



ROGERS CRUCIOL DE SOUSA

**DA PRISÃO PREVENTIVA À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011 E O ATUAL CONTEXTO DAS PRISÕES
CAUTELARES DIANTE DA APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO
BRASIL.**

**BRASÍLIA – DF
2016**

ROGERS CRUCIOL DE SOUSA

**DA PRISÃO PREVENTIVA À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011 E O ATUAL CONTEXTO DAS PRISÕES
CAUTELARES DIANTE DA APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO
BRASIL.**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, como requisito parcial para obtenção de título de especialista na área de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Luiz Carlos Bivar Corrêa Júnior

**BRASÍLIA – DF
2016**

ROGERS CRUCIOL DE SOUSA

**DA PRISÃO PREVENTIVA À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011 E O ATUAL CONTEXTO DAS PRISÕES
CAUTELARES DIANTE DA APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO
BRASIL.**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, como requisito parcial para obtenção de título de especialista na área de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Luiz Carlos Bivar Corrêa Júnior

Brasília, 19 de maio de 2016.

Luiz Carlos Bivar Corrêa Júnior

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico esse trabalho à Isabella Cristina da
Costa Mejia.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo explorar a prisão preventiva de forma aprofundada; superficialmente as outras medidas cautelares, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.403/2011. Será feito um breve resumo histórico da aplicação da prisão preventiva no mundo e no Brasil, passando pelos contextos anteriores à última novidade legislativa, abordando os critérios que influenciaram as sucessivas alterações no instituto da prisão preventiva, enveredando pelo normativo constitucional pertinente, chegando até a análise das características atuais do instituto cautelar. Posteriormente, será abordado casos concretos em que existe o manuseio da prisão preventiva ou outras medidas cautelares, dando ênfase nos dados estatísticos dentro do contexto brasileiro, e, finalmente, far-se-á a análise da audiência de custódia e seus impactos na aplicação das prisões provisórias realizadas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios-TJDFT.

Palavras-chave: Processo Penal; Prisão Preventiva; Medidas cautelares alternativas à Prisão; Presunção de Inocência; Audiência de Custódia.

ABSTRACT

This study aims to explore the remand in depth; superficially other precautionary measures, introduced in the Brazilian legal system by Law 12.403/2011. There will be a brief history of pre-trial detention in the world and in Brazil, through the previous contexts the last legislative novelty, addressing the criteria that influenced the successive changes in the institute of probation, embarking by the relevant constitutional normative, reaching analysis the current characteristics of the protective institute. Later, it will be addressed specific cases where there is the handling of custody or other precautionary measures, emphasizing the statistical data in the Brazilian context, and ultimately will be far-analysis of the custody hearing and its impact on the implementation of provisional arrests made before the Court of Justice of the Federal District and Territories-TJDFT.

Keywords: Criminal Procedure; Preventive prison; Precautionary measures alternatives to prison; Presumption of Innocence; Custody hearing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. PRISÃO PREVENTIVA, ANTES E DEPOIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941	13
1.1. Estudos sobre o Processo Penal Constitucional	19
1.2. Proteção Internacional dos Direitos Humanos	20
1.3. Desenvolvimento de Estudos de Cautelaridade	20
1.4. Utilização da prisão-pena como <i>última ratio</i>	21
2. AS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	24
3. PRISÃO PREVENTIVA	34
3.1. Cabimento das Medidas Cautelares	34
3.2. Hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva	36
3.3. Características dos crimes que ensejam a aplicação da medida cautelar extrema	39
3.4. Prazos da prisão preventiva	43
4. NÚMEROS DA PRISÃO PREVENTIVA	46
5. O USO DESPROPORCIONAL DAS MEDIDAS CAUTELARES E OS BENEFÍCIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	54
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

INTRODUÇÃO

Após a Constituição de 1988 ocorreram diversas alterações no sistema prisional estabelecido no Código de Processo Penal de 1941 que, em sua primeira redação, respaldava-se em um juízo de antecipação de culpabilidade, “pois a fundamentação da custódia ancorava-se apenas na lei, e não em uma razão cautelar específica”.¹

O princípio da Presunção de Inocência foi positivado no Direito Brasileiro com a Constituição de 1988, nascendo no ordenamento jurídico brasileiro como uma resposta ao Código de Processo Penal inquisitório, no qual o cidadão era presumidamente culpado e não possuía garantias processuais como as vigentes atualmente. Eugênio Pacelli, discorrendo sobre as sucessivas alterações no sistema processual, afirma:

Desde a Constituição da República, em 1988, e, mais particularmente, desde a Lei nº 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se *fundar em ordem escrita e fundamentada* da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, ressalvados apenas os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei [...].²

A principal alteração no Código de Processo Penal, referente ao tema que será tratado, ocorreu com a Lei nº 12.403/2011 que sustenta, por exemplo, que apenas quando houver necessidade da prisão, há de se optar pelo encarceramento; e, além da necessidade, exige-se a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. Ou seja, na tutela da persecução penal, somente quando não existir nenhuma outra medida menos extrema, será aplicado o cárcere processual. Antes da vigência da referida Lei, aplicava-se o cárcere provisório em três circunstâncias, flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Atualmente, apenas na temporária e preventiva existe a necessidade de manter o agente preso. Na situação de flagrante delito o juiz imediatamente converte o flagrante em prisão preventiva; ou concede a liberdade provisória.

O tema prisão e liberdade provisória mostra-se bastante ancorado na Carta Política de 1988, principalmente após a elevação desta como a timoneira das demais legislações do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 afirma em seu art. 5º, incisos LVII e LXI, respectivamente, que:

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 497.

² Ibidem.

LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;³

LXI - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei⁴.

