



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CIÊNCIAS CRIMINAIS

KARINA CALIXTO DE MATTOS

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEDIDA
PROCESSUAL DE DESENCARCERAMENTO**

Salvador
2018

KARINA CALIXTO DE MATTOS

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEDIDA
PROCESSUAL DE DESENCARCERAMENTO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Ciências
Criminais.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

KARINA CALIXTO DE MATTOS

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEDIDA PROCESSUAL DE DESENCARCERAMENTO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome : _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ___/___/2018.

Aos meus pais, sempre.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e sempre, ao meus pais. Obrigada por tudo e por tanto!

Aos membros integrantes do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, em especial ao Dr. Antônio Alberto Faiçal Júnior e ao Sr. Augusto, pela maneira generosa com que me receberam e trataram ao longo desta pesquisa.

À Prof. Mariana Possas e aos membros do grupo de pesquisa sobre audiência de custódia da UFBA.

Agradeço, ainda, ao meu querido mestre, Prof. Rômulo de Andrade Moreira, responsável por ter despertado em mim uma visão crítica do Processo Penal. Minha eterna gratidão e admiração.

À Prof. Alessandra Prado, por ter despertado o meu interesse pela pesquisa empírica.

À Cláudia Roberta Sampaio, pelo apoio e, acima de tudo, pela amizade.

Ao Prof. Pablo Domingues, pelo incentivo e pelas críticas que buscaram enriquecer este trabalho.

Aos familiares e amigos, que se fazem presentes em cada momento, torcendo por mim e vibrando com cada conquista.

Não há humanidade na privação da liberdade. Não há “prisão boa”.
Admitamos isso e prossigamos, reféns de nossa própria incoerência, mas
com um ideal definido: reduzir os danos provocados pelo
encarceramento.

Caio Paiva

RESUMO

Resultado de pesquisa empírica realizada no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, em que foi realizado o acompanhamento de 42 audiências de custódia, realizadas durante os meses de abril, maio e junho de 2018, o presente trabalho teve como objetivo verificar se a audiência de custódia, na forma como está sendo realizada em Salvador, tem representado uma política de desencarceramento, atingindo os fins para os quais está prevista. Para a construção desta pesquisa, partiu-se de duas hipóteses: I) as medidas cautelares diversas da prisão, inseridas ao ordenamento jurídico por meio da Lei nº 12.403/2011, representam, na prática, alternativas à prisão, e não à liberdade (como prevê a lei); II) a previsão da garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos para a decretação de prisão preventiva é inconstitucional e promove prisões inconstitucionais. Para tal investigação, foi realizada pesquisa empírica, com análise quantitativa e qualitativa das audiências acompanhadas, bem como dos respectivos termos de audiência e decisões. Foi realizada, ainda, a análise de obras e textos, bem como da legislação e jurisprudência pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Resolução nº 213/2015 do CNJ. Medidas Cautelares. Prisão preventiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
NPF	Núcleo de Prisão em Flagrante
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
TJES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais
NAMAGES	Associação Nacional dos Magistrados Estaduais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO EM COLAPSO	12
2.1	PRISÃO: A “PENA DAS SOCIEDADES CIVILIZADAS”	12
2.2	ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL	14
3	TENTATIVAS DE RUPTURA AO (ACELERADO) PROCESSO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA	15
3.1	LEI Nº 12.403, DE 2011	15
3.2	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	17
4	IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL	18
4.1	INTENTOS LEGISLATIVOS	19
4.1.1	Projeto de Lei n. 156/2009	19
4.1.2	Projeto de Lei nº 554/2011	20
4.1.3	Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011	22
4.1.4	Projeto de Lei n. 7.871, de 2014	23
4.1.5	Projeto de Lei n. 470, de 2015	23
4.1.6	Proposta de Emenda Constitucional n. 89, de 2015	23
4.2	PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015	24
4.3	RESOLUÇÃO Nº 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	25
5	DADOS SOBRE A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SALVADOR	29
5.1	PEDIDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	29
5.2	PEDIDOS DA DEFESA	30
5.3	DECISÕES	31
6	RELAXAMENTO	33
6.1	NATURALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA	33
7	LIBERDADE PROVISÓRIA	36
7.1	LIBERDADE PLENA	38
7.2	LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA À APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	41

7.2.1 Fumus Comissi Delicti	41
7.2.2 Periculum Libertatis	43
7.2.3 Proporcionalidade	47
8 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA	52
8.1 FUMUS COMISSI DELICTI	52
8.2 PERICULUM LIBERTATIS	53
8.2.1 Instrumentalidade das Medidas Cautelares	54
8.2.2 Prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal	56
8.2.3 Prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal	60
8.2.4 Prisão preventiva pela garantia da ordem pública	62
8.2.5 Prisão preventiva pela garantia da ordem econômica	71
8.3 PRISÃO COMO ULTIMA RATIO E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO	72
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

A Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015, implementou (finalmente) no Brasil, a garantia fundamental de apresentação imediata do preso ao juiz. Assim, diferentemente do que acontecia até então, ao invés do contato direto do juiz com o custodiado ocorrer apenas no momento do seu interrogatório (ao final da instrução criminal), sendo, antes disso, tão somente comunicado da prisão, sendo-lhe remetido o auto de prisão em flagrante (art. 306 do Código de Processo Penal), a partir da sua implementação, o custodiado passou a ser apresentado à autoridade judicial imediatamente após a prisão, para que este realize um juízo complexo, verificando a legalidade do ato prisional, em especial quanto a ocorrência de violência policial contra a pessoa conduzida, e a necessidade e adequação de decretação de medidas cautelares pessoais para resguardar a persecução criminal.

Este ato, de extrema importância como medida desencarceradora que representa, evitando prisões ilegais e arbitrárias, e como forma de resgatar o caráter humanitário do processo penal, já era imposto ao Brasil desde 1992, quando o Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo previsão também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto no 592/1992. Malgrado, sua implementação só veio ocorrer mais de 20 anos depois, não sem antes sofrer forte resistência.

Diante da importância e dos potenciais como forma de assegurar garantias fundamentais que este instituto apresenta, foi realizado o acompanhamento de 42 audiências de custódia realizadas no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, nos meses de abril, maio e junho de 2018, com o objetivo de verificar se a audiência de custódia, da maneira como está sendo realizada em Salvador, tem representado uma política de desencarceramento, atingindo os fins para os quais está prevista.

Portanto, o presente trabalho é fruto de pesquisa empírica realizada no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, em que se acompanhou a realização de 42 audiências de custódia, totalizando 50 custodiados (visto que, em uma mesma audiência, pode haver a apresentação de mais de um custodiado). Houve, ainda, análise quantitativa e qualitativa dos respectivos termos de audiência e decisões.

Para a construção desta pesquisa, parte-se de duas hipóteses: I) a previsão da garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos para a decretação de prisão preventiva é inconstitucional e promove prisões inconstitucionais; II) as medidas cautelares diversas da prisão, inseridas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei no 12.403, de 4 de maio de 2011, representam, na prática, alternativas à liberdade, e não à prisão (como prevê a lei).

Para tal investigação, será realizada, no primeiro capítulo, uma breve análise da prisão, como violência (embora legítima) que representa, e do aumento acelerado dos índices de encarceramento no Brasil, em especial no que diz respeito a prisões sem condenação transitada em julgado.

No segundo capítulo, buscar-se-á apresentar duas importantes medidas desencarceradoras, que são as alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011 ao Código de Processo Penal e a audiência de custódia. Realizando-se, no terceiro capítulo, uma análise sobre o longo processo pelo qual a audiência de custódia passou antes de ser finalmente implementada no Brasil, destacando as resistências à sua implementação.

Nos demais capítulos, será empreendida uma análise crítica das informações registradas ao longo desta pesquisa, buscando analisar, diante das hipóteses apontadas, se a realização das audiências de custódia em Salvador tem representado a política de desencarceramento que se propõe a ser.

Quanto à metodologia utilizada, conforme exposto, trata-se de pesquisa empírica, com realização de análise quantitativa e qualitativa de 42 audiências de custódia realizadas no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, nos meses de abril, maio e junho de 2018, bem como dos respectivos termos de audiência e decisões. Outrossim, haverá a análise de obras e textos, bem como da legislação e jurisprudência pertinentes ao tema.

2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO EM COLAPSO

2.1 PRISÃO: A “PENA DAS SOCIEDADES CIVILIZADAS”

A prisão, antes de apresentar os contornos que hoje se conhece, tinha a finalidade de custódia do condenado, para resguardar seu corpo para sofrer o suplício ao qual seria submetido (mutilações ou pena de morte). Na Idade Média, surgem as primeiras prisões-penas, com origem no direito canônico, consistindo na reclusão de sacerdotes em um mosteiro, para que refletissem e, assim, se arrependessem do mal cometido. (SCHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 33-34).

No decorrer do tempo, diante do “aumento da criminalidade”, decorrente do aumento da pobreza, fruto do sistema capitalista então crescente, tornou-se inadequada e inviável a aplicação da pena de morte, com o aumento do número de delinquentes. Ademais, o desenvolvimento do capitalismo contribuiu para a adoção da prisão como a “pena por excelência”, servindo como instrumento de controle social, submetendo a classe menos abastada ao regime dominante. “A finalidade seria de controlar, submeter, e não ressocializar.” (SCHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 35). Como bem lembra Foucault: “A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.” (1997, p. 223).

Desde então, a prisão, tornou-se a “pena por excelência”, passando a ser vista como a “pena das sociedades civilizadas”. Entretanto, nos contornos em que se apresenta, está muito longe de atingir seus objetivos declarados, especialmente o de ressocialização, embora sua utilização seja cada vez mais crescente, sob o argumento de defesa social ou redução da criminalidade (malgrado não tenha, esta, reduzido, nem tenha, a prisão, ressocializado quem por ela passa e sai- quando sai). A pena é uma violência (embora legítima) e representa “a negação máxima dos direitos humanos” (PAIVA, 2018, p. 28):

Não há *humanidade* na privação da liberdade. Não há “prisão boa”. Admitamos isso e prossigamos, reféns de nossa própria incoerência, mas com um ideal definido: reduzir os danos provocados pelo encarceramento.

Pela precisão de sua descrição, imprescindível se faz transcrever as observações de Hulsman (2018, p. 77-78):

Aprendemos a pensar a prisão de um ponto de vista puramente abstrato. Coloca-se em primeiro lugar a “ordem”, o “interesse geral”, a “segurança pública”, a “defesa dos valores sociais”... Fazem com que acreditemos- e esta é uma ilusão sinistra- que, para nos resguardar das “empreitadas criminosas”, é necessário- e suficiente!- colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome...

Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa a toa. O simples fato de estar enclausurado, de não poder mais ir e vir ao ar livre ou onde bem lhe aprouver, de não poder mais encontrar quem se deseja ver- isto já não é um mal bastante significativo? O encarceramento é isso.

Mas, é também um castigo corporal. Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados, em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias onde predominam as féculas- não é por acaso que as cáries dentárias e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provações físicas que agredem o corpo, que deterioram lentamente.

Este primeiro mal arrasta outros, que atingem o preso em todos os níveis de sua vida pessoal. Perdendo a liberdade, aquele que vivia de salário e tinha um emprego, imediatamente perde este emprego. Ao mesmo tempo, perde a possibilidade de manter sua casa e assumir os encargos de família. Se vê separado desta família, com todos os problemas morais que isto acarreta: sua esposa ou companheira às voltas com forças hostis (vizinhos mal-intencionados talvez, ou um patrão a exigir que ela se demita...), seus filhos daí pra frente marcados pelo estigma “seu pai esteve na prisão”. Bruscamente cortado do mundo, experimenta um total distanciamento de tudo que conheceu e amou.

Por outro lado, o condenado à prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas seqüelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo.

Diante de toda a violência que representa e em decorrência das garantias e direitos individuais insculpidos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, em especial do princípio de presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), a prisão só pode ser decretada em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, exceto (apenas) quando apresentar a instrumentalidade indispensável à prisão processual, ou seja, quando necessária para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

2.2 ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

Em que pese todo o exposto, vive-se, no Brasil (e no mundo) uma cultura de emergência, na qual vivencia-se uma crise após a outra. Como consequência, tem-se adotado uma política criminal cada vez mais rigorosa, com a elaboração maciça de leis especiais e adoção de penas cada vez mais severas. Prende-se cada vez mais!

Relatório do INFOPEN (2014) registrou alarmantes índices de encarceramento, demonstrando que, enquanto a população brasileira cresceu, em média, 1,1% ao ano, a população prisional brasileira cresceu, em média, 7,7% ao ano, no período de 2000 a 2014:

De acordo com os últimos dados coletados, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano. Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.

Estes dados são ainda mais preocupantes em relação ao encarceramento provisório:

No Brasil, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.

[...]

Nas unidades prisionais que informaram o dado, cerca de 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento. (INFOPEN, 2014, p. [s/p])

Como bem registrara Foucault, ainda em 1975, “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão.” (2014, p. 224). No entanto, pode-se (e deve-se) buscar reduzir os seus danos e retroceder a expansão da cultura encarceradora.

3 TENTATIVAS DE RUPTURA AO (ACELERADO) PROCESSO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

3.1 LEI Nº 12.403, DE 2011

A necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Penal é discussão que há muito tempo tem sido realizada, tendo se tornado ainda mais importante com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Como é cediço, nosso Código de Processo Penal é originário de 1941, tendo entrado em vigor durante o Estado Novo, com inspiração no Código de Processo Penal italiano de 1930, e, portanto, no modelo fascista italiano. Tal referência é demonstrada na própria Exposição de Motivos da Lei nº 3.689/41, em que há a seguinte explanação:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

A incompatibilidade do texto do Código de Processo Penal, de 1941, com a Constituição Federal da República, de 1988, e com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil fez com que, diante da maior dificuldade em aprovar um novo Código de Processo Penal, por completo, houvesse a apresentação de projetos de lei que visavam adaptar o Código vigente à nova ordem constitucional, propondo reformas parciais.

Soma-se a isso o aumento vertical e cada vez mais alarmante do encarceramento, em especial do encarceramento provisório. Como bem observado por Luiz Flávio Gomes (2011, p. 29):

Para contornar o problema prisional decorrente do excesso de prisioneiros, não basta apenas apostar nas penas e medidas alternativas à prisão, que são aplicadas no momento da condenação definitiva. O cenário nacional exigia (urgentemente) medidas que possibilitassem alternativas também à prisão cautelar, já que esta é a principal responsável pela superlotação carcerária.

Neste contexto, comissão de juristas presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover¹ apresentou o Projeto de Lei nº 4.208/2001, que, após exatos dez anos tramitando no Congresso Nacional, foi aprovado, convertendo-se na Lei nº 12.403/2011. Esta lei reformou parcialmente o Código de Processo Penal, alterando significativamente o sistema de medidas cautelares pessoais. Dentre as principais mudanças, destaca-se o fim do binômio prisão ou liberdade até então existente, apresentando nova sistematização com rol de diversas medidas cautelares pessoais diversas da prisão, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, respeitando a subsidiariedade da prisão processual (prisão como *ultima ratio*), que somente poderá ser decretada quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas. Além disso, destaca-se a revitalização do instituto da fiança, com a ampliação das hipóteses de cabimento e a permissão de que o próprio delegado de polícia conceda liberdade para os crimes afiançáveis com pena de até quatro anos.

Tal reforma trouxe a perspectiva de redução à desenfreada expansão da cultura da prisão, apresentando-se como importante medida de desencarceramento, pois, ao invés de ver-se limitado à concessão de liberdade ou decretação de prisão preventiva, agora, o magistrado teria à disposição amplo rol de medidas intermediárias, medidas cautelares diversas da prisão, podendo ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, respeitando a prisão processual como medida excepcional que deve ser.

No entanto, como bem advertido, à época, por Audrey Borges de Mendonça (2011, p. 11):

[...] a efetividade das alterações e a aplicação de sua principiologia dependerão, sobretudo, de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito. Incumbe a nós, intérpretes e aplicadores do direito, contribuir para extrair da nova legislação a sua máxima eficácia, sobretudo na busca de um processo penal mais efetivo e equânime.

Esta mudança legislativa pontual (ainda que significativa) não seria suficiente.

¹ Integrada, ainda por Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e Rui Stoco.

3.2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste na expressão designada pela doutrina pátria ao ato de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz ou outra autoridade competente, por meio do qual, a partir de prévio contraditório estabelecido entre defesa e Ministério Público, o juiz deverá: a) realizar um controle de legalidade da prisão, em especial, verificando a ocorrência de violência contra a pessoa conduzida, através de tortura ou maus tratos por parte das autoridades policiais encarregadas de sua condução e detenção; b) realizar a identificação da pessoa conduzida; c) ouvir a pessoa conduzida quanto às circunstâncias da sua condução (que não se confunde com o interrogatório da pessoa presa, ou seja, a sua inquirição quanto às circunstâncias do fato, que não deve ocorrer neste ato), cientificando-o do seu direito constitucional de permanecer em silêncio (art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal); d) verificar a necessidade, adequação e proporcionalidade para a aplicação de medidas cautelares pessoais, prisionais ou alternativas, para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (instrumentalidade das medidas cautelares).

