para avaliar cada processo em concreto.

Para que essa lógica possa vingar, é preciso, antes de qualquer outra coisa, que haja o engajamento do próprio Poder Judiciário, de modo a reconhecer que os pedidos sem qualquer inovação nas situações de direito ou de fato deverão ser analisados no momento previsto pelo parágrafo único do artigo 316 do CPP. Do contrário, a revisão periódica instituída não passará de um ato burocrático, que se reportará às diversas e anteriores decisões já tomadas, constituindo-se em um procedimento desnecessário na prática, e ensejador de movimentações processuais sem o menor sentido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apresentação das informações e desenvolvimento do raciocínio atinentes à revisão periódica da prisão preventiva inserida no direito processual brasileiro nos permite apontar algumas conclusões.

Primeiro, a revisão periódica das prisões preventivas não foi fruto de entendimento abstratamente desenvolvido pelo legislador. Em realidade, ela resultou: a) da obtenção de dados referentes ao tempo de duração dessa modalidade de prisão no país, em razão do levantamento realizado pelo mutirão carcerário realizado pelo CNJ; b) do acolhimento da jurisprudência consolidada da Corte IDH, cuja observância é de cunho obrigatório pelo Estado brasileiro.

Segundo, faz-se necessária a ampliação da cultura revisionista para que ela incida sobre toda e qualquer medida cautelar pessoal, pois todas elas estão sujeitas à satisfação e permanência do requisito *necessidade*.

Terceiro, igualmente deve ser consolidado o entendimento de que essa revisão deve permear a todo e qualquer grau de jurisdição. Por sentar suas bases em normas (ou interpretações de normas) de caráter convencional, não há necessidade de se invocar a necessidade de alteração de legislação infraconstitucional ou de regimentos internos de Tribunais para que se exija das Cortes de Apelação e dos Tribunais Superiores a mesma realização da revisão nonagesimal imposta ao juízo de primeiro grau.

Por fim, em se tratando de decisão que deve ser realizada de ofício, a incidência do princípio do contraditório é essencial para que seja reconhecida a validade daquela decisão. Do contrário, estaremos diante de uma clara *decisão surpresa*, rechaçada integralmente pelo CPC e por disposição específica do próprio CPP.

Esperamos, pois, que tais observações sejam conhecidas por parte do Poder Judiciário brasileiro, de modo a permitir que o novel instituto da *revisão periódica da prisão preventiva* esteja de acordo não só com as diretrizes constitucionais, senão também com as diretrizes convencionais e estrangeiras ligadas a ele.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Disposições Gerais das Medidas Cautelares. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 459-464.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos Humanos Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD)** (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009**. Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Disponível em:
<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em:
https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009**. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Disponível em

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_66_27012009_08042019135736.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/>

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582/Distrito Federal**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6027729>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299/Distrito Federal**. Brasília/DF; Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1395**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 186, p. 189-192, jul./set. 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 out. 2020

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Assenov e outros vs. Bulgária**, julgado em 28 de outubro de 1998. Estrasburgo, França: Corte Europeia dos Direitos Humanos, [1998]. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58261%22%5D%7D>. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Argüelles e Outros vs. Argentina**, Sentença de 20 de novembro de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**, Sentença de 30 de outubro de 2008 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Sentença de 29 de maio de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CROZARA, Rosberg Souza. Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271-287.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DANTAS, Bruno Montenegro Ribeiro. Prisão Preventiva: inovações, análise e perspectivas. In: HABIB, Gabriel. **Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019. Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: Juspodivum, 2020. p. 103-141.

DEMOSTENES. Sobre la Corona. In: **Discursos Políticos y Privados**. Tradução de A. Lopes Dire e José Manuel Colubi Falcó. Madrid: Gredos, 2000. v. 5, p. 103-249.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Vaz. **Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 31, ano 8, p. 65-74, jul.-set. 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. Das Medidas Cautalres Pessoais. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 465-487.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Salvador: Juspodivum, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Mateus. Comentários aos artigos 9 e 10. *In*: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia. Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 1115-129.

MARQUES, Mateus. **Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, nº 87, p. 183-220, 2020. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/19290645>>. Acesso em: 23 out. 2020.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **Prisão Preventiva: Direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015. 154p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/publico/Dissertacao_Carlos_Eduardo_Mitsuo_Nakaharada.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, a. 27. p. 145-170, dez. 2019.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Secretaria-Geral da Mesa. 3º Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Ata da Comissão de Juristas. Brasília, a. LXIV, Suplemento ao n. 89, quinta-feira, 18.06.2009.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. As Medidas Cautelares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS nº 156/2009: Uma Leitura a Partir do Princípio da Presunção de Inocência. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247-270.

TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963.