Diante dessa abordagem legislativa discorre Eugênio Pacelli:

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).⁵

Observa-se que a Constituição Federal consagrou “a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal”, bem como a necessária “garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente”, conforme aborda o citado doutrinador.⁶

Por esse contexto é possível constatar as diversas alterações feitas na lei processual penal visando à consonância com a Carta Política de 1988, pois, após o poder constituinte estabelecer que todos são detentores de direitos e garantias, mesmo quando são réus de um processo penal, ocorreu uma quebra de paradigmas com as legislações anteriores, assegurando a todos o devido processo legal, bem como a rotulação de culpado apenas após o trânsito e julgado definitivo.

Cabe salientar também que um dos motivos para edição da Lei nº 12.403/2011 foi procurar uma resposta ao excessivo número de presos provisórios, que correspondiam a quase 50% dos encarcerados no Brasil. Diversos artigos publicados apontavam o caótico sistema prisional, bem como os benefícios que poderiam ser gerados pelo advento da citada Lei. Vide a explanação do Jurista Luiz Flávio Gomes sobre o tema:

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2016.

⁴ Ibidem.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 497.

⁶ Ibidem.

A partir de 4 de julho de 2011 cerca de 200 mil prisões em flagrante (pessoas já presas) deverão ser revistas. Isso quer dizer que os presos não comprovadamente perigosos e/ou primários, poderão ter liberdade, com ou sem medidas cautelares alternativas.

[...]

Desta forma, estimamos que aproximadamente 110 mil presos provisórios (50% dos 220 mil presos), em tese, poderiam ser liberados, caso os juízes realizem devidamente a revisão destes processos, entendendo não haver fundamento para o encarceramento cautelar.⁷

O autor tratava de uma estimativa que provavelmente foi sustentada na Comissão constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada por diversos juristas, dentre eles o professor Luiz Flávio Gomes, que, após apreciação do Poder Executivo, o Projeto de Lei foi enviado ao Congresso Nacional para deliberação, sob o número 4.208/2001.

Após os tramites legislativos e a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, que ampliou o rol de medidas cautelares diversas da prisão, tornou-se imprescindível a sua correta aplicação e fiscalização eficaz por parte do poder público, além de advogados e demais grupos sociais: tudo com a finalidade de se evitar a aplicação desproporcional e abusos das prisões preventivas.

Todavia, com poucos anos de aplicação da nova legislação, o cenário não só continuou o mesmo, como também se agravou. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN existiam ainda 41% de presos sem condenação em um ambiente que totalizava 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um presos) encarcerados no Brasil, os dados são referentes a 30 de junho de 2014.⁸

Após analisar tal circunstância, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em fevereiro de 2015, juntamente com outros órgãos, iniciou o projeto das Audiências de Custódia, que tem o objetivo de assegurar a rápida apresentação e entrevista do preso a um juiz, nos casos de prisão em flagrante. A audiência consistirá na oitiva do preso, que estará junto de seu

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **A Lei 12.403 é solução para o déficit dos presídios?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-07/coluna-lfg-lei-1240311-solucao-deficit-presidios>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acessado em: 2 jan. 2016. p. 20.

advogado ou Defensor Público, bem como a manifestação do Ministério Público e do Juiz competente, tudo em um só momento.⁹

Portanto, além das medidas diversas da prisão implantadas pela Lei nº 12.403/2011, o judiciário inicia uma nova proposta com a missão de não só atender aos pactos internacionais, mas também de reduzir o encarceramento em massa no país, pois ao colocar o réu e o juiz frente-a-frente, o magistrado analisará de imediato as questões inerentes à prisão, como legalidade na prisão, incolumidade e segurança pessoal do preso em flagrante. Discutirá também a substituição da prisão em flagrante por alguma outra medida, que será decretada e aplicada no mesmo ato.

A implementação das audiências de custódia está prevista em diversos pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Há também um Projeto de Lei, sob o nº 554/11¹⁰, que busca efetivamente alterar o parágrafo primeiro do art. 306, do Código de Processo Penal, que teria em sua nova redação a obrigatoriedade de apresentação de todo preso em flagrante perante a figura de um juiz acompanhado das demais partes, acusação e defesa, em até 24 horas.

Com efeito, o presente trabalho tangencia-se em verificar como as alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011 impactaram no instituto da prisão preventiva e como essa medida processual foi manuseada pelo judiciário até o surgimento da audiência de custódia no Brasil. Assim, será possível tecer considerações sobre se o uso da prisão preventiva atende ao fim proposto em sua criação.

O atual cenário da crescente massa carcerária brasileira é o grande problema a ser enfrentado por todos os poderes, como a superlotação ou os problemas de infraestrutura. Cabe fazer o alerta de que esses problemas não serão tratados no presente trabalho, restringindo-se a fazer apenas análises pertinentes às medidas anteriores ao cárcere, como a audiência de custódia, que, sobretudo em atendimento aos tratados internacionais, vem também como ferramenta para evitar a antecipação da pena, isto é, amenizar o uso da prisão preventiva.

Esse questionamento quanto à aplicação da Lei nº 12.403/211, no tocante à prisão preventiva, levada a efeito pelo judiciário, é essencial para saber se há consonância com a

⁹ Para saber mais sobre a Audiência de Custódia. <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acessado em: 7 jan. 2016.

¹⁰ Veja em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acessado em: 7 jan. 2016.

Constituição Federal de 1988, principalmente em relação ao princípio da não culpabilidade e o postulado da proporcionalidade.

Em relação ao instituto da Audiência de Custódia, é necessário saber se a sua aplicação contribuirá com a redução do número de presos provisórios, bem como se ela é um mecanismo de freio contra eventuais arbítrios e desproporcionalidades na aplicação da Lei nº 12.403/211.

1. PRISÃO PREVENTIVA, ANTES E DEPOIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Ao se analisar os incisos XXXIV, XXXV, XXXVII a LXXIV, LXVIII, LXXVI e LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, é possível observar que a Constituição traz diversos direitos com vistas à proteção jurídica do indivíduo perante aqueles que exercem a jurisdição.