Trata-se de ato que resgata o caráter humanitário do processo penal uma vez que, diferentemente do que ocorria antes de sua implementação, em que o contato do magistrado era tão somente com o auto de prisão em flagrante (art. 306 do Código de Processo Penal), só tendo contato direto com o conduzido no momento de seu interrogatório (ao final da instrução criminal), o juiz passa a ter um contato imediato com o preso logo após a prisão.

Consiste, portanto, em ato idôneo para evitar prisões ilegais e arbitrárias, representando importante medida desencarceradora, na medida em que, neste ato, é realizado um juízo complexo, pois se verifica não apenas a legalidade da prisão, mas a necessidade, adequação e proporcionalidade da aplicação de medidas cautelares pessoais, tanto alternativas, quanto, subsidiariamente, prisionais. Em que pese represente um importante marco no sistema processual brasileiro, conformando-o com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, foi tardiamente implementado no Brasil, e não sem antes sofrer forte resistência.

4 IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A garantia fundamental de apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 6 de novembro de 1992, quando o Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH), sob a designação de Pacto São José da Costa Rica, por meio do Decreto nº 678. Conforme estabelece o Artigo 7, item 5 da Convenção (BRASIL, 1992):

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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.

Ainda em âmbito de Pactos e Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP), promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592/1992, trouxe a previsão da audiência de custódia em seu Artigo 9, item 3, através redação semelhante à do CADH (BRASIL, 1992):

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Em que pese tal instituto estar previsto (imposta) desde 1992, pouca atenção se deu à sua aplicação por quase vinte anos, até que, em 2011, houve a proposição do PLS nº 554/2011. A atenção dada, até então, deveu-se aos Poderes e instituições diversas do Poder Legislativo (ANDRADE; ALFLEN, 2018. p. 25).

Em 02 de abril de 2003, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dirigiu-se aos seus juízes, através do Ofício-Circular nº 033/03-CGJ, para lembrá-los do teor do Artigo 7, item 5 do CADH. Entretanto, tal tentativa apresentou inexpressivo efeito, pois, além de surtir efeito em pouquíssimos magistrados, conforme destacam Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2018. p. 25):

[...] embora houvessem determinado à Polícia Judiciária que lhes fossem apresentados os presos em flagrante, os juízes plantonistas acabaram por retroceder na determinação, ante os constantes reclames dos órgãos de persecução penal primária, sob a justificativa de que não possuíam servidores e veículos suficientes para as constantes idas e vindas aos cartórios com competência criminal.

O que demonstra, desde então, o desinteresse e resistência na implementação da audiência de custódia, já integrada ao Brasil desde 1992.

4.1 INTENTOS LEGISLATIVOS

4.1.1 Projeto de Lei n. 156/2009

Através do PLS nº 156/2009, com a proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal, houve intento legislativo de implementação das audiências de custódia. Em verdade, o projeto previa, inicialmente, a figura do *juiz das garantias*, espécie de magistrado com atuação exclusiva na fase de investigação, que teria, dentre outras atribuições, a faculdade de determinar que lhe fosse apresentado o sujeito preso.

Havendo, portanto, uma mera faculdade em tal apresentação, não há que se falar, ainda, no que posteriormente convencionou-se chamar audiência de custódia. Tal tentativa de implementação foi feita, em verdade, por meio das emendas nº 170 e 171, apresentadas pelo então Senador José Sarney, prevendo a obrigação (e não faculdade) de apresentação do sujeito preso, sob a justificativa de necessidade do processo penal brasileiro se adequar aos termos da CIDH e do PIDCP (ANDRADE; ALFLEN, 2018. p. 37).

No entanto, as referidas emendas foram rejeitadas, de modo que o Projeto tramita, hoje, na Câmara dos Deputados, sob a designação de PL nº 8.045 de 2010, sem a referida previsão.

4.1.2 Projeto de Lei n.º 554/2011

Pouco tempo depois, em 06 de setembro de 2011, houve nova tentativa de inserção da audiência de custódia, quando foi apresentado o Projeto de Lei nº 554/2011, no Senado Federal, pelo Senador Antônio Carlos Valadares.

O projeto previa, originariamente, a alteração do art. 306 do Código de Processo Penal, para que o preso em flagrante fosse conduzido à presença do juiz competente, no prazo máximo de 24 horas a contar da prisão. Não previa, o texto original, portanto, o contraditório e ampla defesa em tal ato, pois que contaria apenas com a presença do juiz e do custodiado, não prevendo a participação do Ministério Público e da defesa técnica.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o relator, o Senador Randolfe Rodrigues, aprovou o projeto de lei e aceitou sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no sentido de obrigatoriedade de participação também do Ministério Público e da defesa técnica (advogado ou defensor público).

Em remessa do projeto de lei à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o então relator, o Senador João Capiberibe, apresentou nova emenda ao projeto, alterando o art. 283 do Código de Processo Penal, e não mais o art. 306 do referido diploma, ampliando, assim, a audiência de custódia para todas as formas de prisão. Conforme destaca Caio Paiva (2018, p. 85):

Embora a emenda substitutiva do senador Randolfe Rodrigues contivesse um regramento procedimental mais amplo a respeito da audiência de custódia (prevendo expressamente, p. ex., o registro do expediente em autos apartados, cujo conteúdo não poderia ser utilizado como meio de prova contra o depoente), a emenda substitutiva do senador João Capiberibe teria um grande mérito, pois alterava o art. 283 do CPP, e não o art. 306, ampliando a audiência de custódia, portanto, para todas as modalidades de prisão.

Entretanto, o Senador João Capiberibe apresentou nova emenda, recolocando a audiência de custódia no art. 306 do Código de Processo Penal e, deste modo, limitando-a, novamente, às prisões em flagrante. O relatório apresentado foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, e seguiu para a Comissão de Assuntos Econômicos da Casa Legislativa, tendo sido também aprovado. Retornou, novamente, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Ocorreu a juntada de notas técnicas de diversas entidades

associativas e institucionais, além da apresentação de emendas (PAIVA, 2018, p. 87), dentre as quais emenda apresentada pelo Senador Francisco Dornelles, acatando proposta feita em ofício enviado pelo Gabinete da Presidência do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro ao Presidente do Senado Federal. Conforme explicam Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Aflen (2018, p. 40):

Invocando questões ligadas à “diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário”, “à segurança pública, à segurança institucional e, inclusive, à segurança do preso”, a intenção da Presidência daquela Corte era a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, dando-se sequência a um procedimento responsável pela redução em cerca de 40% na circulação de presos pela cidade do Rio de Janeiro.

No entanto, o relator, Senador Humberto Costa, manifestou-se no sentido de rejeição da emenda proposta, tendo sido, então, o projeto de lei, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Finalmente, em 13 de julho de 2016, o projeto, que tramitava no Senado Federal desde 2011, foi aprovado pelo Plenário, tendo sido encaminhado para deliberação, em 06 de dezembro de 2016, à Câmara dos Deputados, passando a ser designado de PL nº 6.620, de 2016, onde foi apensado ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que trata do projeto de Novo Código de Processo Penal.

Durante a tramitação do projeto, algumas investidas foram feitas por determinadas instituições e pela jurisprudência, bem como algumas propostas legislativas (que serão tratadas mais adiante), no sentido de garantir a apresentação imediata do preso ao juiz,.

Destaca-se, aqui, decisão proferida, em 2014, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, com fundamento na não apresentação do conduzido ao juiz, em flagrante afronta ao CADH. Tendo sido, a ordem, concedida em parte, para determinar a condução imediata do preso ao juiz de primeiro grau, indicando-se que deveria ser observado o procedimento previsto no PLS nº 554, de 2011 (ANDRADE; ALFLEN, 2018, p. 27-28).

Em junho de 2014, a Defensoria Pública da União ajuizou Ação Civil Pública junto à Vara Federal de Manaus, Seção Judiciária do Amazonas, com o fim de que fosse determinado o imediato cumprimento do art. 7º, 5, do CADH, tendo sido, entretanto, extinta sem julgamento do mérito, em 9 de fevereiro de 2015, sob o fundamento de ilegitimidade da Defensoria Pública da União (ANDRADE; ALFLEN, 2018, p. 28).

Alguns Tribunais editaram provimentos a fim de regulamentar o procedimento a ser adotado em sede de audiência de custódia no âmbito de sua jurisdição, sendo o pioneiro neste sentido o Tribunal de Justiça do Maranhão, através do Provimento nº 14, de 24 de abril de 2014 e do Provimento nº 24, de 5 de dezembro de 2014.

4.1.3 Proposta de Emenda Constitucional n. 112, de 2011

Em 22 de novembro de 2011, decorridos pouco mais de dois meses da apresentação do PLS nº 554, de 2011, foi apresentada, pelo Deputado Federal Domingos Dutra, proposta de inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, agora em âmbito constitucional. A PEC apresentada na Câmara dos Deputados tinha por finalidade alterar a redação do art. 5º, LXII, da Constituição Federal, que passaria a apresentar a seguinte redação (BRASIL, 2011):

[...] a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrem serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, devendo até quarenta e oito horas ser conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre sua legalidade.

Preocupada com as prisões ilegais e a situação do sistema carcerário, a justificativa apresentada fez referência à Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário e ao Projeto de Mutirões Carcerários, coordenado pelo CNJ, que indicaram o excesso de prazo em prisões provisórias de presos que aguardavam julgamento (ANDRADE; ALFLEN, 2018, p. 48). Sendo ressaltada, ainda, a necessidade de adequação ao Pacto São José da Costa Rica. No entanto, a PEC foi arquivada, em 31 de janeiro de 2015, em decorrência do fim da legislatura.

4.1.4 Projeto de Lei n.º 7.871, de 2014

Em agosto de 2014, o Deputado Federal Jorginho de Mello apresentou o Projeto de Lei à Câmara dos Deputados, para alterar o art. 301 do Código de Processo Penal e inserir a previsão de obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa em flagrante ao juiz competente, sob a justificativa da necessária adequação ao PIDCP e à CADH, de modo a resguardar a integridade física e psíquica do sujeito preso em flagrante (ANDRADE; ALFLEN, 2018, p. 49).

O projeto limitou-se, portanto, a prever a garantia fundamental da apresentação imediata do preso ao juiz competente apenas aos casos de prisão em flagrante, tendo, ainda, deixado de possibilitar o contraditório e ampla defesa necessários, ao obstar a participação do Ministério Público e da defesa técnica em tal ato.

4.1.5 Projeto de Lei n.º 470, de 2015

Nova tentativa de regulamentação da audiência de custódia foi realizada por meio do Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Federal Laerte Bessa, em fevereiro de 2015. A proposta previa que a audiência de custódia seria facultativa e a possibilidade de ser presidida por outra autoridade, com base no PIDCP e no CADH, procurando-se equiparar a figura do Delegado de Polícia ao juiz- fazendo-se importante ressaltar, aqui, ser, o Deputado Federal Laerte Bessa, Delegado de Polícia do Distrito Federal (ANDRADE; ALFLEN, 2018, p. 50).

4.1.6 Proposta de Emenda Constitucional n.º 89, de 2015

Em 9 de julho de 2015, o Deputado Federal Hugo Legal apresentou Proposta de Emenda Constitucional, com a finalidade de realizar reforma no sistema de persecução penal. A proposta prevê a alteração do art. 98 da Constituição Federal

para inserir a previsão de apresentação, sem demora, de toda pessoa presa em flagrante ao juiz de instrução e garantias, com a participação de defesa e do Ministério Público, sem, no entanto, apontar qualquer procedimento.

4.2 PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015

Foi, no entanto, apenas em 06 de fevereiro de 2015, com o incentivo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Projeto Audiência de Custódia, em São Paulo, que este instituto passou a ser tratado, pelo Poder Judiciário, como assunto de relevância nacional. O então ministro presidente, Ricardo Lewandowski, anunciou a intenção de levar o projeto a outras capitais.

Assim, como forma de uniformizar o procedimento a ser adotado em audiência de custódia e buscando a implementação gradativa deste instituto no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, editou o Provimento Conjunto nº 03/2015, assinado pela Presidência do Tribunal de Justiça e pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Tal iniciativa representaria uma experiência, visando reconhecer os erros e acertos de sua implementação. Logo, sua constitucionalidade passou a ser questionada, diante da grande resistência à sua implementação, especialmente por parte da polícia judiciária.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 contra o Provimento Conjunto nº 03/2015, alegando sua inconstitucionalidade através dos seguintes argumentos: somente a União teria competência para legislar sobre direito processual; e desrespeito à separação dos poderes, pois não poderia, o Poder Judiciário, estabelecer regras para o Poder Executivo, ao qual os delegados de polícia estão submetidos (PAIVA, 2018, p. 96). A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 foi apreciada em 20 de agosto de 2015 e julgada improcedente pelo STF.

Nesse ínterim, outros Tribunais de Justiça de outros estados também regulamentaram a audiência de custódia (como o TJES, através da Resolução nº 13/2015 do Gabinete da Presidência, e o TJMG, através da Resolução nº 796, de 24 de junho de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça), que, assim, tornou-se prática em quase todas as capitais do país. No entanto, como cada Tribunal de Justiça

tinha liberdade para elaborar sua própria regulamentação, isso gerou discrepâncias na forma como este instituto foi regulamentado, citando-se, como exemplo, a previsão de prazos distintos para a apresentação do preso, o que tornou ainda mais urgente sua uniformização.

Através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em que se discutia a crise do sistema carcerário brasileiro (MELO, 2016, p. 146), o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL buscou, entre outros pedidos, a implementação da audiência de custódia em todo o Brasil. Assim, em 09 de setembro de 2015, o STF concedeu parcialmente a cautelar requerida, tornando obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o território nacional, fixando o prazo de 90 (noventa) dias para o cumprimento desta determinação.

4.3 RESOLUÇÃO Nº 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

As discrepâncias na aplicação da audiência de custódia pelo Brasil, de acordo com a regulamentação estabelecida pelo Tribunal de Justiça de cada Estado, e a morosidade em regular este instituto pelo Poder Legislativo fizeram com que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) voltasse sua atenção à uniformização deste instituto, de modo a estabelecer um tratamento igualitário em todo o Brasil.

Assim, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ publicou a Resolução nº 213, realizando, através deste ato, a uniformização normativa da audiência de custódia, através de regulamentação administrativa, prevendo, de forma minuciosa, o procedimento a ser adotado na apresentação do preso ao juiz. A Resolução determina a realização da audiência de custódia em todo o país e estabelece o prazo de noventa dias, a partir da sua vigência, para a adaptação dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Além da necessidade de uniformização do instituto, os principais objetivos da audiência de custódia regulada pela Resolução nº 213 constituem-se em: assegurar direitos humanos da pessoa presa, ajustando, assim, o processo penal brasileiro aos tratados internacionais firmados e ratificados pelo Brasil; averiguar e prevenir a ocorrência de tortura, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes por

parte das autoridades públicas encarregadas da prisão, contra a pessoa presa; proceder a identificação da pessoa presa; e verificar a legalidade da prisão, mas não somente, averiguando, ainda, sua necessidade e adequação, e prevendo, portanto, a (imperiosa) excepcionalidade da prisão preventiva.

Para tanto, a Resolução prevê não só um procedimento pormenorizado da realização do ato de apresentação da pessoa presa, mas, ainda, estabelece a criação do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), banco de dados ao qual devem ser inseridas as informações provenientes das audiências de custódia realizadas em todo o país. Traz, ainda, dois protocolos anexos.

O primeiro deles apresenta “orientações e diretrizes sobre a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia”, destacando, entre outros pontos, a excepcionalidade da prisão preventiva, bem como das medidas cautelares diversas da prisão, especialmente a monitoração eletrônica, que devem representar verdadeiras alternativas à prisão preventiva.

O segundo protocolo tem como objetivo apresentar orientações à “tribunais e magistrados sobre procedimentos para denúncia de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

A realização deste ato de apresentação da pessoa presa ao juiz não se restringe às hipóteses de prisão em flagrante, abrangendo, ainda, as demais formas de prisões cautelares e a prisão definitiva.²

Embora o art. 1º da Resolução do CNJ (BRASIL, 2015) determine que “toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente [...]” (grifos nossos), referindo-se expressamente, portanto, apenas à prisão em flagrante, não seria admissível ou compreensível a restrição de tal ato às pessoas presas em flagrante delito. Tal restrição não foi (e nem deveria ser) feita pelos tratados internacionais que preveem a obrigatoriedade de realização deste ato em relação a “Qualquer pessoa presa ou encarcerada” (artigo 9, item 3, do PIDCP- 1992) e em relação a “Toda pessoa presa, detida ou retida” (artigo 7, item 5, do Pacto São José da Costa Rica- 1992),

² Por mais que se discorde do uso de tal expressão, visto que, se nem a liberdade é definitiva, muito menos a prisão!

preocupando-se em assegurar, dessa forma, os direitos humanos de toda pessoa privada de sua liberdade, independentemente da modalidade da prisão.

