



Reis: A prisão preventiva e o princípio da proibição do retrocesso

A Lei nº 13.964/19 teve o mérito de positivizar entendimentos jurisprudenciais pacificados no que tange ao regramento da prisão preventiva, reforçando, junto aos operadores do Direito que militam na área criminal, a ideia de que a segregação cautelar revela-se como medida excepcional que somente deve ser adotada pelo Estado-juiz quando devidamente demonstrados elementos concretos e contemporâneos que



O legislador ordinário promoveu, ainda, mais duas alterações

no texto do Código de Processo Penal (promulgado no longínquo ano de 1941) que denotam a *mens legis* imbuída na Lei nº 13.964/19, consignando expressamente que 1) a prisão preventiva não constitui antecipação de cumprimento de pena [\[1\]](#); e 2) a decisão judicial que a decretou deve ser revisada a cada 90 dias, sob pena de tornar a segregação ilegal [\[2\]](#).

Essas duas últimas modificações são de extrema importância, já que expressam a preocupação do legislador com a observância do princípio constitucional da duração razoável do processo [\[3\]](#) e com o encarceramento em massa de presos provisórios no sistema penitenciário brasileiro, que vivencia, há alguns anos, um estado de coisas inconstitucional, como o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu em controle concentrado de constitucionalidade [\[4\]](#).

Tais alterações legislativas instam o Poder Judiciário a adotar medidas que confirmem celeridade ao julgamento de processos que envolvam acusados presos provisoriamente e impõem ao Estado-juiz o *munus* de revisar periodicamente as prisões cautelares decretadas, providência que visa a mitigar o excesso de prazo de segregações impostas a cidadãos sem culpa formada e resguardar a estrita observância ao artigo 312, *caput*, e §2º, do CPP e ao artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos [\[5\]](#) (incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 678/92).

Dissertando sobre o tema da prisão preventiva, transcrevo lição do ministro Rogério Schietti Cruz [\[6\]](#):

"Justiça penal não se faz por atacado e sim artesanalmente, examinando-se atentamente cada caso para dele extraírem-se todas as suas especificidades, a torná-lo singular e, portanto, a merecer providência adequada e necessária".



A prisão cautelar tem caráter de provisoriedade e deve ser adotada como *ultima ratio*; caso contrário, ela estaria a antecipar, sem ampla defesa e contraditório, um futuro e incerto juízo condenatório com trânsito em julgado.

Em recente voto paradigmático acerca do tema da prisão preventiva (HC nº 188.888, 2ª Turma, julgado no último dia 6), o ministro Celso de Mello expôs de forma precisa os contornos de um processo penal acusatório que pretenda ser denominado de garantista [7]:

"E? preciso salientar, por oportuno, que a privac?a?o cautelar da liberdade individual e? sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, raz?a?o pela qual, via de regra, incumbe aos o?rga?os de persecuc?a?o penal do Estado demonstrar, de forma inequi?voca, a presenc?a dos requisitos abstratos — juridicamente definidos em sede legal — autorizadores da decretac?a?o da prisa?o cautelar, eis que — tal como advertem eminentes (...) — jamais se presume a existe?ncia, em qualquer caso, independentemente da gravidade em abstrato do crime, dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o artigo 312 do Co?digo de Processo Penal, que — insista-se — ha?o de ser adequada e motivadamente comprovados pelo Estado em cada situac?a?o ocorrente.

(...) Essa e? a raz?a?o ba?sica que me permite insistir na afirmac?a?o de que a persecuc?a?o penal — cuja instaurac?a?o e? justificada pela pra?tica de ato supostamente criminoso — na?o se projeta nem se exterioriza como manifestac?a?o de absolutismo estatal. De exerci?cio indeclina?vel, a persecutio criminis sofre os condicionamentos que lhe impo?e o ordenamento juri?dico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insupera?vel limitac?a?o constitucional ao poder persecuto?rio do Estado, mesmo porque — ningue?m o ignora — o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que e? submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecuc?a?o penal, cuja pra?tica somente se legitima dentro de um ci?rculo intransponi?vel e predeterminado pelas restric?o?es fixadas pela pro?pria Constituic?a?o da Repu?blica, tal como tem entendido a jurisprude?ncia do Supremo Tribunal Federal".

É preciso ter em mente que no Estado democrático de Direito, a liberdade é regra e a prisão é exceção. O processo penal, justamente por ser instrumento de tutela do cidadão contra eventual arbítrio do Estado (função de contenção), deve ainda ser pautado pelo princípio da eficiência, conforme reconhecido pelo STJ [8].

A revisão periódica (e de ofício) da prisão preventiva constitui, portanto: 1) um dever implícito do Poder Judiciário (visto que cabe a quem determinou a prisão cautelar decidir sobre a necessidade concreta de sua manutenção); e 2) um direito do cidadão presumido inocente [9].