Uma das maiores garantias constitucionais brasileiras na área penal é a de que ninguém será considerado culpado ao menos que se declare judicialmente por meio de uma sentença que transite em julgado, pois a Constituição de 1988 colocou como regra a presunção de inocência. Todavia, nada impede que alguém venha a ter a sua inocência mitigada durante o trâmite de um processo penal que contenha provas legalmente fundadas e suficientes para restringir a sua liberdade antes mesmo de uma sentença condenatória. Salienta-se que tal medida excepcional (medidas cautelares ou prisão preventiva) visa garantir a manutenção processual, preservando a efetividade do processo, não antecipando a pena ou excluindo a presunção de inocência.

Fazendo uma abordagem histórica da prisão preventiva, percebe-se o espinhoso caminho até o estabelecimento dos atuais critérios para fundamentá-la.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, na Idade Média, a pessoa era presa como regra, para ser torturada e para confessar. Salienta o doutrinador que, apenas com a chegada do movimento iluminista, com a Escola Clássica, a prisão cautelar começou a ganhar finalidades mais delineadas.¹¹

Autores como Cesare Beccaria começaram a disseminar a ideia de não aplicabilidade da prisão obrigatória. O movimento iluminista visava diminuir o rigor existente até então na aplicação das penas e nos abusos cometidos durante a prisão. Andrey Borges de Mendonça, analisando essa temática, sustenta:

Os autores iluministas passam a defender que a privação da liberdade somente poderia ser anterior à sentença em casos de necessidade e, mesmo assim, pelo menor tempo possível. Para eles, somente nos limites rigorosos

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 12.

da necessidade processual seria “tolerável” a prisão preventiva, mas isso sem deixar de reconhecer a intrínseca imoralidade e substancial injustiça dela.¹²

Com efeito, insere-se, na Declaração dos Homens e do Cidadão de 1789, a presunção de inocência. Encontra-se no artigo 9º da Declaração a informação de que a prisão provisória é admissível somente quando fosse indispensável para a segurança do processo, *in verbis*:

Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.¹³

Destaca, então, Cezar Roberto Bitencourt que “não vige mais a ideia inquisitorial de que a prisão deveria ser um meio para a tortura, graças ao movimento iluminista deveria ser encontrada outra motivação para o emprego da prisão”.¹⁴

Na edição do Código de Processo Penal de 1942, entre o final do século XIX, nas três primeiras décadas do século XX e o entre guerras, há um fortalecimento das ideias da Escola Positivista (Positivismo Criminológico) e Escola Técnico-Jurídica (neoclássica ou positivismo jurídico). Ambas contra os fundamentos da Escola Clássica no que tange à presunção de inocência. Andrey Borges de Mendonça destaca que na Escola Positivista:

[...] coerentes com o estudo do crime e punição a partir dos subsídios fornecidos pelas ciências biológicas e sociais e preocupados com a defesa da sociedade contra o crime, negam a presunção de inocência com o valor dado pela Escola Clássica. [...] baseada nas lições de Garofalo, o indiciado não deve ser presumido nem inocente e nem culpado, mas sim deve ser visto como ele é: um indiciado, sobre o qual a convicção de sua criminalidade se manifesta no momento do crime [...]. Embora a prisão não devesse ser necessária em todos os casos, deveria ser subordinada às condições de gravidade do crime, tendências do delinquente, necessidade da instrução e se for possível adquirir uma razoável presunção de criminalidade do indiciado.¹⁵

Na Escola Técnico-Jurídica, seus autores mais radicais refutam a posição liberal e afirmam que a presunção de inocência é absurda e uma extravagância decorrente da Revolução Francesa, em razão de exageros individualistas. Nesse ponto, Andrey Borges de Mendonça, citando Antonio Magalhães Gomes Filho, ensina que: “Sob o falso manto da

¹² MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 65.

¹³ Declaração dos Homens e do Cidadão de 1789. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acessado em: 20.04.2016

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

¹⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 68

neutralidade e com base em argumentos supostamente técnicos, insurgiram-se contra o conteúdo fundamental do princípio, em nome de uma concepção autoritária das relações entre Estado e indivíduo”.¹⁶

Nesse cenário muda-se a concepção filosófica e política das relações entre o Estado e o indivíduo. A “neutralidade” citada pelo autor foi atingida ao se rejeitar qualquer conteúdo filosófico, moral ou ético para a formação do sistema criminal, gerando assim um espaço ideal para a onipotência do legislador, bem como para o influxo de ideias nazistas e fascistas. Na Escola Técnico-Jurídica “a liberdade era vista como uma concessão do Estado, no interesse da coletividade e admitia-se a prisão para fazer frente ao alarme público ou ao grave escândalo”.¹⁷

Pouco antes da publicação do Código de Processo Penal de 1942, foi publicado o Código Penal Italiano, que possuía fortes raízes nas Escolas Positivistas e Técnico-Jurídico, ou seja, o código era extremamente autoritário, colocando os interesses do Estado em posição superior aos individuais. O Código Italiano, elaborado pelo Ministro Alfredo Rocco, influenciou diretamente o Código de Processo Penal brasileiro, como é possível visualizar no item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689), publicado no Diário Oficial da União, de 13-10-1941, assinada por Francisco Campos e encaminhada a Getúlio Vargas.¹⁸

Deduz-se, após análise da Exposição de Motivos do CPP, que Francisco Campos estava inconformado com o tratamento dado ao preso, pois devido ao “catálogo de garantias e favores”, expressão por ele cunhada, quem tinha cometido um delito não era tratado como um “verdadeiro” criminoso. Portanto, devido ao não encarceramento, havia um estímulo ao crescimento da criminalidade, situação que levou a retirada da prisão preventiva como faculdade para colocá-la como uma obrigação do juiz. *Vide:*

II – [...], 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 evidência 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

¹⁶ Ibidem, apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência**. p. 69.

¹⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 178.

¹⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19.02.2016.

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. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código [...]. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, [...], se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

As *nulidades processuais*, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do *flagrante delicto*, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma *faculdade*, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado.

[...]

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desgosto daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: '*Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas*'.¹⁹

A própria Constituição brasileira de 1937 já tinha uma inspiração autoritária. Outorgada por Getúlio Vargas, ela tinha como característica a forte centralização do poder nas mãos do Executivo e a eliminação da separação dos poderes. Getúlio alterava a Constituição deliberadamente, sem participação popular, típico de um regime autoritário.