Ademais, a própria Resolução (BRASIL, 2015) prevê, no art. 13, que “A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva [...]” (grifos nossos). Assim, entende-se que a previsão do art. 1º constitui uma impropriedade técnica, e não verdadeira intenção de limitar a realização deste ato às hipóteses de flagrante delito.

Toda pessoa privada de sua liberdade tem que ter resguardados seus direitos humanos, independente da circunstância da prisão. Neste sentido, o ilustre professor Rômulo Moreira destaca ainda que, ao se referir à apreensão, a Resolução prevê a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia também em relação ao jovem infrator, que deve ser apresentado ao Juiz da Infância e da Juventude. “Afinal de contas, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vale para todos os humanos...” (MOREIRA, 2017, p. 541-550).

Como seria de se imaginar, a Resolução do CNJ também teve sua constitucionalidade questionada. A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (NAMAGES) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.448, que, embora tenha tido seu seguimento negado por falta de legitimidade ativa da entidade proponente, questionou a legalidade formal da Resolução do CNJ, alegando ter sido usurpada a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual penal (art. 22, I, da Constituição Federal).

Este mesmo entendimento é o do professor Rômulo Moreira (MOREIRA, 2017, p. 541-550), que, muito embora defenda a implementação das audiências de custódia, entendendo que sua implantação pelo CNJ e pelos Tribunais não fere a Constituição pois representaria apenas obediência a uma determinação dos pactos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (PIDCP e CADH), apresentando-se, muito pelo contrário, como um controle concentrado de convencionalidade, destaca que, ao regulamentar a audiência de custódia, o CNJ avançou demasiado. Conforme explica, ao regulamentar a audiência de custódia, o CNJ tratou, em sede de Resolução, de matéria processual penal, invadindo competência da União (art. 22, I, da Constituição Federal), o que torna a Resolução formalmente inconstitucional.

Tal posicionamento, entretanto, é rebatido por Daniel Nicory (PRADO, 2017, p. 28), que defende que a Resolução do CNJ apresentou-se justamente como “resposta às decisões anteriores do STF, na ADI 5240 e na ADPF 347, uma das quais afirmou que os atos do Tribunal de Justiça de São Paulo eram meramente regulamentares e não extrapolavam a competência do Poder Judiciário.”

Neste mesmo sentido, posiciona-se Raphael Melo (2016, p. 147), alegando que a Resolução do CNJ teria caráter de complementariedade aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois “apenas regulamenta a apresentação do preso, que foi positivada em normas supralegais, não havendo a criação de algo novo, mas apenas a definição do procedimento a ser observado.”

A Resolução também foi objeto de questionamento através do Projeto de Decreto Legislativo nº 317, de 2016, de iniciativa do Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, sob o argumento de que, por determinação constitucional, a regulamentação feita pelo CNJ só poderia ter sido realizada através de lei, e não de ato administrativo (ANDRADE; ALFLEN, 2018, p. 34).

5 DADOS SOBRE A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SALVADOR

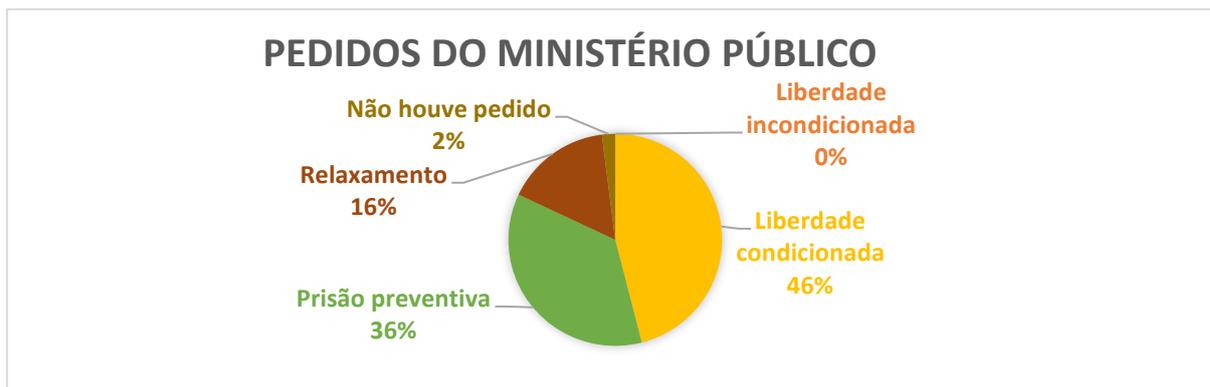
Para o presente trabalho, foi realizada análise quantitativa e qualitativa de 42 audiências de custódia realizadas no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, referentes a audiências realizadas nos meses de abril, maio e junho de 2018, totalizando 50 custodiados, visto que, em uma mesma audiência, pode haver a apresentação de mais de um custodiado. Foram considerados os dados em relação a cada custodiado, e não a cada audiência, apresentando, portanto, um total de 50 casos.

A análise feita levou em consideração os dados observados durante a realização (ou não, conforme será destacado) das audiências acompanhadas, bem como dos termos de audiência e decisões dos respectivos processos.

5.1 PEDIDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Do total de 50 audiências de custódia registradas, as manifestações do Ministério Público foram, em ordem decrescente: 46% (23 audiências) pela concessão de liberdade provisória condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; 36% (18 audiências) pela conversão da prisão em flagrante em preventiva; 16% (8 audiências) pelo relaxamento da prisão em flagrante.

Cumprir registrar que não houve, por parte do Ministério Público, qualquer manifestação pela concessão de liberdade plena e que, em uma audiência de custódia, não houve qualquer manifestação por parte do *parquet*. Neste caso, também não houve qualquer manifestação por parte da defesa, tendo, o juiz, concedido liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.



Do acompanhamento das audiências de custódia, observou-se que é comum esta não ser realizada. Em seu lugar, ocorre uma espécie de “acordo” entre acusação, defesa e juiz. É o que convencionou-se chamar, pelos membros que atuam nas audiências de custódia, de “paredão”.

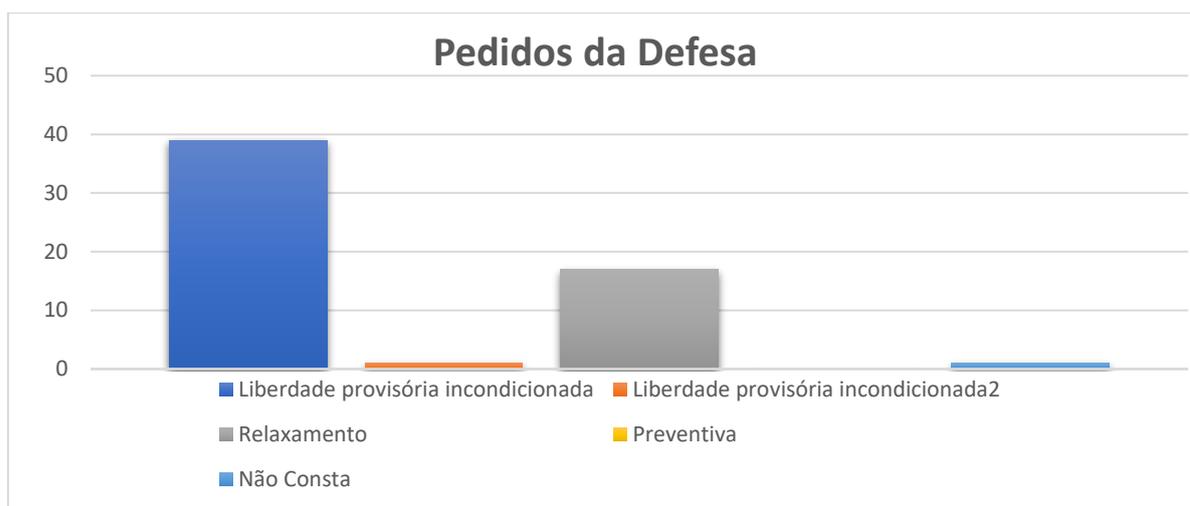
Conforme explicado por um magistrado com atuação no Núcleo de Prisão em Flagrantes de Salvador, quando se trata de situação reputada “simples”, em que o custodiado não apresenta marcas de agressão, e já tendo conversado em particular com o defensor, dispensam-se manifestações orais. Do que se pôde observar, tal dispensa é realizada em casos em que não há relato de tortura ou maus tratos pelos agentes policiais contra o preso e em que as partes e o juiz entendem pela concessão de liberdade provisória, sempre condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Em 14% (7) dos casos registrados, houve a dispensa da audiência de custódia, o denominado “paredão”, sendo que, em apenas duas delas, a dispensa constou de maneira expressa na decisão, da seguinte forma: “foi dispensada a realização da audiência de custódia com a anuência do *Parquet* e da Defesa.” Dos 7 casos registrados, não houve juntada de termo de audiência ao processo em apenas 4 deles.

5.2 PEDIDOS DA DEFESA

Em relação aos pedidos realizados pela defesa, cumpre registrar que também foram considerados os pedidos subsidiários, de modo que, do total de 50

audiências registradas, os pedidos da defesa foram, em ordem decrescente: 78% (39) pela concessão de liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão; 36% (18) pelo relaxamento da prisão em flagrante; 16% (8 audiências) pelo relaxamento; 2% (1) pela concessão de liberdade provisória incondicionada.



Conforme destacado no item 5.1, em um caso registrado, houve a dispensa da audiência de custódia, denominada “paredão”, não havendo qualquer pedido por parte da defesa, tendo, o juiz, decidido pela concessão de liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. Conforme mencionado anteriormente, do que se pôde observar das audiências acompanhadas, tal dispensa é realizada justamente nos casos em que, não havendo relato de tortura ou maus tratos, as partes e o juiz entendem pela concessão de liberdade provisória, sempre condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão (como no presente caso).

5.3 DECISÕES

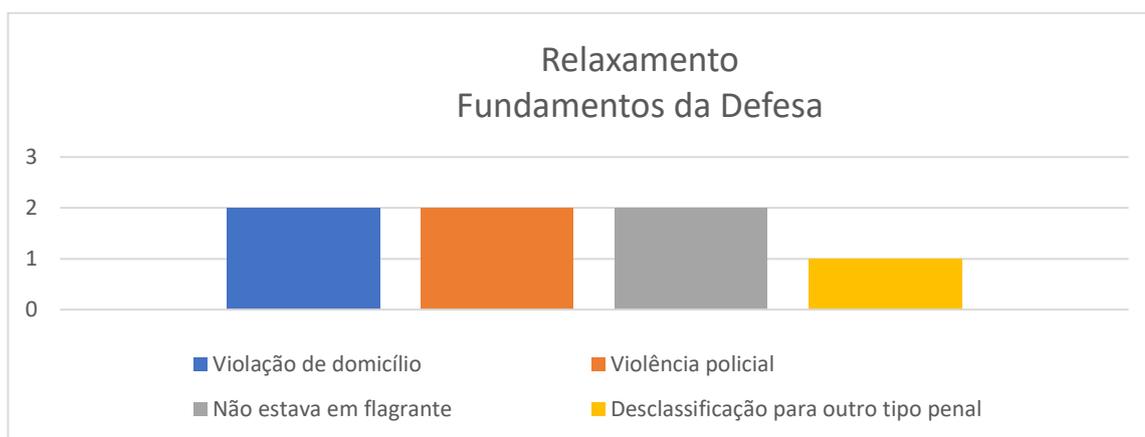
Das 50 decisões analisadas, 50% (25) foi de concessão de liberdade provisória condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; 40% (20) foi de conversão da prisão em flagrante em preventiva e 10% (5) foi de

relaxamento da prisão em flagrante. Não havendo qualquer decisão de concessão de liberdade provisória incondicionada.



6 RELAXAMENTO

Foram registradas 5 decisões de relaxamento da prisão em flagrante, sob os seguintes fundamentos, cumulados ou não: 40% (2) por violação de domicílio pela polícia; 40% (2) pela ocorrência de tortura ou maus tratos por parte da polícia; 40% (2) não estava em situação de flagrância (art. 302 do Código de Processo Penal); 20% (1) desclassificação para outro tipo penal.



6.1 NATURALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA

Em que pese um dos principais objetivos da audiência de custódia seja justamente averiguar e prevenir a ocorrência de tortura, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes por parte das autoridades públicas encarregadas da prisão, contra a pessoa presa, havendo, inclusive, protocolo anexo à Resolução nº 213/2015 do CNJ, dispondo, de forma pormenorizada, sobre os “Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (BRASIL, 2015), em apenas 2 casos dos 16 com relatos de violência e/ou tortura por parte da polícia, contra a pessoa presa, houve o relaxamento da prisão em flagrante.

Dos 16 relatos de violência e/ou tortura, em um deles o custodiado informou que não queria se manifestar quanto à violência sofrida, havendo uma outra situação em que, questionado, pelo defensor, se queria que fosse tomada alguma providência

com relação à tortura/violência, o custodiado respondeu que não, por ter sido ameaçado pela polícia. Não obstante, houve registro da violência e/ou tortura relatada, adotando-se medidas para sua apuração, em apenas 4 decisões, não constando qualquer medida ou registro nas demais.

Em somente 2 dos 16 casos de violência, houve manifestação do Ministério Público pelo relaxamento da prisão. Assim como pôde ser observado durante a realização da presente pesquisa, relatório divulgado pela organização Conectas Direitos Humanos (CONNECTAS, 2017), que buscou identificar como relatos de tortura e outros tratamentos cruéis apareciam nas audiências de custódia e os procedimentos adotados pelas instituições diante desses relatos, apontou “a baixíssima adesão do Ministério Público a este objetivo da audiência de custódia, o que causa estranhamento num órgão que tem a função constitucional de exercer o controle externo das polícias.”

Ademais, apenas em 6 dos 16 casos com relatos de violência e/ou tortura, houve pedido de relaxamento da prisão em flagrante por parte da defesa. Nos demais casos, o pedido da defesa foi de concessão de liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. Constatando-se, portanto, deficiência na defesa destes custodiados, em audiência de custódia, havendo, muitas vezes, uma defesa meramente formal. Como bem destaca o supramencionado relatório (CONNECTAS, 2017, p. 14): “no cotidiano das milhares de audiências de custódia realizadas todos os meses, a ocorrência da violência e banalização de seu uso não são priorizadas, gerando repercussão apenas nos casos mais exacerbados.”

Verifica-se, ainda, essa “naturalização da violência” por parte dos próprios custodiados. Em diversas audiências registradas, ao serem perguntados sobre a ocorrência de tortura ou maus tratos, os custodiados relataram que não, afirmando que “só um murro” ou “só um chute”. Esta mesma situação foi observada no relatório “Tortura Blindada” (CONNECTAS, 2017, p. 41): “A utilização por parte das pessoas custodiadas de expressões como ‘só’ socos, agrediram ‘um pouco’, ou ‘o de sempre’, estabelecendo a agressão como rotina e de modo a reduzir a importância de certos atos foram recorrentes”, destacando, ainda, que “Não raras vezes, a própria vítima, ao relatar ter sido agredida, buscava justificar a violência policial”:

Os policiais me abordaram e perguntaram se eu tinha alguma coisa, eu falei que não, ele falou que se achasse ia ser pior, daí ele achou um baseado, eu

falei que tinha mais coisa, aí ele já deu um tapa na minha cara pelo fato de eu ter mentido, não era pra eu ter feito isso (CONNECTAS, 2017, p. 41)

Este detalhado relatório traz ainda a informação de que:

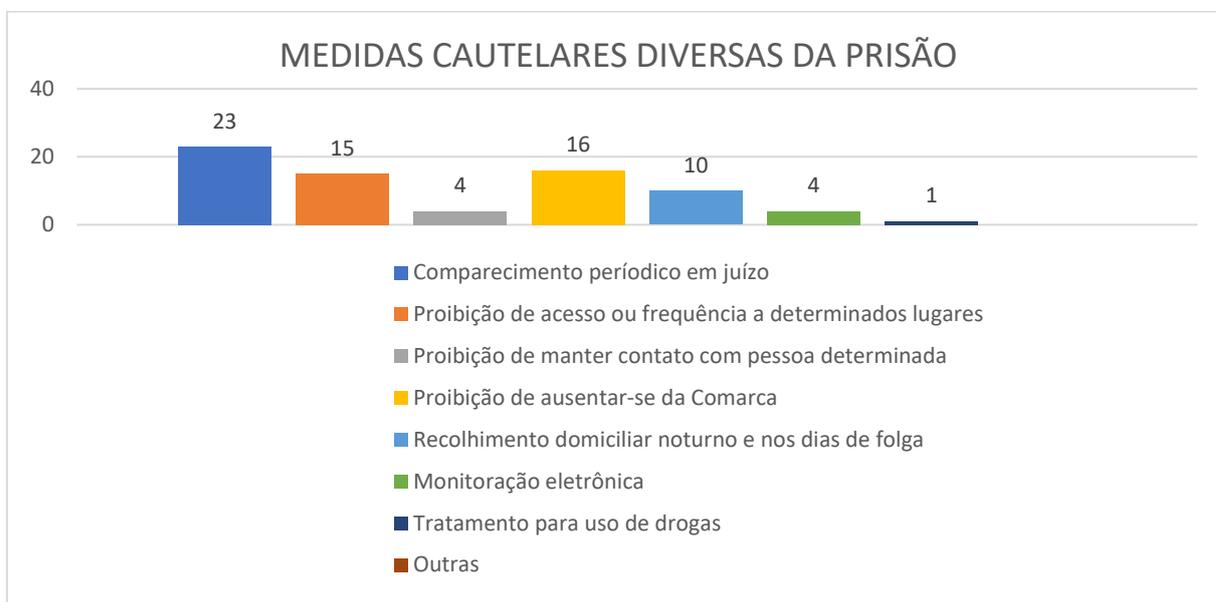
Em alguns casos, foi possível conversar com pessoas que haviam acabado de ser liberadas nas audiências de custódia e que contaram que não haviam relatado a agressão policial porque tinham sofrido 'o de sempre' e sabiam que não 'dava em nada' relatar. (CONNECTAS, 2017, p. 41)

Tal situação denuncia a “acomodação das instituições de justiça a uma inovação que poderia transformar o quadro de relações no controle externo da conduta policial. Mas parece que a oportunidade de ouro de aumentar a transparência e controle da ação policial está sendo desperdiçada.” (CONNECTAS, 2017, p.15). Essa indiferença aos relatos de tortura e violência faz com que, ao invés de se atingir o objetivo de averiguar e prevenir a ocorrência de tortura e maus tratos, haja sua banalização e descrença do preso de que a audiência represente meio idôneo e eficiente para a sua apuração.