Nesse ponto, confira-se trecho do voto prolatado pelo ministro Gilmar Mendes nos autos do HC nº 179.859 [10]:

"Preliminarmente, cabe observar que a reforma legislativa operada pelo chamado 'pacote anticrime' (Lei 13.964/2019) introduziu a revisa?o perio?dica dos fundamentos da prisa?o preventiva, por meio da alterac?a?o do artigo 316 do CPP. A redac?a?o atual preve? que o o?rga?o emissor da decis?a?o deversa? revisar a necessidade de sua manutenc?a?o a cada 90 dias, mediante decis?a?o fundamentada, de ofi?cio, sob pena de tornar ilegal a prisa?o preventiva.

Isto significa que a manutenc?a?o da prisa?o preventiva exige a demonstrac?a?o de fatos concretos e atuais que justifiquem a medida extrema e que a existe?ncia desse substrato empírico mi?nimo apto a lastrear a prisa?o preventiva deversa? ser regularmente apreciado por meio de decis?a?o fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituic?a?o Federal



”.

Ademais, referida revisão revela a preocupação do legislador com o fato de que parcela considerável dos acusados presos preventivamente (e que se encontram em situação de vulnerabilidade financeira) não contam com a assistência jurídica de um defensor público lotado na comarca (fato que se deve à omissão do poder público de determinadas unidades da federação em cumprir com o disposto no artigo 98, §1º, do ADCT [\[11\]](#)), sujeitando esses cidadãos a prisões cautelares passíveis de revogação.

Importante consignar que a lei não contém palavras inúteis e que em tema de direitos humanos o caminho a ser adotado é sempre progressivo, não se admitindo o retrocesso.

Sobre o princípio da proibição do retrocesso, André de Carvalho Ramos preceitua que [\[12\]](#):

"Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de 'efeito cliquet', princípio do não retorno da concretização ou princípio da proibição da evolução reacionária, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos (...). No Brasil, a proibição do retrocesso é fruto dos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Estado democrático de Direito (artigo 1º, caput); 2) dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, §1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (artigo 1º, caput e ainda artigo 5º, XXXVI) (...); e 5) cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, IV".

Imperioso que o Estado-juiz tome providências com o fim de zelar pela estrita observância do mencionado prazo nonagesimal e consequente subsidiariedade das prisões preventivas (criando-se, por exemplo, alertas em sistemas informatizados que apontem a proximidade da extrapolação do citado prazo e expedindo-se ato normativo por parte do CNJ dispondo sobre a necessidade de revisão dos fundamentos da preventiva [\[13\]](#)), medidas que, uma vez atendidas, garantem a observância do supraprincípio da dignidade da pessoa humana [\[14\]](#) dos presos provisórios, direito-pretensão incorporado ao ordenamento pelo artigo 316, parágrafo único, do CPP [\[15\]](#).

O entendimento ora exposto encontra ressonância nas palavras de Lenio Luiz Streck [\[16\]](#), para quem "é obvio que a revisão deve ser de ofício. Isto porque o ônus é do Estado e não da defesa. O Estado quer prender? Então tem o ônus de, a cada 90 dias, dizer por que mantém preso. Ou será que a prisão e sua manutenção passaram a ser ônus do réu?".

[\[1\]](#) Artigo 313, 2º, do CPP.

[\[2\]](#) "Artigo 316 — O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem



(redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal [\(incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)".

[3] Artigo 5º, LXXVIII, da CF/88.

[4] ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

[5] "Artigo 7. *Direito à liberdade pessoal*

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".

[6] Prisão cautelar. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 266.

[7] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-07/leia-voto-celso-conversao-flagrante-preventiva>>. Acesso em 19 out. 2020.

[8] RHC 106.041/TO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 10/08/2020.

[9] Artigo 5º, LVII, da CF/88.

[10] HC 179859 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26-06-2020.

[11] "Artigo 98 — *O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população [\(incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014\)](#).*

§ 1º No prazo de oito anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo [\(incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014\)](#)".

[12] Curso de Direitos Humanos. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 106.



[13] A exemplo do que foi realizado por meio do artigo 4º, I, "c", da Recomendação nº 62/2020, editada pelo CNJ em meio à pandemia causada pela Covid-19.

[14] Artigo 1º, III, da CF/88.

[15] Sobre a estrutura dos direitos humanos, André de Carvalho Ramos enuncia que *"O direito-pretensão consiste na busca de algo, gerando a contrapartida de outrem do dever de prestar. Nesse sentido, determinada pessoa tem direito a algo, se outrem (Estado ou mesmo outro particular) tem o dever de realizar uma conduta que não viole esse direito"*. Op. Cit. P. 31.

[16] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-12/lenio-streck-revisar-prisao-cada-90-dias>>. Acesso em 19 out. 2020.

Date Created

31/10/2020