Partindo desse raciocínio ensina Andrey Borges de Mendonça que:

[...] o regime originário do CPP previa a prisão como regra e a liberdade como exceção. Em face das influências mencionadas, não havia sentido em se falar em presunção de inocência após o oferecimento da denúncia (e muito menos após a pronúncia ou condenação), de sorte que a regra era que o agente ficasse preso ao longo de todo o processo, com predominância dos interesses da persecução e da coletividade sobre os interesses da liberdade,

¹⁹ Ibidem.

vistos como meramente individuais. [...] na sistemática originária do CPP, a liberdade do acusado não foi um valor efetivamente tutelado, sendo a prisão processual a regra. No âmbito prisão processual esta prevalência se verificava claramente em três vertentes. Primeiro, na prisão em flagrante e nas hipóteses restritivas de concessão de liberdade provisória. Segundo, na prisão preventiva obrigatória e na ampla possibilidade de decretação da prisão preventiva, sobretudo quando envolvesse determinadas “categorias” de pessoas. Terceiro, na necessidade de recolher-se à prisão ao ser condenado ou pronunciado, como regra.²⁰

Desde 1941 até a publicação da Lei nº 12.403/2011, o regime processual penal era binário/bipolar, ou seja, o réu responderia ao inquérito ou ação penal em liberdade ou encarcerado. Na redação inicial de 1941, aquele que era preso em flagrante, em geral, ficaria preso durante todo o processo. Ou seja, retornou a ideia de que a prisão era a regra e a liberdade, exceção. Veja como era a redação do art. 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.²¹

Analisando a primeira vertente do CPP é possível concluir que somente seria concedida liberdade para o imputado, segundo o artigo 321, se a infração não possuísse pena privativa de liberdade ou se a pena fosse de até três meses, isto é, nas infrações em que se livrava solto. Todavia, não se admitia a liberdade provisória se o agente fosse reincidente específico ou se fosse vadio. Poderia também ser concedida a liberdade quando o agente tivesse agido escudado por causas excludentes da ilicitude, segundo prescrevia o artigo 314, do CPP – não houve significativas mudanças na redação desse artigo; e, em último caso, seria concedida da liberdade provisória se o crime suportasse fiança.

Como não havia medidas alternativas à prisão, com exceção dos poucos casos em que cabia fiança, o tema se resumia apenas em torno da prisão ou liberdade provisória, daí a bipolaridade do sistema. Se o crime era inafiançável, não cabia liberdade provisória; se a prisão fosse em decorrência do flagrante, geralmente seria mantida a prisão do agente durante todo o processo. Esse cenário é explicado por Andrey Borges de Mendonça ao ensinar que:

²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 74.

²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19.02.2016.

A relação entre prisão em flagrante e a manutenção deste estado coercitivo durante todo o processo, sem necessidade de qualquer exigência cautelar, era uma demonstração de que o CPP originariamente se baseava em uma tutela de evidência e não de urgência.²²

Luiz Flávio Gomes avalia que esse retrocesso do procedimento cautelar penal brasileiro cumulou na superlotação dos estabelecimentos prisionais. Segundo análise do Conselho Nacional de Justiça, em 2010, o Brasil contava com mais de 200 mil presos em situação provisória, constituindo cerca de 44% (quarenta e quatro por cento) da população carcerária, ou seja, quase metade da população carcerária brasileira não possuía sentença penal condenatória.²³

Não existiam opções que dessem um aspecto proporcional e necessário à medida a ser aplicada, pois antes da Lei nº 12.403/11, ao agente que praticava um crime, era aplicado duas medidas: responder ao processo em liberdade ou respondê-lo preso por força de uma medida cautelar. Renato Brasileiro de Lima explica:

Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção, quer a própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo.²⁴

Cabe salientar que não existia uma definição clara em relação ao procedimento de decretação da prisão preventiva, pois o CPP tratou apenas de disposições relacionadas ao mandado de prisão e seu cumprimento, mas sem maior preocupação com as garantias da pessoa presa. Portanto, não havia previsão de contraditório, ampla defesa e tampouco algum normativo que estabelecia a necessidade de o preso preventivo ser levado à presença de um juiz, conduta que até o momento não é disciplinada no CPP e é uma das propostas das audiências de custódia.

Diversas mudanças na prisão preventiva ocorreram até a elaboração da Lei nº 12.403/2011. A Lei 5.439/1967 alterou os artigos 311 e 312 do CPP, abolindo a prisão preventiva obrigatória, em razão dos abusos e da afronta à presunção de inocência.

²² MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 78.

²³ GOMES, Luiz Flávio (Org.); MARQUES, Ivan Luís (Org.); **Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403**, 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro, **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.04.

Em seguida, veio a Lei nº 5.941/1973, conhecida pelo seu efeito liberalizante, pois alterou as regras para recorrer da decisão de pronúncia e para apelar da sentença condenatória, passando a possibilitar que o acusado primário de bons antecedentes pudesse recorrer em liberdade. Ficou conhecida como a “Lei Fleury”, devido à Sérgio Paranhos Fleury, líder do Esquadrão da Morte em São Paulo.²⁵

Grandes mudanças foram feitas pela Lei 6.416/1977, que introduziu a possibilidade de o juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, sob a condição de comparecimento aos atos do processo; e, ainda, definiu novos parâmetros para a fiança, vedando-a para os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima for superior a 2 (dois) anos. Conforme ensina Andrey Borges de Mendonça, essa lei foi “ditada pela preocupação com a superlotação das prisões e, sobretudo, em razão das ideias de cautelaridade, que apontam no sentido de que também a prisão em flagrante somente deveria ser mantida em caso de necessidade”.²⁶ Na análise de Weber Martins Batista, com essa lei, pode-se atingir a “plenitude do liberalismo em matéria de liberdade individual, pois a prisão provisória foi reordenada sob o informe do princípio da necessidade da medida, mesmo em pleno regime autoritário.”²⁷

Ainda ocorreram outras publicações legislativas com impacto na prisão provisória, como a Lei 11.113/2005, que mudou a forma de lavratura do auto de prisão em flagrante, no art. 304, *caput* e o § 3º do mesmo artigo, do CPP. E a Lei 11.449/2007, que alterou o artigo 306 do CPP, no que diz respeito à comunicação do auto de prisão em flagrante.