7 LIBERDADE PROVISÓRIA

Houve concessão de liberdade provisória em 25 das 50 audiências registradas, estando, todas elas, condicionadas ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Dentre as medidas cautelares diversas da prisão, as que apareceram com maior frequência nas decisões de liberdade provisória condicionada foram as medidas de: comparecimento periódico em juízo, prevista no art. 319, I do Código de Processo Penal (23); proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, prevista no art. 319, II do Código de Processo Penal (15); proibição de manter contato com pessoa determinada, prevista no art. 319, III do Código de Processo Penal (4); proibição de ausentar-se da Comarca, prevista no art. 319, IV do Código de Processo Penal (16); recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, prevista no art. 319, V do Código de Processo Penal (10); monitoração eletrônica, prevista no art. 319, IX do Código de Processo Penal (4); e tratamento para uso de drogas, sem previsão legal (1).



Em duas destas decisões que concederam liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares alternativas, o pedido, tanto da defesa, quanto do Ministério Público, foi pelo relaxamento da prisão. Nestas decisões, o juiz reconheceu a ilegalidade da prisão e acolheu o parecer ministerial.

Constatada a ilegalidade das prisões que, destaque-se, haviam sido arguidas tanto pela defesa, como pelo Ministério Público, e reconhecidas pelo juízo, estas deveriam ter sido imediatamente relaxadas. No entanto, o magistrado, de ofício, após reconhecer a ilegalidade da prisão e acolher o parecer ministerial pelo seu relaxamento, concedeu liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão (!)

Quanto a este contrassenso (para dizer o mínimo!), em que pese o art. 311 do Código de Processo Penal preveja a possibilidade de, no curso da ação penal, o juiz decretar, sem requerimento do Ministério Público ou da Polícia, medidas cautelares pessoais, sendo vedada (segundo o referido diploma), tal imposição, apenas no curso da investigação, defende-se a inadmissibilidade da decretação de ofício de medidas cautelares pessoais (prisão ou alternativas) tanto no curso da ação penal, quanto da fase investigativa, por total ofensa aos postulados do sistema acusatório, único compatível com um Estado Democrático de Direito.

Como é cediço, o sistema acusatório impõe um papel bem definido da defesa, acusação e julgador, no qual este último deve assumir um papel de imparcialidade (que não se confunde com neutralidade, incompatível com a condição humana), atuando de forma supra partes. É inconcebível, portanto, que o mesmo órgão exerça, ao mesmo tempo, as funções persecutórias (de acusação) e jurisdicionais. Nas palavras do professor Rômulo de Andrade Moreira (2016, p. 20):

Dentro desta perspectiva, o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições e competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor exerça a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica.

Ainda nas palavras do ilustre professor (MOREIRA, 2016, p. 19):

Observa-se que as medidas cautelares só poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual; antes, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Ainda que tenha sido louvável essa limitação, parece-nos que no sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, ex officio, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.

Portanto, ao decretar, de ofício, medidas cautelares pessoais, o magistrado assume o papel de um juiz-inquisidor, fazendo vezes de acusação, papel, este, que não se coaduna com um sistema acusatório-democrático.

7.1 LIBERDADE PLENA

Não obstante a decisão tenha sido de concessão de liberdade provisória em 25 dos 50 casos registrados, em todos eles esta liberdade foi condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, não havendo uma única decisão, dentre as analisadas, de liberdade plena.

Também não houve nenhuma manifestação, por parte do Ministério Público, pela concessão de liberdade incondicionada, tendo-se registrado, em acompanhamento às audiências, um único pedido da defesa pela concessão de liberdade plena, com pedido subsidiário de liberdade condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas. Em relação a este pedido, apenas o pedido (subsidiário) de liberdade provisória condicionada à aplicação de cautelares diversas foi registrado no termo de audiência, não havendo qualquer menção ao pedido principal de liberdade incondicionada.

Uma das inovações mais relevantes implementadas pela Lei nº 12.403/2011 foi a adoção de um sistema polimorfo, rompendo com o sistema binário prisão ou liberdade até então vigente. Estabeleceu-se amplo regime à liberdade provisória:

[...] com diferentes níveis de vinculação ao processo, estabelecendo um escalonamento gradativo, em que no topo esteja a liberdade plena, e, gradativamente, vai-se descendo, criando restrições à liberdade do réu no curso do processo pela imposição de medidas cautelares diversas (LOPES JR., 2014, p. 176).

Em relação a essa inovação, registra Luiz Flávio Gomes (2011, p. 27):

O sistema processual penal brasileiro em matéria de prisão cautelar sempre se caracterizou pela bipolaridade (ou binariedade): prisão ou liberdade. Nosso sistema carecia de medidas intermediárias, que possibilitem ao juiz evitar o encarceramento desnecessário. Essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar. Muita gente está recolhida nos cárceres brasileiros desnecessariamente. O novo sistema (multicaustelar – CPP, art. 319) oferece ao juiz várias possibilidades de não encarceramento.

Apesar de serem medidas de menor gravidade, as medidas cautelares diversas representam constrição à liberdade, direito fundamental do indivíduo. Portanto, admitir-se a limitação da liberdade (mesmo que de forma menos gravosa do que por meio da prisão) sem a presença dos fundamentos cautelares representaria inadmissível antecipação de pena, ferindo a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal). Deste modo, qualquer medida cautelar, seja prisional ou diversa da prisão, somente poderá ser decretada se presentes os requisitos e fundamentos cautelares, conforme se depreende da leitura conjugada dos art. 312 e 282 do Código de Processo Penal (CHOUKR, 2018, p. 762). Ademais, consoante destaca Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 54) deve-se observar que:

A medida cautelar pessoal, no processo penal, afeta de forma direta a liberdade do cidadão, incidindo sobre uma garantia fundamental, trazendo consigo não apenas a supressão de um direito individual, mas também reflexos estigmatizadores e altamente prejudiciais [...] (grifos nossos)

Desta forma, poderá haver a concessão de liberdade plena ou, caso presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, a concessão de liberdade provisória condicionada à aplicação de medidas cautelares, cumuladas ou não, respeitando-se os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade (*stricto sensu*) e, em último caso, não sendo as medidas cautelares suficientes, haverá o cabimento da prisão preventiva.

Inobstante, o que se constatou durante a pesquisa foi a banalização da decretação de medidas cautelares diversas, que, muitas vezes, foram aplicadas sem indicação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* necessários. Conforme objetivo da Lei nº 12.430, de 2011, as medidas cautelares diversas deveriam representar medidas desencarceradoras, apresentando-se como alternativas à prisão cautelar, que deveria ser aplicada em caráter substitutivo, excepcionando-se a prisão aos casos em que se mostrariam insuficientes e inadequadas (prisão como *ultima ratio*). É o que se depreende da leitura do art. 282, §6º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Também é o que se depreende o art. 310, II do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e serevelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Quanto a estas previsões, Eugênio Pacelli e Domingos da Costa (2013, p. 43) concluem que:

[...] por força de clara- e reiteradamente expressa- opção legislativa, o juiz deve privilegiar as cautelares diversas da prisão, reservando essa última apenas para os casos em que os onerosos custos sociais decorrentes da privação da liberdade de alguém possam ser- a juízo provisório- superados pela necessidade de tutela das funções de investigação e do regular e efetivo exercício da jurisdição penal- ou da ordem pública [...] (grifos nossos)

No entanto, durante a realização da presente pesquisa, observou-se que as medidas cautelares diversas passaram a ser utilizadas como alternativas à liberdade plena, e não à prisão, visto que em todos (!) os casos em que houve a concessão de liberdade provisória, esta foi condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas.

Em relação às medidas cautelares, Fauzi Choukr (2018, p. 762) enfatiza que, em verdade, estas se apresentam, não como alternativas à prisão, mas, sim, como “precedentes” à prisão, uma vez que, presentes os fundamentos da prisão preventiva e, mostrando-se, as medidas cautelares diversas, adequadas às finalidades assecuratórias que o caso exige, devem ser aplicadas em detrimento da prisão, preservando-a como *ultima ratio* (ou *extrema ratio* da *ultima ratio*, que é o direito penal, como observa Luiz Flávio Gomes- 2011, p. 25-26).

Portanto, em decorrência da característica de subsidiariedade das prisões preventivas e do princípio da necessidade, a prisão preventiva só poderá ser decretada se não houver outra medida (aplicada de forma isolada ou cumulada) menos gravosa adequada ao caso. Malgrado, como bem fora observado por Aury Lopes Jr.:

As medidas cautelares diversas (art. 319) foram banalizadas e hoje são empregadas de forma indiscriminada e sem qualquer critério, menos ainda de uma séria análise da necessidade (*periculum libertatis*). (2014, p. 17)

[...]

O problema reside exatamente na banalização do controle de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passaram a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se buscava com a reforma era reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual. Mas infelizmente foi isso o que ocorreu. (2014, p. 147-148)

Assim, conforme será demonstrando, o que tem se verificado na prática é a banalização da constrição da liberdade do custodiado pela aplicação de medidas cautelares diversas, que são empregadas de forma indiscriminada.

7.2 LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA À APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

7.2.1 *Fumus Comissi Delicti*

Conforme exposto, as medidas cautelares diversas da prisão têm natureza cautelar pessoal e, por conseguinte, não podem ser determinadas sem a presença dos requisitos e fundamentos cautelares, quais sejam: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Fez-se necessária, portanto, uma análise das decisões das audiências de custódia que aplicaram medidas cautelares (tanto a prisional, quanto as diversas da prisão), em relação ao preenchimento destes requisitos,

Com relação ao requisito do *fumus comissi delicti* (fumaça da existência do delito), trata-se da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Não se refere, aqui, à realização de cognição exauriente ou um juízo de certeza, necessário à uma sentença condenatória. Também não se trata de um juízo de possibilidade. A simples possibilidade da prática de um delito (“quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes”- LOPES JR., 2014, p. 89) é insuficiente, sendo necessária a predominância das razões positivas e um elevado grau de credibilidade (“além da dúvida razoável”- GOMES, 2011, p. 34) das provas obtidas. Imprescindível, portanto, um juízo de probabilidade ou verossimilhança. Citando Winfried Hassemer (1995, p. 122): “*Se encuentra fuera de discusión que la sospecha del hecho como supuesto de la prisión preventiva debe ser ‘vehemente’*”.

Quanto a este juízo de probabilidade, Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 58) enfatiza que, numa interpretação estribada dos direitos fundamentais e do princípio da presunção de inocência, os elementos positivos não deveriam apenas preponderar aos negativos para a configuração do *fumus comissi delicti*, mas deveria haver um “triumfo absoluto dos elementos positivos sobre os negativos”, de modo que:

Para tanto, deveria o juiz, de forma racional, analisar todos os elementos do delito, desde a existência de uma ação ou conduta humana, passando pelo tipo penal, com todos os seus elementos normativos, subjetivos, objetivos, até alcançar o dolo, resultado, nexos causal e tipicidade. Posteriormente, caberia ao julgador vislumbrar a existência ou não de indícios justificadores ou exculpadores do delito, que afastariam a existência do *fumus comissi delicti*.

Via de consequência, a medida cautelar deve vir estribada por um conjunto razoável de provas, legalmente carreadas aos autos, que afastem qualquer indício razoável de inexistência de uma conduta humana dolosamente dirigida para um fim, típica, ilícita e culpável. (2013, p. 58)

Desta forma, para a aplicação de medidas cautelares (prisional ou alternativas), é necessário um juízo de probabilidade ou verossimilhança, ou seja, a verificação de sinais externos, com suporte fático real, de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável (LOPES JR., 2013, p. 87-92), de modo que, havendo indícios de que o agente praticou a conduta sob uma das hipóteses de exclusão da ilicitude (art. 23 do Código Penal), por exemplo, inexistente, portanto, o *fumus comissi delicti* necessário à decretação da medida cautelar.

Em vista disso, foi realizada uma análise quanto à referência ao preenchimento deste requisito pelas decisões que aplicaram medidas cautelares (tanto a prisional, como as diversas da prisão), tendo-se considerado como preenchido apenas em relação às decisões que fizeram alguma indicação concreta, nos autos, do suporte fático ou, minimamente, dos documentos que consubstanciaram esse juízo de probabilidade. Assim, a indicação meramente formal do auto de prisão em flagrante ou dos depoimentos e declarações colhidas, por exemplo, não foram consideradas.

Na referida análise, constatou-se que, das 25 decisões que aplicaram medidas cautelares diversas da prisão, apenas 2 (8%) indicaram a presença de “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

Perceba-se que, aqui, não se está sequer tratando do preenchimento deste requisito à aplicação da medida cautelar (diante da inviabilidade prática de sua análise, nesta pesquisa), mas da simples menção na fundamentação realizada pelo juízo ao decidir pela constrição da liberdade do custodiado através da imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

7.2.2 Periculum Libertatis

Em relação ao fundamento do *periculum libertatis*, cumpre informar que a análise quanto às situações que o constituem e à fundamentação concreta das decisões que o indicaram serão realizadas no item 8.2 deste trabalho, ao tratar das decisões que converteram a prisão em flagrante em preventiva. A observação que será realizada, no presente tópico, restringe-se à fundamentação das decisões de concessão de liberdade provisória condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, e à menção ou não da presença de alguma (ou algumas, se indicadas de maneira cumulada) situação que constitui o *periculum libertatis* nas decisões que aplicaram medidas cautelares diversas. Indicando, em caso positivo, o fundamento apresentado na decisão.

O *periculum libertatis* é o perigo decorrente do estado de liberdade do indivíduo e consubstancia-se nas situações elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, e assegurar a aplicação da lei penal (que serão individualmente analisadas no item 8.2. deste trabalho).

Conforme se depreende da leitura do art. 282, I do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em que pese o dispositivo transcrito não traga a previsão da garantia da ordem econômica, entende-se que esta também pode ser buscada através da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, incluídas no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/2011, como forma de efetivação do postulado de que a prisão deve ser a *ultima ratio*.

Consoante desenvolvido no item precedente, as medidas cautelares alternativas têm natureza cautelar pessoal, significando restrição à liberdade do indivíduo. A liberdade é a regra e a sua limitação ou supressão exceção, portanto, não podem ocorrer de forma indiscriminada, sendo indispensável, para tanto, a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*:

Antes das alterações determinadas pela Lei 12.403/2011, a necessidade de em toda medida cautelar haver o *periculum libertatis* não era expressa- a não ser na prisão preventiva e, de certa forma, na prisão temporária- embora já defluisse do próprio texto constitucional. Atualmente, porém, não resta mais dúvida: o art. 282, inc. I, do CPP, com sua nova redação, assevera que toda e qualquer medida cautelar somente será admitida se demonstrado o *periculum libertatis* [...] (MENDONÇA, 2011, p. 31)

Outro não é o entendimento de Aury Lopes Jr.:

A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.

Mas também terão cabimento nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos (situações em que o art. 313, I, veda a prisão preventiva), desde que existam *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. (2014, p. 145).

No presente momento, cabe a análise da menção ou não à presença do fundamento cautelar nas decisões de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Assim, conforme registrado, das 25 decisões de liberdade provisória condicionada à aplicação de medidas cautelares diversas, em 20 (80%) delas não houve menção à presença do *periculum libertatis* indispensável à imposição cautelar.

Nos 5 casos em que houve menção ao *periculum libertatis*, as medidas cautelares diversas foram aplicadas sob os seguintes fundamentos (cumulados ou não): 5 (100%) garantia da ordem pública; 5 (100%) garantia da instrução criminal; 4 (80%) para assegurar a aplicação da lei penal.



Houve, portanto, limitação ao direito fundamental de liberdade do indivíduo, sem a presença de qualquer fundamentação legal, imprescindível à esta constrição, em 20 das 25 decisões de liberdade condicionada. Desta forma, uma vez não justificada a cautelaridade destas medidas aplicadas, representam antecipação de pena, em total desrespeito ao princípio da presunção de inocência ínsito ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a motivação como garantia da jurisdição passou a ter status constitucional com a previsão do art. 93, IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo que estas decisões vilipendiam a garantia constitucional à fundamentação das decisões judiciais. Eis o teor:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]

Neste sentido, importante destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013):

Dessa forma, ainda que sejam medidas mais favoráveis ao acusado em relação à decretação da prisão, certo é que ainda assim representam um constrangimento à liberdade individual, razão pela qual necessária a devida fundamentação para a imposição de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, em fiel observância ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, as quais serão aplicadas observando-se, nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal, a "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" e a "adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado". (STJ - HC: 231817 SP 2012/0016201-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2013)

Malgrado seja fundamento para a imposição de qualquer medida cautelar pessoal a presença do *periculum libertatis*, constatou-se que 12 das 25 decisões de concessão de liberdade provisória com imposição de medidas cautelares diversas da prisão fundamentaram a aplicação destas medidas justamente no descabimento, no caso, da prisão preventiva, afastando o *periculum libertatis* (necessário também para a imposição das medidas cautelares alternativas). Em 6 destas 12 decisões que aplicaram medidas cautelares diversas da prisão, verificou-se a presença do seguinte trecho:

Nada sugere que a restituição do *status libertatis* resultará em risco para a ordem pública ou para o livre exercício de atividades econômicas. Não há que se falar em conveniência da instrução criminal, pois a fase judicial sequer foi iniciada, sem olvidar que o suporte fático e probatório não contém demonstração do desejo do autuado de se evadir do distrito da culpa, para frustrar a execução de eventual pena. Por fim, não se percebe quaisquer dos motivos autorizadores da prisão preventiva, tampouco a excepcionalidade da medida se justifica para os fins do art. 313, parágrafo único do CPP.

Destarte, em outras 6 decisões de liberdade provisória condicionada à imposição de medidas cautelares diversas da prisão, constatou-se a utilização do seguinte trecho na fundamentação:

[...] verifica-se a desnecessidade da segregação do autuado, não se encontrando presentes nas transcrições da peça inquisitória os requisitos restritivos presentes nos art. 282, 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal.

Ou seja, em 12 dessas 25 decisões que impuseram medidas cautelares diversas da prisão, a fundamentação quanto à necessidade dessas medidas foi desenvolvida negando-se a presença do fundamento necessário à sua imposição, o *periculum libertatis*. Além de não fundamentado, o *periculum libertatis* foi, justamente, rechaçado.

Não menos importante, em 4 das 5 decisões de concessão de liberdade provisória condicionada à aplicação de medidas cautelares alternativas que mencionaram a presença do *periculum libertatis*, este foi fundamentado de maneira formal e genérica, fazendo referência a todos os fundamentos previstos no art. 282, I do Código de Processo Penal. Em três destas decisões, observou-se a utilização do seguinte (mesmo) trecho, na fundamentação:

Impõe-se, todavia, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de resguardar-se a futura aplicação da lei penal, se for o caso, e de evitar a obstrução à instrução do processo judicial, garantindo-se a ordem pública, e adotando-se, dessa forma, as medidas mais razoáveis, levando-se em consideração a devida proporcionalidade entre o que o caso apresenta e a medida judicial decretada.

Uma fundamentação formal e genérica, que se preste a qualquer (nenhuma) situação não representa, em verdade, fundamentação alguma. Toda decisão judicial deve ser fundamentada, e esta fundamentação “implica análise fática e jurídica em relação ao caso posto em exame-, expressando garantia que se avulta à medida que os efeitos do ato decisório avançam na restrição a direitos individuais” (PACELLI; DA COSTA, 2013, p. 87). Deve haver, portanto, uma fundamentação individualizada e concreta, considerando o contexto e as circunstâncias fáticas para aplicação do direito, sob pena de nulidade absoluta, por ofensa à preceito constitucional e à garantia do devido processo legal (SCARANCE, 2002, p. 131).

“Os atos decisórios do juiz são manifestação do poder estatal, e todo exercício de poder requer limites”. (PACELLI; DA COSTA, 2013, p. 88-89). Portanto, quando há uma decisão judicial imotivada ou com motivação inidônea, esta representa abuso de poder. Sendo que uma das características fundamentais do Estado de Direito é justamente a contenção do poder (PACELLI; DA COSTA, 2013, p. 88-89)

7.2.3 Proporcionalidade

As medidas cautelares pessoais são, todas elas, em alguma medida, restritivas ou privativas de direito fundamental, a liberdade do indivíduo. Portanto, não podem ser aplicadas de forma indiscriminada. Há que se verificar se a medida aplicada é apta a alcançar o fim pretendido (*periculum libertatis*), se mostra-se idônea e implica no menor dano possível à garantia fundamental de liberdade do indivíduo, e se o valor resguardado pela medida apresenta-se em primazia em confronto ao direito que será restringido ou privado.

Estar-se a tratar, aqui, da restrição ou privação de garantia fundamental, em contraposição à efetividade do processo (garantia da instrução criminal ou assegurar possível condenação), ou a evitabilidade de reiteração criminosa (bem como à garantia da ordem econômica, apesar deste fundamento não estar expressamente previsto no art. 282, I do Código de Processo Penal, conforme anteriormente defendido). Deste modo, por implicar na restrição ou privação de garantia fundamental, deve apresentar como critério de interpretação o princípio da proporcionalidade:

A proporcionalidade é um critério de interpretação voltada para a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Por isso, cumpre a missão de *proibição do excesso*, limitando ou mesmo afastando a validade de intervenções mais graves e/ou onerosas que o devido a determinado caso concreto; e, de outro lado, a de garantir a *máxima efetividade* dos direitos instituídos em favor de seu titular. (PACELLI; DA COSTA, 2013, p. 31).

Neste sentido, destacam-se as precisas lições de Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 39):

Como já dito, no estudo e aplicação das medidas cautelares há uma tensão permanente entre os fins do processo penal. De um lado, o estabelecimento de garantias em prol do acusado, impondo restrições ao exercício do poder punitivo, mediante a construção de um modelo normativo que assegure o indivíduo, estabelecendo garantias contra o abuso por parte do Poder estatal. De outro, o interesse na efetividade do processo, na busca de valores também constitucionalmente estabelecidos. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade justamente deve ser visto como o “fiel da balança”, para auxiliar a interpretação ótima a se buscar no equilíbrio entre os bens jurídicos em jogo.

Conforme dispõe o art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O referido dispositivo traz a previsão de dois subprincípios do princípio da proporcionalidade (*lato sensu*), que deverão ser observados quando da imposição de medidas cautelares pessoais: a necessidade e a adequação. Em que pese a previsão limite-se a estes dois critérios (subprincípios), o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios, que devem ser observados quando da restrição à garantias fundamentais: necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*. (GOMES; MARQUES, 2011, p. 44; LOPES JR., 2013, p. 45-48; MENDONÇA, 2011, p. 40; SCARANCE, 2002, p. 54). Conforme explica Scarance Fernandes (2003, p. 53-54):

Consolidou-se no processo de elaboração e conceituação do princípio a idéia de que o exercício do poder é limitado, só sendo justificadas restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido. Os estudos desenvolvidos indicaram, então, serem três os requisitos intrínsecos que justificam e autorizam uma restrição aos direitos individuais: a sua necessidade, a sua adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto. Além dos interesses intrínsecos, são exigidos os requisitos extrínsecos da judicialidade e da motivação, ou seja, a necessidade de que as medidas restritivas sejam impostas por juiz e mediante decisão motivada.

Deste modo, além de preencher o requisito do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria) e apresentar o fundamento do *periculum libertatis*, a imposição de medidas cautelares pessoais requer uma análise quanto a adequação, necessidade e proporcionalidade (*stricto sensu*). Esta análise deve orientar-se em ordem predeterminada, conforme será observado a seguir.

Inicialmente, o juízo a ser realizado deve ser de adequação, de modo a se verificar se o meio a ser empregado (medidas cautelares pessoais) é idôneo para alcançar o fim pretendido (uma das finalidades previstas no art. 282, I do Código de processo Penal). “Em outras palavras, deve haver uma *adequação* entre os meios e os fins perseguidos, pois se a limitação do direito fundamental não for *idônea* para a consecução da finalidade perseguida, carecendo de aptidão para alcança-la, a medida será inconstitucional” (GOMES FILHO; 2011, p. 26). Esta análise deve ser realizada de forma concreta, levando em consideração as balizas insculpidas no art. 282, II do Código de Processo Penal: gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Em decorrência do subprincípio da adequação tem-se a possibilidade de cumulação das medidas cautelares pessoais (art. 282, §1º do Código de Processo Penal). “É a concreção do princípio da adequação, permitindo que o magistrado escolha, dentro do amplo leque de medidas do art. 319, não apenas uma, mas quantas entender necessárias para neutralizar o risco indicado no art. 282, inc. I.” (MENDONÇA, 2011, p. 44). Portanto, para que o meio utilizado seja idôneo a alcançar o fim pretendido, as medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, devendo, para tanto, gerar o menor dano possível à garantia fundamental do indivíduo, o que contempla (também) a observância de que a prisão deve ser a *ultima ratio*.

Desta forma, uma vez verificada a adequação, passa-se à análise do segundo subprincípio: a necessidade. Não basta que a medida seja idônea a alcançar o fim pretendido, mas também necessária, devendo ser, dentre as medidas potencialmente aptas a alcançar o fim pretendido, a que represente menor dano à liberdade do indivíduo.

Por fim, constatada a idoneidade da medida para alcançar o fim pretendido (adequação) e a medida (cumulada ou não) que, entre as aptas a alcançar o fim pretendido, cause menos dano à liberdade do indivíduo (necessidade), deve-se analisar o terceiro subprincípio: a proporcionalidade (*stricto sensu*). Neste momento, o juiz deve ponderar se o fim pretendido com a imposição de tais medidas se sobrepõe ao sacrifício que está a se impor à liberdade do indivíduo. “Assim, o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado pondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido” (SCARANCE, 2002, p. 55).

Apesar de não estar expressamente previsto no art. 282 (que fala apenas da proporcionalidade-adequação e da proporcionalidade-necessidade), trata-se de análise imprescindível em um Estado Democrático de Direito, no qual deve vigorar a presunção de inocência e a garantia dos direitos fundamentais. Ademais, como bem ressalta Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 54):

Embora a legislação não faça menção expressa ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é estabelecido implicitamente, em decorrência do próprio princípio constitucional da proporcionalidade, bem como de diversos dispositivos esparsos do próprio CPP. Realmente, ao longo do CPP há diversos artigos que concretizam a referida disposição. Assim, por exemplo, quando se veda a aplicação de medidas cautelares quando não houver cominação de pena privativa de liberdade (art. 283, §1º) ou quando se determina que a prisão preventiva não poderá, em princípio ser decretada

em caso de crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos (art. 313, inc. I), pois nestes casos haverá, em geral, aplicação de pena restritiva de direitos.

Portanto, essa dimensão da proporcionalidade também está contida na previsão do art. 283, §1º, do Código de Processo Penal, que veda a aplicação de medidas cautelares pessoais à infração a qual não seja cominada pena privativa de liberdade. Se trata da vedação de que a medida aplicada represente maior violência à pena que possa vir a ser aplicada em caso de futura condenação. “Se isto ocorresse, estar-se-ia renegando o caráter instrumental das providências cautelares para transformá-las em verdadeiras medidas autônomas, transmudando-as para um fim repressivo próprio” (MENDONÇA, 2011, p. 53).

Como bem assinalam Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa (2013, p. 35):

[...] as cautelares são *instrumentos do instrumento*, ou seja, servem essencialmente aos fins da persecução ao assegurar o bom andamento da investigação ou do processo ou, ainda, a utilidade do provimento jurisdicional final. Excepcionalmente, podem também se destinar à proteção contra a reiteração criminosa (*função extraprocessual* ou *investigatória*). Por isso, e, como regra, não podem ostentar maior gravidade que a sanção que eventualmente advenha como pena, com a condenação.

Deste modo, a reforma realizada pela Lei 12.403/2011 trouxe, de forma expressa, o princípio da proporcionalidade ao sistema, tendo, em contrapartida, reforçado ideias “anti-instrumentais” da prisão, na medida em que prevê a prisão para evitar reiteração delitiva (pela garantia da ordem pública) e a consideração de questões pessoais do acusado (direito penal do autor), conforme será analisado neste trabalho (WEDY, 2013, p. 76).

Portanto, todas as vezes que um juiz impuser uma medida cautelar pessoal, deve observar não apenas os parâmetros expressamente previstos no art. 282 do Código de Processo Penal, senão os seguintes:

(a) a instrumentalidade das medidas cautelares; (b) o seu requisito essencial (*fumus comissi delicti*); (c) o seu fundamento imprescindível (*periculum libertatis*); (d) o princípio da presunção de inocência; (e) o princípio da liberdade; (f) a regra da excepcionalidade das medidas cautelares; (g) o princípio da legalidade da medida; (h) a justificação teleológica da medida; (i) a autorização ou convalidação judicial; (j) a sua motivação; (k) a idoneidade (ou adequação) da medida; (l) a necessidade da medida (intervenção mínima); (m) a proporcionalidade em sentido estrito (ponderabilidade dos bens envolvidos, relação do custo-benefício etc.) e (n) o princípio da homogeneidade das medidas cautelares. (GOMES; 2011, p. 45)

No entanto, o que se verificou, na análise das decisões que decretaram medidas cautelares diversas da prisão foi a ausência desses parâmetros, com decisões que não apresentaram o *fumus comissi delicti* e/ou o *periculum libertatis*, ou, quando apresentados, muitas vezes de forma genérica (com trechos padrões), sem uma fundamentação concreta. Observou-se, ainda, a imposição de medidas cautelares sem a instrumentalidade necessária, representando antecipação de pena, em flagrante desrespeito à presunção de inocência.

8 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA

Houve a conversão da prisão em flagrante em preventiva em 20, das 50 audiências de custódia registradas. Este dado mostra a importância da apresentação imediata do preso ao juiz como forma de reduzir o ingresso de agentes sem condenação definitiva no sistema carcerário, sendo cediço que, sem essa apresentação pessoal, apenas com o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente (art. 306,§1º do Código de Processo Penal), o número de presos cautelares seria ainda mais expressivo.

Não obstante, faz-se necessária uma análise mais detalhada, levando-se em consideração a fundamentação legal e a fundamentação concreta destas decisões.

8.1 FUMUS COMISSI DELICTI

Conforme tratado anteriormente, quando da análise das decisões que decretaram medidas cautelares alternativas, toda medida cautelar pessoal restringe ou priva o indivíduo da sua liberdade. Portanto, por representar privação ou restrição a uma garantia fundamental, não pode ocorrer de forma indiscriminada, devendo, para tanto, verificar-se o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* indispensáveis à sua decretação.

Assim como foi feito quando da análise das decisões que decretaram medidas cautelares alternativas, para a aferição do preenchimento do requisito do *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) nas decisões que decretaram prisões preventivas, levou-se em consideração apenas as decisões que fizeram alguma indicação concreta, nos autos, do suporte fático ou, minimamente, dos documentos que consubstanciaram esse juízo de probabilidade. A indicação meramente formal do auto de prisão em flagrante ou dos depoimentos e declarações colhidas, por exemplo, não foram consideradas.

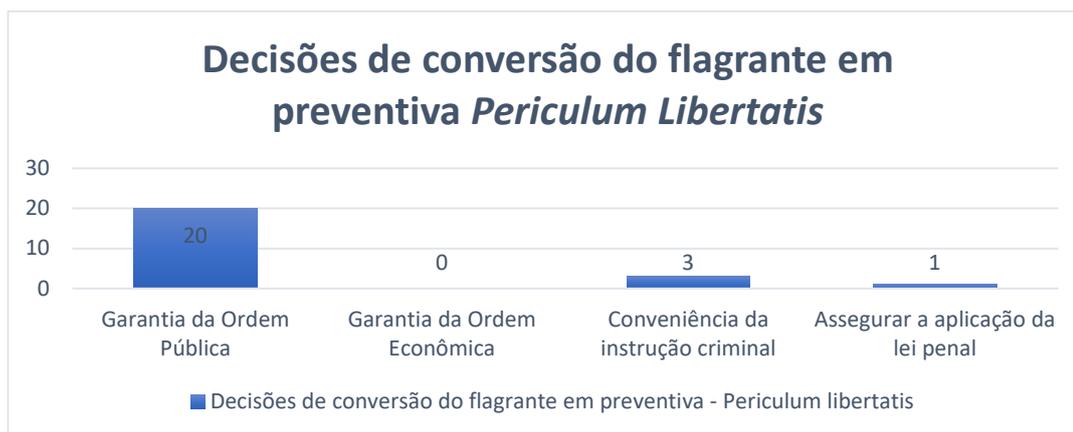
Constatou-se, portanto, que em 12 (60%) das 20 decisões que converteram a prisão em flagrante em preventiva, não houve a indicação do *fumus comissi delicti* indispensável à decretação da prisão cautelar.³



8.2 PERICULUM LIBERTATIS

Das 20 decisões de decretação de prisão preventiva, todas(!) apresentaram como fundamento a garantia da ordem pública, cumuladas ou não com outros fundamentos. Da análise dos fundamentos utilizados para justificar o *periculum libertatis*, verificou-se que: em 16 decisões (80%) o fundamento foi exclusivamente a garantia da ordem pública; em 3 (15%) o fundamento foi a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal; e em 1 (5%) o fundamento foi a garantia da ordem pública para assegurar a aplicação da lei penal.