Todavia, importante destacar que essas alterações na prisão preventiva foram desencadeadas devido ao crescimento de quatro importantes movimentos, sobretudo nos séculos XIX e XX, como destaca Andrey Borges de Mendonça, que serão analisados sinteticamente.

1.1. Estudos sobre o Processo Penal Constitucional

²⁵ BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. 10ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 19.

²⁶ MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 110.

²⁷ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: modificações da lei n. 6416, de 24 de maio de 1977**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 59.

Devido ao desenvolvimento de ideias de direito processual constitucional, no século XX, afastou-se o conceito de um processo apenas como conjunto de regras para aplicação do direito material, sendo visto agora como um instrumento público de realização da justiça. Com efeito, “as normas constitucionais passaram a prever garantias inerentes ao processo e, ainda, a disciplinar o modelo de processo penal desejado”.²⁸ Assim, a Constituição de 1988 traz diversas regras sobre a liberdade física do indivíduo, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a legalidade e motivação. E, destaca o autor, “embora o CPP tenha mantido a maior parte de seu texto desde a sua edição, nem sempre teve preservado o mesmo sentido e o alcance de suas normas”.²⁹

1.2. Proteção Internacional dos Direitos Humanos

A proteção dos direitos e a liberdade do homem ganham reforço do Direito Internacional, que tem o escopo de estabelecer garantias internacionais institucionalizadas. Os países firmaram internacionalmente declarações conjuntas visando respeitar os direitos básicos do indivíduo no âmbito doméstico. Nessas declarações conjuntas, diversas normas processuais penais foram discutidas e implementadas no ordenamento doméstico com o ideal de um processo penal justo. Surge, assim, o Direito Processual Penal Internacional, que se inicia com a Carta de São Francisco e é explicitada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Para dar força vinculante à Declaração, foram elaborados o Pacto de Direitos Civil e Políticos, em que são previstas diversas garantias referentes à pessoa privada de sua liberdade, como a proibição da prisão arbitrária, a garantia da presunção de inocência, e o direito de toda pessoa presa ser conduzida pessoalmente à presença do juiz, sem demora; e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também estabeleceu diversas garantias ao justo processo.³⁰

1.3. Desenvolvimento de Estudos de Cautelaridade

²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 84-107.

²⁹ *Ibidem*. p. 84-107.

³⁰ *Ibidem*. p. 84-107

No começo do século XX e a partir dos estudos no processo civil, os estudos de cautelaridade foram transpassados para o processo penal, influenciando diretamente os estudos sobre a prisão preventiva. Os estudos da cautelaridade reforçam a ideia de excepcionalidade da custódia cautelar, afastando as hipóteses de prisão preventiva automática. O autor destaca que “a imputação é apenas um dos pressupostos de aplicação da medida, havendo verdadeira antecipação da pena quando se decreta a prisão preventiva sem demonstração do *periculum in mora*”.³¹ Com efeito, a prisão processual se diferencia da pena do ponto de vista teleológico, em razão de seu escopo de garantia. Então, com a cautelaridade embasando o processo penal, passa-se a aceitar as características da provisoriedade e da instrumentalidade para a prisão preventiva. Ou seja, exige-se o equivalente ao *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Assim a prisão preventiva passa a ser vista como instrumental, pois visa resguardar o bom andamento do processo, evitando que o acusado entorpeça a produção de provas; ou final, quando ela é decretada para assegurar a execução de eventual sentença condenatória, ou para evitar a prática de novas infrações penais. Delineia-se, assim, a estrutura da prisão preventiva entrelaçada à presunção de inocência, somente sendo permitida aquela, antes do processo, na presença de necessidades cautelares, pois a presunção de inocência é a regra.

1.4. Utilização da prisão-pena como *última ratio*

Devido ao fortalecimento da ideia, na década de 80, de que a pena não conduz a uma ressocialização eficaz; devido ao seu alto custo e efeito estigmatizante, fortaleceram-se os argumentos de que a prisão-pena seria apenas para situações graves. Isso ocorre devido à alteração, pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984, da Parte Geral do Código Penal, que previu regimes diferenciados de cumprimento da pena (fechado, semiaberto e aberto) e a introdução de penas restritivas de direitos. Passou-se a uma crescente despenalização, editando-se diversas leis que impactavam na prisão, como a Lei nº 9.099/95, que restringiu a aplicação da pena privativa de liberdade para sanções de menor potencial ofensivo e previu institutos despenalizadores; posteriormente veio a Lei nº 9.714/98, que passou a permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se preenchido os requisitos. Segundo Andrey Borges de Mendonça a Recomendação (80)11E do Conselho de Ministros da Europa,

³¹ Ibidem. p. 84-107.

aprovada em junho de 1980; e a Resolução nº 45/110, de dezembro de 1990, da Assembleia Geral da ONU, que estabeleceu as “Regras de Tóquio”, também contribuíram para minimizar o uso da prisão-pena.³²

Visualiza-se que os movimentos que antecederam à Lei nº 12.403/2011, demonstrados pelo autor, foram conduzindo gradativamente para uma perspectiva despenalizadora do crime, bem como para um fortalecimento da presunção de inocência. Pois, como bem explica a Exposição de Motivos do Código Penal – introduzida junto com a reforma penal de 1984, Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que discutiu sobremaneira quanto o tratamento penal inadequado dado aos presos, observa-se itens 27 e 28, da Exposição de Motivos do CP:

27. As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais os responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.³³

O panorama acerca do tratamento cautelar no processo penal mudou substancialmente ao longo dos anos, sendo possível visualizar um movimento pendular em que ocorreram flexibilidades no tocante à prisão cautelar, devido ao contexto político e social usado como pano de fundo; bem como rigoroso tratamento no instituto, justificando-o como sendo solução ao combate da criminalidade. Assim, diante de um Código Penal ultrapassado, e uma Constituição garantista, que não se convergiam, houve a necessidade de elaboração da Lei nº 12.403/2011.

³² MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 105-106

³³ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Exposição de Motivos do Código Penal**. Diário do Congresso Nacional do Brasil – Seção 1, Brasília, DF, 1.07.1983, pg. 14. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 13.02.2016.

Bottini destaca que, no início de 2000, no âmbito do Ministério da Justiça, foi criada uma Comissão formada por juristas membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual (Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benetti). O escopo dessa Comissão era a modernização do processo penal pelo 1º Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, um compromisso firmado pelos chefes dos três Poderes da República para racionalização da prestação jurisdicional.³⁴

O Projeto de Lei 4.208/2001 foi alvo de intensos debates até ser aprovado em 2011 no Congresso Nacional. Sob o número de Lei 12.403/11, essa lei promoveu uma grande reforma do processo penal brasileiro, em especial nas medidas cautelares penais. O maior escopo da reforma foi a modernização e adequação do processo penal brasileiro ao sistema constitucional pátrio.

³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (lei 12.403/11) - Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas**. Acessado em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em 13.02.2016.

2. AS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A promulgação da Constituição Federal de 1988 tornou incompatível diversos dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, já ultrapassado nos idos de 1980, com a nova ordem jurídica vigente, visivelmente Garantista.

É nítida tamanha discrepância quando se compara o sistema processual penal baseado na presunção da culpabilidade com a Carta de 1988. Pois essa presunção de culpabilidade era vigente juntamente com os princípios da presunção da inocência e do devido processo legal sustentados no art. 5º, incisos LIV e LVII da Constituição Federal de 1988:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Nesse sentido Eugênio Pacelli elucida que:

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo.³⁵

O princípio da presunção da inocência, postulado universal de direito, referido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, teve sua origem na Revolução Francesa. O seu destaque foi na Constituição de 1988, conforme ensina Pacelli:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).³⁶

Essa regra é, em resumo, o não afastamento da circunstância de que qualquer prisão anterior à condenação definitiva só pode encontrar justificação na excepcionalidade de

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

³⁶ *Ibidem*. p. 12.

situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento ou a eficácia da atividade processual.³⁷

Com efeito, toda prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal. No caso da prisão cautelar, tem o Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal, como pode ser visto no HC 85.237/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

E M E N T A: PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - "HABEAS CORPUS" CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO (OU A ESTE EQUIPARADO), NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem

³⁷ GOMES, Luiz Flávio (Org.); MARQUES, Ivan Luís (Org.); **Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 118.

permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula 697/STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.³⁸

A segregação cautelar somente será legítima se observadas todas as garantias individuais. Nesse cenário surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente.

Partindo desse último ponto, destaca-se a discussão – extremamente divergente entre a doutrina e a jurisprudência, devido sua grande controvérsia e impacto social – quanto à possibilidade de execução provisória da pena face à garantia constitucional da presunção de não culpabilidade.

Em meados dos anos de 1990, a posição do Supremo Tribunal Federal era a de que a presunção de inocência não obstaría a prisão do réu após a sentença condenatória. Nesse viés ensina o ilustre Gilmar F. Mendes:

Afirmava-se, por decisão majoritária, que a jurisprudência assente do Tribunal era no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário.³⁹

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal também vinha reconhecendo, sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso – segundo discussão abordada no HC 72.366/SP, de Relatoria do Min. Néri da Silveira, julgado em 13-09-1995, *in verbis*:

Habeas Corpus. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.237 de Brasília, DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2005. **Lex:** DJ 29-04-2005 PP-00008 EMENT VOL-02189-03 PP-00425 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 486-508 RTJ VOL-00195-01 PP-00212.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 539.

decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. *Habeas Corpus* denegado e cassada a medida liminar.⁴⁰

Em posterior oportunidade, o Plenário da Corte, no julgamento do HC 84.078 (Rel. Min. Eros Grau, j. 5-2-2009), discutiu novamente sobre os limites de aplicação do mencionado princípio. Inovou o STF ao concluir que a execução provisória da pena, sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, era atentatória ao princípio da não culpabilidade, consagrado no texto constitucional. Na oportunidade, essa tese que amplia conceito de insignificância foi emplacada pelo Min. Marco Aurélio. Nesse sentido:

O coração da controvérsia reside na forma como uma garantia constitucional se articula com a lei ordinária. No plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso.⁴¹

Todavia, salienta Gilmar F. Mendes:

[...] a decisão não significa que não são possíveis prisões provisórias sem trânsito em julgado, apenas que é necessário que estejam presentes os requisitos para tanto. O que se condena é uma norma abstrata que não considere esses requisitos.⁴²

Essa exceção ao princípio da presunção de inocência, do qual se refere Gilmar F. Mendes é muito bem abordada pelo penalista Eugênio Pacelli, que salienta que:

[...] a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que – sabe-se, a mais não poder – toda decisão dos tribunais superiores, seja para apreciar; seja para rejeitar o cabimento de recurso especial ou extraordinário, pode levar muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária (primeiro e segundo grau). O Direito, enquanto conjunto de regras, há que se manter aberto às exceções, inerentes à complexidade do mundo da vida e à diversidade histórica.⁴³

Ao se analisar o atual contexto do art. 283, CPP, perceber-se que há uma forte restrição à execução provisória em matéria penal – pois é presumível que, dessa forma, o texto do CPP melhor se coaduna com o texto constitucional, observa-se:

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.366 de São Paulo, SP, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acessado em: 25.02.2016>.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 498.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁴⁴

Verifica-se quase que uma cópia do art. 5º, inciso LVII da CF/88. E mais, se for analisada a antiga redação do parágrafo único do art. 387, do CPP, redação dada pela Lei nº 11.719/2008, é possível observar que desde 2008 a prisão só era válida se fundamentada pela autoridade competente, confira-se:

Art. 387.