³ Assim como foi feito quando da análise das decisões que decretaram medidas cautelares diversas da prisão, aqui sequer se está tratando do preenchimento deste requisito à aplicação da medida cautelar (diante da inviabilidade prática de sua análise, nesta pesquisa), mas da simples menção na fundamentação realizada pelo juízo ao decidir pela constrição da liberdade do custodiado através da imposição de medidas cautelares prisionais.



8.2.1 Instrumentalidade das Medidas Cautelares

Conforme estabelece o art. 312 do Código de Processo Penal, são fundamentos para a decretação da prisão preventiva: a) a garantia da ordem pública; b) a garantia da ordem econômica; c) para assegurar a aplicação da lei penal; d) e a conveniência da instrução criminal. Estas são as situações que constituem o *periculum libertatis* indispensável à prisão cautelar.

Diferentemente da prisão pena, a prisão preventiva tem por finalidade servir de instrumento ao instrumento, que é o próprio processo penal⁴, assegurando o seu regular desenvolvimento e resultado, ante ao risco representado pela liberdade do investigado ou processado (que deve ser devidamente motivado e concretamente justificado). Neste sentido, destaca-se o que diz Sacarance Fernandes (2002, p. 297):

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que prejudiquem ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esses perigos. São providências urgentes com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.

Também é o que observa Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 23):

⁴ Ao tratar sobre o caráter instrumental do processo penal, Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 49) ressalta que: “Assim, o processo deve prevenir e evitar os abusos estatais, os vilipêndios à cidadania, as agressões às garantias fundamentais, a produção desenfreada, por exemplo, de penas antecipadas pela adoção de medidas cautelares pessoais.”

Como é sabido, o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente, ao procedimento. Durante a tramitação procedimental é intuitivo que haverá um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do processo, seja destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar delitos.

Justamente consciente desse risco é que o legislador processual estabelece medidas que sejam aptas a evitar que o processo, quando chegue ao seu fim, seja inútil.

Destaca-se, portanto, a instrumentalidade ínsita à prisão preventiva e a qualquer outra medida cautelar pessoal, na medida em que serve para assegurar o funcionamento da justiça, resguardando o regular desenvolvimento do processo ou investigação (conveniência da instrução criminal) e a eficácia de eventual sentença condenatória (pela aplicação da lei penal).

Portanto, a prisão preventiva tem natureza totalmente distinta da prisão-pena. Esta primeira só é legítima e constitucional quando tem caráter instrumental, assegurando o processo de conhecimento ou de execução:

Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: possibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los fundamentos de la detención basados en la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, y sólo éstos. Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico. (HASSEMER, 1995, p. 119)

Deste modo, qualquer finalidade atribuída à prisão processual que não a de assegurar o regular desenvolvimento do processo representa antecipação de pena, inadmissível em um Estado Democrático de Direito pautado na presunção de inocência (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”- BRASIL, 1988). Nas categóricas palavras de Winfried Hassemer: “*La prisión preventiva es privación de libertad frente a un inocente*” (1995, p. 117), de modo que, somente atendendo a esse caráter instrumental, como “*condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico*” (1995, p. 116), pode ser qualificada como um “sacrifício especial”.

8.2.2 Prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva com base na garantia da instrução criminal tem por fundamento a proteção das fontes de prova de modo que, agindo, o investigado ou réu (direta ou indiretamente), de modo a obstaculizar a instrução do processo ou a investigação, caberá a prisão preventiva com base neste fundamento. Assim, agindo, o investigado ou réu, mesmo que por intermédio de terceiro, de modo a intimidar ou subornar testemunhas ou peritos, bem como destruindo ou alterando provas e documentos, por exemplo, será cabível esta prisão processual (respeitando-se o caráter subsidiário da prisão em relação às medidas cautelares alternativas).

Por ter a finalidade de resguardar a instrução processual (e o próprio processo, portanto), este fundamento apresenta natureza propriamente cautelar, de maneira que, constatada a sua necessidade diante de elementos concretos (e não mera presunção), não havendo medida alternativa idônea a alcançar sua finalidade (prisão como *ultima ratio*), e apresentando a proporcionalidade necessária, a prisão preventiva sob este fundamento configura-se constitucional e legítima.

Importante, no entanto, atentar-se para a opção legislativa pelo uso da expressão “conveniência” da instrução criminal. Com a máxima vênia, infeliz escolha do legislador estabelecer como fundamento à decretação de prisão processual a sua “conveniência”. Como bem observa Hassemer (1995, p. 121):

Ciertamente, la pena privativa de libertad tiene otros presupuestos y otras funciones que la prisión preventiva. Pero también es cierto que la pérdida de la libertad significa para el afectado la máxima injerencia en sus derechos que el sistema penal puede imponerle, y que las diferentes funciones de la prisión en nada alteran la intensidad de esa injerencia.

Portanto, impor ao investigado ou réu “a máxima interferência em seus direitos que o direito penal pode impor” diante de um conceito tão aberto e indeterminado como a “conveniência” é completamente inadmissível dentro de um sistema penal que traz como fundamentos para a prisão processual a necessidade, a adequação e a proporcionalidade (*stricto sensu*).

Neste sentido, destaca-se a posição de Renato Brasileiro (2012, p. 272):

Apesar de o legislador usar a expressão *conveniência da instrução criminal*, a medida cautelar não pode ser decretada com base em *mera conveniência*. Sua decretação está condicionada, sim, à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal.

Neste mesmo sentido, posicionam-se Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa (2013, p. 104):

[...] a palavra *conveniência* não transmite real limitação que se impõe à decretação da prisão preventiva. Como se infere do disposto no art. 282, I, CPP, o manejo de toda e qualquer cautelar- mas, especialmente, da preventiva- requer juízo de *necessidade*, que se faça demonstrada na exposição dos motivos determinantes à aplicação da(s) medida(s). A observação se faz relevante uma vez que, nesse âmbito, não há margens à discricionariedade. (grifos nossos)

Não diverso é o entendimento de Aury Lopes Jr. (2014, p. 94):

[...] *conveniência* é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado. (grifos nossos)

Feita essa observação, importante fazer uma ressalva quanto ao que se entende por obstrução da persecução criminal (investigação ou instrução processual). Estar-se a tratar, aqui, da conduta comissiva do réu ou investigado que age de modo a suprimir ou alterar provas do processo (ou da investigação). Não se relaciona, portanto, com o direito ao silêncio do réu. Por conseguinte, a ausência do réu em interrogatório, por exemplo, não pode servir de fundamento para a prisão cautelar, pois em nada diz respeito à obstrução da justiça, mas, sim, ao seu direito de permanecer em silêncio e ao seu direito de defesa (autodefesa). “o interrogatório é um direito de defesa e não serve para a acusação. Não serve para adquirir provas de culpabilidade.” (LOPES JR., 2014, p. 119). Entendimento em sentido diverso seria atentatório ao sistema acusatório, coadunado com um sistema inquisitivo, que vê o réu/investigado como objeto de prova.

Nas precisas palavras de Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 277):

Se atualmente se entende que o interrogatório é meio de defesa (autodefesa), não se pode admitir que venha a ser detido para o exercício de um direito. Ocorreria, mais uma vez, a inversão dos direitos fundamentais, visto que estariam utilizando as garantias do acusado em seu detrimento, invertendo a própria lógica do sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Outrossim, em decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, não pode, a prisão processual, ser decretada sob a justificativa de que o réu/investigado não está colaborando com a persecução ou elucidação dos fatos, pois, como é cediço, o réu não pode obstruir a investigação ou instrução, mas isto não implica em uma obrigação de colaboração com a persecução criminal. Muito pelo contrário, tem o direito de não constituir prova contra si mesmo. Portanto, uma prisão preventiva sob este argumento “Seria o mesmo que decretar a prisão pelo exercício legítimo de um

direito constitucional, o que não se pode admitir, sob pena de desvirtuar a própria finalidade da garantia” (MENDONÇA, 2011, p. 277).

Feitas estas observações, parte-se para a análise das decisões de decretação da prisão processual pelo fundamento da conveniência da instrução criminal. Das 20 decisões que decretaram prisão preventiva, em 3 delas tal constrição foi fundamentada pela conveniência da instrução criminal, sob as justificativas que serão, aqui, transcritas e analisadas.

Em uma decisão, constatou-se a seguinte justificativa para a decretação da prisão preventiva sob este fundamento:

[...] é certo que a liberdade do investigado colocaria em risco a instrução criminal, na medida em que algumas vítimas sentir-se-iam temerosas em prestar depoimento em Juízo, sobretudo por se tratar de roubo a veículo de transporte de passageiros, em que a vulnerabilidade do motorista, por exemplo, se mostraria evidente, por circular, diariamente, no mesmo local, sendo a rota conhecida pelo agente.

No caso, trata-se de delito de natureza grave, mostrando-se necessária a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. (grifos nossos)

Na referida decisão, o magistrado fundamentou a prisão processual do custodiado sem nenhum elemento concreto que justificasse a necessidade de imposição desta medida. O simples argumento de que uma das vítimas é motorista de transporte público que passa pela mesma rota e que, portanto, é vulnerável, constitui mera suposição, não havendo a indicação de qualquer elemento concreto para tanto. No entanto, foi aplicada a medida extrema de prisão do custodiado diante de mera suposição (ou mesmo conveniência).

Outra decisão apresentou fundamentação genérica, encontrada em diversas decisões que decretaram prisão preventiva, destacando uma suposta “personalidade desviada” do custodiado, que “faz do ilícito meio de vida”, apresenta “temibilidade social e ausência de qualquer freio inibitório”, além de “descompromisso com as ações das autoridades constituídas”. Outrossim, esta mesma decisão fundamentou a prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal sob a justificativa de que o custodiado responde a duas ações penais nas quais “não é encontrado para ser citado.”

Conforme exposto, a prisão preventiva com base na “conveniência da instrução criminal” tem cabimento diante de conduta comissiva do réu ou investigado que age de modo a suprimir ou alterar provas do processo, obstaculizando a instrução criminal ou a investigação. Definitivamente, não é por meio da imposição de prisão

processual que se vai assegurar a citação ou intimação do réu em processo criminal. Para isso, o Código de Processo Penal traz previsões específicas (art. 351 a 372 do Código de Processo Penal), sendo completamente descabida a prisão preventiva para este propósito.

A terceira decisão que decretou prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal apresentou justificativa legalmente prevista para a imposição da prisão processual, o descumprimento de outra medida cautelar (prisão preventiva), entretanto, o fundamento para a decretação da prisão, neste caso, não deveria ser a que foi utilizada pelo magistrado, pois não se trata de conveniência à instrução criminal, no caso, mas, sim, da aplicação do fundamento previsto no parágrafo único do art. 312 c/c o art. 282, §4 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Vide ADIN nº 5.526)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Vide ADIN nº 5.526)

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Portanto, em que pese o fundamento da conveniência da instrução criminal tenha sido utilizado em 3 decisões, das 20 que decretaram prisão preventiva, verificou-se que, em verdade, em nenhuma delas houve a demonstração de situação ensejadora da constrição cautelar sob este fundamento, havendo, talvez, mera “conveniência” na sua aplicação.

Por fim, cumpre destacar entendimento de Aury Lopes Jr. (2014, p. 120-121), que ressalta que existem outros instrumentos muito menos onerosos aptos a atingir os mesmos fins que a prisão preventiva:

Ora, não se justifica prender para colher a prova, senão que deve lançar-se mão de medidas de produção antecipada de provas e não da prisão preventiva.

[...]

Ainda, no que se refere ao risco para testemunhas e vítimas, uma boa alternativa é o disposto nos incisos II, III e V do art. 319 do CPP, a saber, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada e o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

Além disso, o monitoramento eletrônico (art. 319, IX) também resolveria o problema com um custo (social e econômico) infinitamente menor.

Portanto, no que tange a tutela da prova, em que pese se trate de uma medida, de fato, cautelar, apresentando, portanto, a instrumentalidade necessária, deve-se observar que, existindo instrumentos alternativos aptos a permitir sua coleta de forma segura, representando um custo infinitamente menor do que a prisão (tanto social, como para o imputado) (LOPES JR., 2014, p. 120-121), devem ser utilizados estes instrumentos, e não a prisão.

8.2.3 Prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal

A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal deve ser decretada diante do risco (concretamente verificado) de fuga do investigado ou réu do distrito da culpa, para assegurar uma possível condenação. Tal risco não deve ser presumido, em decorrência do princípio da presunção de inocência, mas, sim, incontestavelmente verificado através elementos concretos que levam à conclusão de que o investigado ou custodiado planeja evadir-se, pelo risco de ser, eventualmente, submetido à uma pena.

Cabendo destacar, ainda, o quanto observado por Renato Brasileiro (2012, p. 266):

Além disso, diante da regra probatória que deriva do princípio de não culpabilidade, não é do réu o ônus de assegurar que não pretende fugir, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários – e não de vagas suposições – haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual.

Por ter a finalidade de assegurar a execução da pena, em face a eventual condenação criminal, esta prisão apresenta natureza cautelar, sendo, portanto, legítima e constitucional, quando embasada em elementos concretos que demonstrem, de maneira incontestável, o risco de fuga do investigado ou réu. Como bem observa Winfried Hassemer (1995, p. 115):

[...]el procedimiento penal debe asegurar las consecuencias jurídicas que produce (no puede quedar sujeto a la voluntad del condenado el sustraerse prematuramente a la consecuencia penal).

La ejecución de un procedimiento en presencia y el aseguramiento de la consecuencia penal pueden fundamentar necesariamente una detención por fuga o peligro de fuga.

Da análise das decisões que decretaram prisão preventiva, constatou-se que apenas uma apresentou como fundamento a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Nesta decisão, além de constatar-se a presença do mesmo trecho genérico anteriormente comentado para fundamentar a prisão cautelar, indicando uma suposta “personalidade desviada” do custodiado, “com ausência de qualquer freio inibitório” etc., verifica-se que a justificativa para a prisão processual sob tal fundamentado consubstancia-se na existência de mandado de prisão preventiva em aberto contra o custodiado. No entanto, a justificativa limita-se a esta informação, não indicando qualquer elemento concreto que leve à conclusão de que tal situação se deve a uma conduta do custodiado, demonstrando, portanto, a indispensável atuação do custodiado de evadir-se da prisão (pena), mas apenas indica que há mandado de prisão cautelar em aberto contra o custodiado. “Qualquer que seja a situação, é imperativo que existam elementos concretos para justificar uma decisão de qualidade, um primor, de singular e extraordinária fundamentação” (LOPES JR., 2014, p. 123).

Por fim, no que se refere à prisão preventiva para aplicação da lei penal, cumpre destacar, também, o entendimento de Aury Lopes Jr. (2014, p. 124), no sentido de que, apesar de apresentar natureza cautelar, deve-se verificar a real necessidade de sua decretação, visto que:

[...] medidas cautelares diversas, aplicadas de forma isolada ou cumulativa, conforme a situação exija, podem muito bem atingir o mesmo escopo sem o imenso custo social e individual de uma prisão preventiva.

Na mesma linha, o uso de medidas assecuratórias, que engessam o patrimônio do imputado, muitas vezes com bloqueio de contas e aplicações, inviabiliza qualquer possibilidade de fuga, ainda mais quando essas medidas vão combinadas com aquelas enumeradas no parágrafo anterior.

Portanto, em decorrência do caráter subsidiário da prisão, havendo outras medidas cautelares adequadas à assegurar a instrumentalidade buscada, através de sua aplicação, estas devem ser precedentes à prisão processual, preservando-a como *ultima* e *extrema ratio*.

8.2.4 Prisão preventiva pela garantia da ordem pública

Por se tratar de conceito juridicamente indeterminado, difícil a tarefa de tentar conceituar o que vem a ser a garantia da ordem pública, apresentando-se como um conceito incompatível com os princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica. Não por acaso, sua origem remonta ao nazismo alemão, representando uma “autorização geral e aberta para prender” (LOPES JR., 2014, p. 109):

E a defesa social, fundamento da regulamentação nazista da prisão preventiva para garantia da ordem pública, estava alicerçada na crença da subordinação do interesse individual em face do interesse da “comunidade do povo ou de raiz”, em um movimento radicalmente coletivista que cassou a condição de sujeito de direitos para ajustar a situação individual e a pessoa jurídica pessoal sempre em relação aos propósitos ditados pela ordem pública. O indivíduo contava por sua “posição na comunidade”, de que o Direito era o ordenamento concreto, independentemente das regras legais, e era também o seu sentido.