[...]

Parágrafo único: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.⁴⁵

Pormenoriza o professor penalista, ao justificar a nova redação da prisão preventiva trazida pela Lei nº 12.403/11, que o artigo 311 possibilita a decretação da prisão preventiva em qualquer fase da investigação ou processo, analisa-se:

No entanto, com a Lei nº 12.403/11, o art. 311 já recebeu outra redação, permitindo a decretação da prisão preventiva em qualquer fase do processo (o que inclui a sentença condenatória). A rigor, permite a prisão até mesmo por decisão do Tribunal, no exercício de sua competência recursal (isto é, quando pendente recurso).⁴⁶

Porém, diante desse aspecto amplo da presunção de inocência, sustenta que:

[...] o art. 595 (que previa a deserção da apelação pela fuga do réu), foi objeto de revogação expressa (art. 4º). Ao propósito, e mesmo antes da alteração, registrem-se os termos da Súmula 347, do Superior Tribunal de Justiça, nesses termos: "*O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.*" A posição da Suprema Corte é também nesse sentido.⁴⁷

Ora, diversos critérios asseguram a correta aplicação da prisão cautelar, segundo artigo 312, do CPP. Todavia, insistir na prisão provisória como suplício daquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si – burlando a necessidade de sentença definitiva –

⁴⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25.02.2016

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 501.

⁴⁷ Ibidem. p. 501.

significa grave atentado contra a dignidade humana. Existe afronta à dignidade humana, também, quando o legislativo insiste em ideias abstratas de decretação da prisão preventiva, como é o caso do motivo “ordem pública”. Nesse sentido destaca Andrey Borges de Mendonça:

Talvez a maior dificuldade diga respeito ao estudo da prisão preventiva para garantia da ordem pública e sua adaptação ao conceito de cautelar. Realmente, não se trata de prisão com finalidade cautelar, ao menos como tradicionalmente conceituada pela doutrina, como medida conservativa. Quando se pretende com força neste argumento não se busca assegurar para preservar e conservar, mas sim são antecipados alguns efeitos de eventual sentença condenatória, em face de um risco que mais se aproxima daquilo que os italianos chamam de perigo de *tardivité*, perigo este solucionado por medidas satisfativas.⁴⁸

Por ora, cabe enfatizar o raciocínio apresentado que a decretação ou manutenção de prisão preventiva após a sentença passou a demandar inequívoca demonstração da necessidade do encarceramento, visto que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado tem natureza de prisão processual e nunca de antecipação de pena. Como bem destaca Pacelli:

Como se vê, então, a prisão cautelar: (a) depende de ordem judicial fundamentada; (b) pode ser decretada até a sentença condenatória; e (c) fundamenta-se nas razões da prisão preventiva, exceção feita à prisão temporária (Lei nº 7.960/89, art. 1º).⁴⁹

Antes de abordar o atual posicionamento da Suprema Corte quanto ao cumprimento antecipado da pena, cabe fazer um introito: sabe-se que os recursos às instâncias superiores possuem fundamentação vinculada à legislação federal, no caso do recurso especial; e constitucional, caso o recurso seja o extraordinário. Sob a análise do artigo 637 do CPP, visualiza-se que não se dá efeito suspensivo ao ingressar com esses recursos. Ainda, a análise das questões discutidas em RE ou REsp., serve apenas ao interesse coletivo, não diz respeito apenas ao postulante.

Evidentemente pouquíssimos recursos ao Supremo absolveram réus, conforme aponta Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC 126.292/SP. Noticiou o Ministro que, entre

⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 101.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 500.

janeiro de 2009 e abril de 2016, menos de 3% dos recursos foram providos pelo Supremo Tribunal Federal, seja a favor do réu, seja a favor do Ministério Público⁵⁰.

Com efeito, esgotadas as instâncias ordinárias, o acórdão manifestado por um tribunal de justiça indica com bastante confiabilidade que o réu é culpado. Portanto, nesse ponto, tecnicamente a presunção de inocência não será afastada caso seja determinado o cumprimento da pena, ainda que pendente de recursos. Mas será enfraquecida.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, ponto 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Por sua vez, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Em suma, trata-se em grande parte em afirmar que “a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito”⁵¹. Ou seja, a presunção de inocência não impede que o réu seja tratado equitativamente durante todo o processo. Conforme as evidências vão se esplandecendo, mais criminoso é o culpado e mais rigor da lei poderá sofrer o acusado.

Na oportunidade, cabe fazer análise do *Habeas Corpus* 126.292/SP, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal de Federal, em 17/02/2016. Na análise do presente remédio, a maioria do Plenário negou provimento ao HC, fundamentando no sentido que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. No julgamento, o Ministro Relator Teori Zavaski justificou que a manutenção da sentença penal em uma segunda instância encerra a análise de fatos e provas, que, por conseguinte, confirmam a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena.

Em seu voto, o Relator, citando a Ministra aposentada, Ellen Gracie, no julgamento do HC 85886 destaca: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Habeas Corpus n. 126.292 de São Paulo, SP. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>>. Acessado em: 13.05.2016.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 84.078 de Minas Gerais, Rel. Min. Eros Grau, j. 5-2-2009. Voto do Min. Marcos Aurélio. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009.

jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”⁵².

Atentando-se para o risco de ocorrerem erros judiciários, o Ministro, em seu voto, salientou:

[...] podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.⁵³

Diversos advogados alegaram que o STF se curvou à opinião pública ao antecipar o cumprimento de pena⁵⁴. Isto é, conforme destaca Alberto Zacharias Toron, o STF foi infeliz ao escamotear a máxima efetividade da Constituição, pois:

“Primeiro porque, a pretexto de se interpretar a Constituição, negou-se vigência a uma garantia do cidadão. Ao invés de lermos que não se presume a culpa até o trânsito em julgado, agora devemos ler que não se presume a culpa até o julgamento em segunda instância. Se o Constituinte errou, pior para ele. Mudar a regra constitucional, nem pensar. O Supremo faz isso sozinho, tiranicamente”⁵⁵.