O crime era percebido como ato deliberado de rompimento do criminoso com a “comunidade”, independentemente de qualquer prévia definição legal da conduta, tornando-se o agente “inimigo”. O “inimigo”, pois, era alguém que deveria ser tratado como tal, limitado em sua própria existência.

O processo penal ajustou-se à nova orientação e deixou de ser o procedimento de apuração do fato e determinação da responsabilidade para converter-se em instrumento de verificação da pena.

A pressão sobre os juízes, partindo da base e do cume da sociedade nazista, que compartilhavam a noção de “comunidade de raça”, a ser definida de todas as maneiras, particularmente contra os atos criminosos que configuravam atentados à comunidade, possibilitou que os magistrados se desvinculassem das “competências de referências formais”, tais como a presunção de inocência e o princípio da reserva legal, para fazer valer a “materialização de sua prática jurisdicional” como técnica de defesa social.

Em âmbito processual isso desembocou na prisão para garantia da ordem pública. (PRADO, 2011, p. 141-142)

A garantia da ordem pública é conceito submetido a amplo subjetivismo, tanto do magistrado, diante do caso concreto, como midiático (opinião publicada). Não havendo parâmetros judiciais do que venha a ser garantia da ordem pública, tal conceito fica submetido ao total arbítrio do julgador, que tem uma verdadeira “carta branca” para suprimir e atingir garantias fundamentais do indivíduo, a liberdade e a dignidade. “Presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...] é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que dizer.” (LOPES JR., 2014, p. 93).

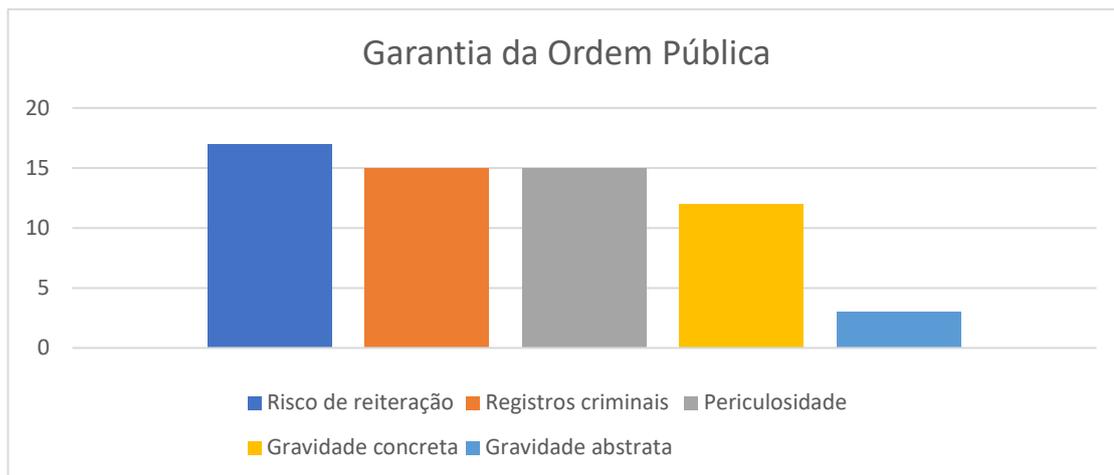
Amplia a atuação do magistrado, dando-lhe um poder geral de cautela incompatível com o processo penal, no qual forma é garantia e no qual vigora a taxatividade em relação a qualquer supressão de garantias fundamentais.

Outrossim, refere-se a fundamento sem qualquer finalidade cautelar, visto que não tutela a persecução criminal, nem a execução de eventual condenação. Inexiste, portanto, a instrumentalidade legitimante da prisão cautelar. Malgrado, apresenta funções exclusivas de uma pena condenatória, de prevenção geral, prevenção especial e retribuição, incompatíveis com as finalidades cautelares. Apresenta-se portanto, como verdadeira pena antecipada, em detrimento de um sujeito que é presumidamente inocente. Nas precisas palavras de Geraldo Prado (2012, p. 142-143):

A inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela *não é*: de não se tratar de medida cautelar. Essa prisão é inconstitucional também pelo que *ela é*: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo- se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída- valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.

Feitas essas necessárias observações, passa-se à análise das decisões que decretaram prisão preventiva com base na garantia da ordem pública e dos argumentos utilizados pelos magistrados para sua decretação.

Das 20 decisões que decretaram a prisão preventiva do custodiado, todas fundamentaram sua necessidade com base na garantia da ordem pública (de forma cumulada ou não). Dentre as justificativas apontadas (apresentadas de forma cumulada ou não), destacam-se as seguintes: 85% (17) justificaram no risco de reiteração delitiva; 75% (15) na existência de registro criminais anteriores; 75% (15) na periculosidade do agente; 60% (12) na gravidade concreta do delito; 3 na gravidade abstrata do delito.



Quanto à justificativa de risco de reiteração delitiva, tal fundamento não apresenta a instrumentalidade necessária à imposição de medidas cautelares, apresentando finalidades exclusivas de pena. Sob esse fundamento, estar-se a buscar, através de uma medida cautelar, especialmente a função de prevenção especial negativa da pena, pois justifica a necessidade da segregação cautelar pelo risco de que o agente volte a delinquir. Assim, a pena visa neutralizar este perigo de reiteração, criando obstáculo à prática de novos delitos, através da segregação do indivíduo. Sobre a prevenção especial negativa, destacam-se as seguintes lições de Zaffaroni (2011, p. 127-128):

1. Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de *um mal para a pessoa*, que ao mesmo tempo é um *bem para o corpo social*.

[...]

Como no discurso anterior- do qual é complemento originário- o importante é o *corpo social*, ou seja, o correspondente a uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas. A característica do poder punitivo dentro desta corrente é sua redução à coerção direta administrativa: *não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual*. (grifos nossos)

Não obstante, a prisão cautelar sob essa justificativa também pode buscar as funções de prevenção especial positiva e prevenção geral (positiva e negativa). Quanto à primeira, que busca justificar a prisão (pena), atribuindo-lhe a finalidade de melhoria do indivíduo a ela submetido (pela reeducação, ressocialização ou reinserção), não é fim que deva ser buscado por uma prisão processual, que só é

legítima e constitucional se instrumental, visando resguardar o próprio processo ou a investigação.

Entretanto, imperioso pontuar que é insustentável, também, tal justificativa para legitimar a própria prisão pena, ainda que imposta após o trânsito em julgado de sentença condenatória, marco legal para que cesse a presunção de inocência (embora tal entendimento tenha sido recentemente reformado pelo STF)⁵. Em nada as instituições prisionais melhoram ou ressocializam o indivíduo. Muito pelo contrário “sequestram-no” do convívio social, tirando sua liberdade, dignidade e personalidade. Como bem argumenta o mestre Zaffaroni (2011, p. 126):

Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.

No que tange a função de prevenção geral negativa- “dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados à fazê-lo” (ZAFFARONI, 2011, p. 117)- e positiva- “como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, *reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)*” (ZAFFARONI, 2011, p. 121), tais funções também são exclusivas da prisão pena, não podendo ser buscadas por uma prisão processual que, repita-se, visa assegurar o procedimento.

Portanto, a prisão processual apenas pode ser decretada com fundamento em um fim cautelar, não se confundindo com uma prisão penal, que só pode ser decretada após a cessação da presunção de inocência do sujeito, que só ocorre após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Nas palavras de Winfried Hassemer (1995, p. 118-119):

De ello se sigue necesariamente que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de esse derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de um peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona com respecto a la cual el derecho penal se há asegurado de su culpabilidad em forma conforme al ordenamento. Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución.

⁵Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Outrossim, a prisão cautelar do investigado ou réu sob o argumento de risco de reiteração delitiva fere duplamente o princípio da presunção de inocência, convertendo-se em uma verdadeira presunção de culpabilidade, incompatível com um Estado Democrático de Direito, pois parte do pressuposto de que o indivíduo investigado ou processado (1) cometeu o delito que lhe é imputado e (2) cometerá novo(s) delito(s) se permanecer em liberdade. Destacando, ainda, as palavras do mestre alemão (HASSEMER, 1995, p. 126):

Si no abusamos de la prisión preventiva como instrumento para la intervención em las crisis, valores irrenunciables como la prohibición de exceso y la presunción de inocência tienen mejores chances de sobrevivir también, y justamente, em la consciência de la plobación.

Ademais, trata-se de um “argumento inquisitório, pois irrefutável” (LOPES JR., 2014, p. 115), uma vez que o réu ou investigado não tem como comprovar que, uma vez solto, não cometerá novo delito. Trata-se de prova impossível, tão impossível quanto a própria afirmação de que, uma vez solto, cometerá. (LOPES JR., 2014, p. 115)

Em que pese todas as críticas expostas quanto a justificação da prisão preventiva pelo risco de reiteração criminosa, tal entendimento é aceito, não apenas pela jurisprudência dos tribunais superiores⁶, mas também pelo próprio legislador, que previu, de forma expressa, no art. 282, I do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Quanto à justificativa de periculosidade do custodiado, argumento utilizado não apenas para justificar a necessidade da prisão processual, mas também para reforçar o risco de reiteração criminosa do custodiado, e quanto à justificativa da

⁶ Como exemplo: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. IMPUTAÇÃO DOS DELITOS PREVISTOS NO ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI N. 10.826/03. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO RECORRENTE: POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Este Supremo Tribunal assentou ser o risco concreto de reiteração criminosa motivo idôneo para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes. 2. A presença de condições subjetivas favoráveis não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se tem na espécie vertente. 3. Recurso ao qual se nega provimento.” (STF - RHC: 118307 MG, Relator: Min. CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/02/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 19-02-2014 PUBLIC 20-02-2014). (BRASIL, 2014).

existência de registros criminais anteriores, utilizado, na maioria das vezes, como demonstrativo da periculosidade do custodiado e, dentro desta lógica, conseqüentemente, do risco de reiteração, tratam-se de um discurso de direito penal do autor, inconciliável com um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade humana.

Para quem adota o direito penal do autor como discurso legitimante do poder punitivo, o desvalor não se esgota no ato valorado como criminoso, mas em uma característica do próprio autor do fato, de modo que o ato apenas representa um reflexo desta característica essencial do criminoso. E essa característica é justamente a sua *periculosidade* (ZAFFARONI, 2011, p. 131-133).

Esse discurso enxerga o criminoso como uma peça defeituosa, inferior, dentro de uma estrutura maior e mais complexa, que é a sociedade. Diante do ato criminoso, constata-se o defeito desta peça, que deve, portanto, ser reparada ou neutralizada. Deste modo, tal discurso nega a própria condição humana, pois as pessoas “não interessam em sua individualidade, mas apenas em razão da saúde pessoal” (ZAFFARONI, 2011, p. 132), representando meras peças defeituosas dentro de um aparato complexo, que merecem, portanto, ser neutralizadas (ZAFFARONI, 2011, p. 132-133).

Este juízo de *periculosidade* do custodiado, além de deteriorante à dignidade humana, é também de extremo subjetivismo, podendo ser utilizado em qualquer (nenhum) caso. Dentro desta lógica, qualquer pessoa que responde ou é investigada pela prática de um delito pode ser considerada perigosa. Tal constatação pode ser observada na utilização do seguinte trecho genérico, utilizado, de forma reiterada, em diversas decisões que decretaram a prisão preventiva do custodiado pela garantia da ordem pública:

Nessa toada, tenho o entendimento firmado de que o agente faz do ilícito meio de vida, denota personalidade desviada, temibilidade social e ausência de qualquer freio inibitório, representando descompromisso com as ações das autoridades constituídas.

Nesse sentido é que reside a necessidade da medida extrema, pois, ostentando ficha criminosa, o risco concreto de recidiva é iminente, não podendo a ordem pública ficar a mercê de pessoas que já demonstraram não possuir qualquer possibilidade de convivência no ambiente social. (grifos nossos)

Em que pese as referidas considerações, a *periculosidade* do agente é (lamentavelmente) argumento aceito e utilizado pela jurisprudência dos tribunais superiores para a decretação de prisões preventivas pela garantia da ordem pública.

Como exemplo, transcreve-se trecho de decisão do STF no HC 113186 SP (BRASIL, 2013):

A gravidade in concreto do delito aliada à periculosidade do agente evidenciada, no caso dos autos, pela grande quantidade de droga apreendida e à necessidade de acautelamento do meio social constituem motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir-se a ordem pública. Precedentes: HC 113.184, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 04.09.12; HC 101.132, Primeira Turma, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJ de 1º.07.11; HC 94.872, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 19.12.08.

(STF - HC: 113186 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-082 DIVULG 02-05-2013 PUBLIC 03-05-2013)

Transcreve-se ainda, trecho de decisão do STJ no HC: 448758 DF (BRASIL, 2018):

Não é ilegal o encarceramento preventivo decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade demonstrada pelo agente, acusado de três crimes de estupro praticados em breve período de tempo (entre os meses de março e abril do corrente ano), todos com o mesmo modus operandi, mediante emprego de arma de fogo, o que, na dicção do juízo de primeiro grau, conduz a fundado receio de que o paciente poderá voltar a delinquir e fazer novas vítimas.

(STJ - HC: 448758 DF 2018/0105344-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2018)

Verificou-se, ainda, conforme exposto, a ampla utilização dos argumentos de gravidade concreta e de gravidade abstrata do delito para justificar a prisão preventiva pela garantia da ordem pública. Quanto a gravidade em abstrato do delito, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência dos tribunais superiores, rechaçam-na como justificativa idônea para a decretação de prisão preventiva.

Destaca-se, nesse sentido, decisão do STF no HC 115434 SP (BRASIL, 2014):

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a prisão cautelar para garantia da ordem pública e para a conveniência da instrução criminal é ilegítima quando fundamentada, como no caso sub examine, tão somente na gravidade in abstracto, insite ao crime (HC 115.558, Rel. Min. Luiz Fux).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da vedação legal à concessão de liberdade provisória para réu preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, enunciada no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes).

3. A prisão cautelar do paciente não está embasada em dados objetivos reveladores da gravidade concreta da conduta ou mesmo em elementos individualizados que evidenciem risco efetivo de reiteração delitiva.

(STF - HC: 115434 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/12/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014)

Neste mesmo sentido, destaca-se recente decisão do STJ no HC: 449155 SP (BRASIL, 2018):

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída à paciente, detida na posse de 1,52g (um grama e cinquenta e dois centigramas) de cocaína e 3g (três grammas) de crack, ausente, portanto, a indicação de dado concreto que justifique a imposição da prisão cautelar.

(STJ - HC: 449155 SP 2018/0108093-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 14/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2018)

Não poderia ser diferente, pois não há previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de prisão preventiva obrigatória para crimes considerados de maior gravidade, de modo que esta prisão cautelar só é permitida havendo a indicação de fundamentação concreta que comprove a presença do perigo que a liberdade do réu ou investigado gera para a persecução criminal (instrução criminal e aplicação da lei penal). Como bem lembrado por Silvio César Arouck Gemaque (2011):

Até 1967, havia a prisão preventiva obrigatória e a facultativa. Atualmente, há apenas a facultativa. A obrigatória foi sempre combatida pela doutrina, até que abolida em 1967, conquanto as inúmeras iniciativas legislativas no sentido de vedar a concessão de liberdade provisória para uma série de crimes sejam, por via oblíqua, a admissão da prisão preventiva obrigatória.

Ademais, a gravidade abstrata do delito já foi considerada pelo legislador no momento da criminalização primária⁷. O processo de individualização da pena (art. 5º, XLVI da Constituição Federal) divide-se em três momentos distintos: legislativo, judicial e executório. E é no primeiro momento de individualização da pena em que a

⁷ “O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, *primária* e *secundária*. *Criminalização primária* é o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o *deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecidos deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a *criminalização secundária* é a *ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avança de uma série de atos e em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se o acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).” (ZAFFARONI, 2011, p. 43).

gravidade abstrata do delito é considerada, pelo legislador, quando ocorre a criminalização primária (MOREIRA, 2006).

Com relação à gravidade concreta do delito, utilizada como argumento em 12 das 20 decisões de prisão preventiva pela garantia da ordem pública, também não apresenta a instrumentalidade indispensável à prisão preventiva, visto que, sob este argumento, não se está buscando assegurar o processo ou a investigação criminal.

Como é cediço, a gravidade concreta do delito tem, sim, relevância, porém quando da fixação da pena, sendo totalmente irrelevante para a decretação de prisão preventiva, para a qual só importam os fins cautelares. É o que se depreende da leitura do art. 59 do Código Penal, que traz, entre outras circunstâncias que devem ser levadas em consideração pelo magistrado quando da fixação da pena, as circunstâncias e as consequências do delito. Assim, justificar a prisão cautelar com base neste argumento representa ilegal antecipação de pena, ferindo, frontalmente, a presunção de não-culpabilidade constitucionalmente garantida.

Ainda em relação à prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, cumpre destacar decisão em que, tanto a defesa, como o Ministério Público, reconheceu a ilegalidade da prisão em flagrante, manifestando-se pelo seu relaxamento. No entanto, o juiz decidiu, de ofício, pela decretação de prisão preventiva pela garantia da ordem pública.

Conforme discorrido no capítulo 7, embora o art. 311 do Código de Processo Penal preveja a possibilidade de, no curso da ação penal, o juiz decretar, sem requerimento do Ministério Público ou da Polícia, medidas cautelares pessoais, sendo vedada (segundo o referido diploma), tal imposição, apenas no curso da investigação, defende-se a inadmissibilidade da decretação de ofício de medidas cautelares pessoais tanto no curso da ação penal, quanto da fase investigativa, por total ofensa aos postulados do sistema acusatório. Este sistema pressupõe um papel bem definido da defesa, acusação e julgador, impondo, ao juiz, que exerça seu papel com imparcialidade, atuando de forma supra partes. Desta forma, ao exercer, ao mesmo tempo, as funções persecutórias (de acusação) e jurisdicionais, decretando, de ofício, prisões preventivas, o magistrado assume o papel de um juiz-inquisidor, fazendo vezes de acusação, papel, este, que não se coaduna com um sistema acusatório-democrático.

8.2.5 Prisão preventiva pela garantia da ordem econômica

A prisão preventiva pela garantia da ordem econômica foi inserida ao ordenamento jurídico por meio da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Assim como (equivocadamente) se busca com a prisão preventiva para garantia da ordem pública, a prisão preventiva pela garantia da ordem econômica também visa evitar a reiteração criminosa, diferenciando-se da primeira, no entanto, pois, aqui, tratam-se de delitos contra o sistema financeiro nacional.

Da mesma forma que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, portanto, não se reveste da cautelaridade necessária às medidas cautelares, que visam tutelar o correto desenvolvimento do processo (ou investigação) e assegurar o seu resultado. Desta forma, também é substancialmente inconstitucional.

Conforme amplamente defendido neste trabalho, destacam-se as observações feitas por Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 60):

A medida cautelar não deve servir para aplacar a ira social, a vontade da turba, a ânsia de vingança do povo, em geral insuflado pela opinião midiática. Os únicos fundamentos para a decretação de medidas cautelares devem ser a imperiosa e irretorquível necessidade do processo, consubstanciada na evitação de destruição das provas e da coerção e ameaça às testemunhas, além da garantia da aplicação da lei penal.

Portanto, caso se queira uma fundamentação conforme o Estado Democrático, não se deve falar em clamor público, ordem pública, gravidade social da conduta e muito menos em ordem econômica ou magnitude da lesão à ordem econômica. Tais concepções, embora previstas em lei aqui e no direito estrangeiro, refletem o caráter anti-instrumental da prisão [...]

Ora, ordem pública ou clamor público nada tem a ver com necessidade do processo, mas sim com execução antecipada da pena ou medidas de segurança pública. (grifos nossos)

Feitas estas importantes considerações, nas audiências de custódia analisadas, constatou-se que não houve decretação de nenhuma prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica, em que pese todas as prisões preventivas analisadas tenham (lamentavelmente) sido fundamentadas na garantia da ordem pública.

8.3 PRISÃO COMO *ULTIMARATIO* E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Conforme prevê o art. 282, § 6º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

É também o que estabelece o art. 310, II do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Trata-se da excepcionalidade inerente às medidas cautelares, especialmente da imposição de que a prisão deve ser a *ultima ratio*. Ou seja, uma vez verificada a idoneidade da medida cautelar para alcançar o fim pretendido- resguardar a instrução criminal ou o seu resultado- (adequação), deve-se verificar se há outra medida menos danosa à liberdade e dignidade do réu ou investigado apta a alcançar o mesmo fim pretendido (necessidade), de modo que a prisão apresente-se como a *ultima ratio* que deve ser, devendo ser aplicada apenas aos casos excepcionais em que nenhuma outra medida mostre-se idônea e apta a resguardar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

É, portanto, o segundo momento do juízo de proporcionalidade (tratado no item 7.2.3 deste trabalho) que necessariamente deve ser realizado quando da aplicação de medidas cautelares, em que, tendo-se verificado a idoneidade da medida cautelar em resguardar a persecução criminal ou o seu resultado, verifica-se qual a medida menos gravosa ao custodiado apta a alcançar o mesmo fim. Devendo, sempre, excepcionar-se a prisão como última e extrema medida.

Da análise das decisões, constatou-se que a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão não foi arguida em 4 das 20 decisões de conversão da prisão em flagrante em preventiva. A análise feita para a coleta deste dado levou em

consideração a simples menção à insuficiência das medidas cautelares diversas, mesmo sem fundamentação concreta.

No entanto, importante destacar que, diversas vezes em que a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão foi arguida, não houve qualquer fundamentação concreta, havendo apenas a indicação de que “as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime e às circunstâncias do fato”, de que “as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime e às condições pessoais do custodiado”, fazendo menção tão somente aos registros criminais do custodiado, ou ainda de que “as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram capazes de prevenir e reprimir a prática futura de semelhantes delitos”.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da observação das audiências de custódia acompanhadas ao longo desta pesquisa e da análise dos respectivos termos de audiência e decisões, contatou-se:

1) A importância do ato de apresentação imediata do preso ao juiz como medida desencarceradora, uma vez que, dos 50 casos de prisão em flagrante analisados, houve a decretação de prisão preventiva em 20 deles. Notadamente, se não houvesse esse contato imediato e direto do preso com o juiz, apenas com a comunicação da prisão e com o encaminhamento do auto de prisão em flagrante (art. 306 do Código de Processo Penal), este número seria ainda mais expressivo.

2) No entanto, a análise qualitativa das audiências, dos respectivos termos de audiência e decisões ratificou a hipótese de que as medidas cautelares diversas da prisão têm sido utilizadas, na prática, como alternativas à liberdade, e não à prisão (como buscava o legislador de 2011, através da inserção das medidas cautelares pessoais diversas da prisão ao ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 12.403).

Toda medida cautelar pessoal restringe garantias fundamentais, notadamente a liberdade e a dignidade, de modo que só podem ser decretadas se presentes os fundamentos indispensáveis à sua imposição: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Malgrado, das 25 decisões que aplicaram medidas cautelares diversas da prisão, em apenas 2 (8%) delas, houve indicação da presença da verossimilhança que constitui o *fumus comissi delicti*. Ademais, em apenas 5 (20%) destas decisões houve a indicação do *periculum libertatis*, indispensável à decretação de qualquer medida cautelar.

Além das decisões em que não houve fundamentação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, em 4 das 5 decisões em que este último foi fundamentado, houve indicação genérica, fazendo referência a todos os fundamentos que constituem o *periculum libertatis* (garantia da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica). Outrossim, em 12 das 20 decisões que aplicaram medidas cautelares pessoais alternativas, a justificativa para sua aplicação foi feita com base no descabimento da prisão preventiva, afastando, justamente, o *periculum libertatis* necessário à imposição de qualquer medida cautelar (seja ela prisional ou não).

Verificou-se, portanto, o uso indiscriminado das medidas cautelares diversas da prisão, sem a fundamentação necessária para a sua aplicação. Ademais, nos casos reputados mais “simples”- não sendo, aparentemente, o caso de relaxamento ou decretação de prisão preventiva-, em que houve dispensa da audiência de custódia (denominada pelos membros atuantes no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador como “paredão”), em todos eles, houve a concessão de liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Constata-se, portanto, que o fim do binômio prisão ou liberdade, promovido pela inserção das medidas cautelares diversas da prisão ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 12.403/2011, deu lugar, na forma como essas medidas alternativas têm sido aplicadas, a um novo binômio: prisão ou medidas cautelares diversas.

3) Quanto às decisões que decretaram prisão preventiva, diante das justificativas apresentadas para fundamentar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, ratificou-se a hipótese de inconstitucionalidade da prisão preventiva sob este fundamento.

A garantia da ordem pública é conceito juridicamente indeterminado, incompatível com os princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica. Ademais, não apresenta a natureza cautelar legitimante da prisão processual, pois não visa resguardar nem a persecução criminal, nem a aplicação da lei penal.

Da análise dos fundamentos utilizados com maior incidência nas decisões que decretaram prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, constatou-se que:

a) a necessidade da prisão face ao risco de reiteração delitiva não tem natureza cautelar, pois não visa resguardar a persecução penal. A prisão preventiva sob este fundamento representa antecipação de pena, buscando, através da prisão processual, alcançar fins de prisão pena, em especial a função de prevenção especial negativa da pena. Além disto, a prisão preventiva sob este argumento fere duplamente o princípio constitucional da presunção de inocência, pois parte do pressuposto de que o agente cometeu o delito que lhe é imputado e cometerá novo(s) delito(s) se estiver em liberdade;

b) a necessidade da prisão em decorrência da *periculosidade* do agente e dos registros criminais anteriores é um discurso de direito penal do autor, incompatível

com um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade humana. Outrossim, não apresenta natureza cautelar, pois não visa resguardar a persecução criminal, representando, portanto, antecipação de pena;

c) a necessidade da prisão em decorrência da gravidade abstrata do delito também não legitima a prisão processual, pois é circunstância que já foi analisada pelo legislador no primeiro momento da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF), quando ocorre a criminalização primária. Ademais, não há (desde 1967), no ordenamento jurídico brasileiro, previsão de prisão preventiva obrigatória para crimes considerados de maior gravidade;

d) por fim, a necessidade da prisão preventiva em razão da gravidade concreta do delito também não é legítima, pois tal argumento tem importância apenas no momento de fixação da pena, quando o juiz deve levar em consideração as circunstâncias e consequências do delito, conforme estabelece o art. 59 do Código Penal, não tendo qualquer relevância para a decretação de prisão processual, para a qual só importam os fins cautelares.

Não obstante, todas as 20 prisões preventivas decretadas nas decisões analisadas foram fundamentadas com base na garantia da ordem pública, sendo que apenas 4 delas foram cumuladas com outros fundamentos (3 cumuladas com a conveniência da instrução criminal e 1 cumulada com a necessidade para assegurar a aplicação da lei penal).

Apesar de nenhuma prisão preventiva ter sido decretada com fundamento na garantia da ordem econômica, diante das fundamentações concretas apresentadas nas decisões que decretaram prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, ratificou-se a hipótese inicialmente apontada de que este fundamento é inconstitucional e promove prisões inconstitucionais.

Portanto, constata-se a importância da realização da audiência de custódia como forma de resgatar o caráter humanitário do Processo Penal, assegurando garantias fundamentais, e como medida desencarceradora, evitando prisões ilegais e arbitrárias. No entanto, a realização deste ato, de forma isolada, não é suficiente para que alcance os fins pretendidos com sua inserção pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e previsão pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pela Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Faz-se imprescindível, para tanto, romper com a cultura inquisitorial e encarceradora vigente, respeitando as garantias fundamentais da pessoa presa, em

especial a presunção de inocência, e aos fundamentos das medidas cautelares pessoais, tanto prisionais, como diversas da prisão, só sendo legítimas e constitucionais quando apresentam natureza cautelar, com o fim de resguardar a persecução criminal e a aplicação da lei penal. A decretação de medidas cautelares sob qualquer outro fundamento representa antecipação de pena, o que, num Estado Democrático de Direito em que se assegura, constitucionalmente, a presunção de inocência, torna a prisão inconstitucional.

REFERÊNCIAS

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 Editora, 2018.

_____. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça; IBADPP - Instituto Baiano de Direito Processual Penal. **Relatório final de atividades:** grupo de pesquisa sobre audiências de custódia - Convênio de Cooperação Técnico-Científico TJ/BA e IBADPP. Salvador, 2017. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/relatorio_pesquisa_ibadpp_audiencias_custodia.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Coord. Luis Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. **Prisão e Medidas Cautelares:** comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 7 de. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 1 de maio de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1 maio 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&disposition=inline>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 470, de 24 de fevereiro de 2015. Altera o Código de Processo Penal para estabelecer a audiência de custódia, e dá outras providências. Brasília, DF, 24 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1303512&filename=PL+470/2015>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 7 de setembro de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, DF, 7 set. 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451474&disposition=inline>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7.871, de outubro de 2014. Altera o Decreto-Lei nº 3689, de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Brasília, DF, out. 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270488&filename=PL+7871/2014>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 89, de 9 de julho de 2015. Altera a Constituição Federal para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 9 jul. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359846&filename=PEC+89/2015>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 22 de novembro de 2011. Determina a edição de Lei Complementar para regular o contencioso administrativo fiscal. Brasília, 22 nov. 2011. Disponível em: ><http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3531867&disposition=inline>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. 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. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240**. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), INTDO.: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luis Fux, Brasília, DF, 12 fev. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, União, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 27 mai. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.448**. Recorrente: Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – NAMAGES. INTDO.: Presidente do Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 6 jan. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4911778>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118307 MG**. Recorrente: Paulo Henrique Caldeira Braga, Fernando Vieira Leopoldo e outro(A/S); INTDO.: Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República, Relator: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 11 fev. de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24927786/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-118307-mg-stf>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 113186 SP**. Paciente: Elisabete Aparecida De Melo Mantovani, Impetrante: Ian Pinto Nazário, Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 9 abr. de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23115057/habeas-corporus-hc-113186-sp-stf>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 448758 DF**. Impetrante: Edemilson Alves dos Santos e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617603243/habeas-corporus-hc-448758-df-2018-0105344-1/inteiro-teor-617603253>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 115434 SP**. Impetrante: Antônio Donato. Impetrado: Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Superior Tribunal de Justiça Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25135446/habeas-corporus-hc-115434-sp-stf>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 449155 SP**. Impetrante: Instituto De Defesa Do Direito De Defesa - Marcio Thomaz Bastos. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/619214220/habeas-corpus-hc-449155-sp-2018-0108093-1/inteiro-teor-619214222>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471880157/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-43-df-distrito-federal-4000886-8020161000000>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Requerente: Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504901997/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-44-df-distrito-federal-4000918-8520161000000>. Acesso em: 18 set. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial**. 8 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____. **Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CONNECTAS. Tortura Blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 2017. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf). Acesso em: 15 set. 2018.

DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN- dezembro de 2014. Brasília, Ministério da Justiça, dez. 2014. Disponível em: <http://download.uol.com.br/fernandorodrigues/infopen-relat-2016.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

DUCLERC, Elmir; FERNANDES, Daniel. A audiência de custódia na perspectiva de uma teoria do processo penal agnóstica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (2015). Cria o Projeto Plantão de Audiência de Custódia – Disp. 10/04/2015. Resolução nº 13, de 9 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/013-cria-o-projeto-plantao-de-audiencia-de-custodia-disp-10042015/>. Acesso em: 18 set. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Método, 2011.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. **Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada**. Revista Consultor Jurídico, [S.l.], 23 maio 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-23/prisao-cautelar-ficou-bem-disciplinada-regime>>. Acesso em: 11 set. 2018.

FERNANDES, Org. (coord.). **Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; GOMES, Duarte Bernardo; VIEIRA, Bruno Santos Arantes. Audiência de custódia: a garantia que ainda não saiu do papel. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GONÇALVES, Carlos Eduardo; LUBE JÚNIOR, Carlos Alberto. Audiências de custódia como formas de combate e prevenção à tortura. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

HASSEMER, Winfried. Tradução de Patrícia S. Ziffer. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. 1 ed. Argentina: AD-HOC, 1995.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Prisões Cautelares**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4 ed. Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017.

MINAS GERAIS. Resolução nº 796, de 24 de junho de 2015. Regulamenta o Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado de Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória - Comentários à Lei nº 12.403/2011**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este monstro chamado RDD**. Migalhas, [S.l.], 17 ago. 2006. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI28831,101048-Este+monstro+chamado+RDD>>. Acesso em: 13 set. 18.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Resolução nº 213 do conselho nacional de justiça e as audiências de custódia. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

_____. O MP conspirando contra a audiência de custódia - O caso baiano. **Bahia Notícias**, Salvador, 19 out. 2016. Disponível em: <<https://www.bahianoticias.com.br/justica/coluna/185-romulo-moreira-o-mp-conspirando-contra-a-audiencia-de-custodia-o-caso-baiano.html>>. Acesso em: 19 jul. 18.

NICOLITT, André Luiz; ROZA, Veneranda Nicolitt. Audiências de Custódia: entre a cultura punitivista e o encarceramento em massa análise crítica e dogmática. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, Medidas Alternativas e Liberdade: Comentários à Lei 12.403/2011**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. **Audiência de custódia: Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a Reforma da Lei nº 12.403/2011**. São Paulo: Atlas, 2013.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da; BECKER, Fernanda E. Nothen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SÃO PAULO. Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

MOREIRA, RÔMULO DE ANDRADE. A Resolução Nº 213 do Conselho Nacional de Justiça e as Audiências de Custódia. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. Uma vez mais: da “garantia da ordem pública” como fundamento de decretação da prisão preventiva. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 3, n. 134, jun. 2005. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/710/uma-vez-mais-garantia-ordem-publica-como-fundamento-decretacao-prisao-preventiva>>. Acesso em: 10 set. 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiências e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** primeiro volume- Teoria geral do direito penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.