Em sentido contrário à opinião dos advogados, foi o Juiz federal Sérgio Moro, titular da 13ª Vara Federal em Curitiba-PR, responsável pelos processos da Operação Lava-Jato.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 85886 do Rio de Janeiro, RJ, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/09/2005. **Lex:** DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 454-461.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 126292 de São Paulo, SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. **Lex:** PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

⁵⁴ VASCONCELLOS, Marcos de. LUCHETE, Felipe. GRILLO, Brenno. **Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinio-publica-antecipar-pena>>. Acessado em 29.02.2016.

⁵⁵ Ibidem. Nesse mesmo sentido, Fernando Hideo Lacerda, Lenio Luiz Streck, Celso Vilarde, Guilherme San Juan Araujo, Bruno Rodrigues, Marcelo Leonardo, Daniel Bialski, Augusto de Arruda Botelho, Pierpaolo Cruz Bottini, entre outros.

Para o magistrado: “O Supremo, com respeito à minoria vencida, fechou uma das janelas da impunidade no processo penal brasileiro”⁵⁶. Ou seja, ele ratificou o que foi sustentado pelo Ministro Relator Teori Zavascki ao afirmar que “Não há violação da presunção de inocência pois a prisão opera após o julgamento, com a consideração de todas as provas, e ainda por um Tribunal de Apelação. Reinsere a prática jurídica brasileira nos parâmetros internacionais sobre a matéria”.⁵⁷

O que ocorreu em 17/02/2016 no Plenário do STF foi uma volta ao passado, pois, como citado, o Supremo respaldava-se na prisão provisória como justificativa de assegurar a aplicação da pena em qualquer circunstância, enfraquecendo a presunção de inocência. Ressalta-se que o que ficou estabelecido no HC 126292/SP foi o cumprimento da prisão-pena de forma prematura; não a prisão provisória. Mas ainda assim, visualizamos o enfraquecimento da presunção de inocência.

Importante notar no voto do Ministro Relator do HC nº 126.292/SP, que não há qualquer menção ao sistema carcerário brasileiro, mas, sim, referência aos modelos internacionais. Sendo que, esses modelos de países citados no voto (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina), em sua maioria, possuem economia mais elevada e desenvolvimento cultural bastante diversificado em relação ao Brasil.⁵⁸

Os impactos dessa alteração de posicionamento do STF poderão ser sentidos na posteridade, sobretudo no caso dos graves problemas carcerários, pois o Brasil possui em torno de 600 mil presos; número que com ou sem a citada decisão, não param de aumentar.

Enfatiza-se o posicionamento contrário à mais recente posição do STF salientando que todos são presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento prematuro da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Com efeito, “a regra é a liberdade e o

⁵⁶ “Fechou uma janela da impunidade”, diz Moro sobre decisão do Supremo”. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fechou-uma-janela-da-impunidade-diz-moro-sobre-decisao-do-supremo/>>. Acessado em 29.02.2016

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 126292 de São Paulo, SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. **Lex:** PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”⁵⁹.

⁵⁹ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Penal**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 1249.

3. PRISÃO PREVENTIVA

Como já observado no presente trabalho, a prisão preventiva não é uma antecipação da pena, mas sim uma cautelar, assim como as demais medidas cautelares citadas no artigo 319, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011. Importante perceber, no entanto, que essa medida cautelar é a mais comum e conseqüentemente a mais aplicada. Assim, emerge-se a sensação de que, devido ao grande número de presos provisórios, há uma antecipação da pena. E, segundo o CPP, em apenas três circunstâncias é usado o referido instrumento: a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP); b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (an. 282, § 4º, CPP).

3.1. Cabimento das Medidas Cautelares

Antes, porém, necessário tecer rápida informação quanto à liberdade provisória, que, segundo o CPP, vem a ser apenas a explicitação das hipóteses de medidas cautelares por ocasião da restituição da liberdade, sempre a partir da prisão em flagrante. Haverá casos em que a fiança, uma das cautelares, será vedada (artigos 323 e 324, do CPP); e, outros, nas quais se exigirá do aprisionado apenas o comparecimento a todos os atos do processo (artigo 310, parágrafo único, do CPP), ou, nenhuma cautelar será imposta, devendo ser restituída a liberdade (artigo 283, § 1º, do CPP).

Mas, acima de tudo, vale informar que a preventiva é absolutamente incompatível com o instituto da liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança. Sendo cabível a liberdade provisória, é porque não estão presentes os requisitos da medida cautelar. E se estiverem presentes os requisitos da preventiva, incompatibilizada está a liberdade provisória.

A regra mais importante a ser destacada no tema – não apenas da prisão preventiva, mas de todas as medidas cautelares – são os dois grandes pilares de sustentação para o correto manuseio do instituto. São observados nos incisos I e II do art. 282, do CPP:

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

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

II - **Adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (grifou-se)⁶⁰

Segundo Pacelli, tanto para as medidas cautelares diversas da prisão, quanto para a decretação da prisão preventiva, estão presentes as mesmas exigências, quanto ao juízo de necessidade da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal). Nesse ponto, a Lei Processual Penal traz um entendimento subentendido do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas, isto é:

[...] a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a atual orientação da legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana. *Necessidade* e *adequação*, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da *proporcionalidade*.⁶¹

Importante observar que o postulado da proporcionalidade, presente também implicitamente na Constituição de 1988, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber:

a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;

b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.⁶²

⁶⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17.05.2016.

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 504.

⁶² *Ibidem*, p. 505.

Assim, a necessidade e adequação estão presentes nas medidas cautelares para assegurar que a medida adotada seja coerente à dignidade humana, proporcional ao ilícito penal, e, sobretudo, como anteriormente observado, que a aplicação de qualquer medida seja para garantir o normal desenvolvimento do processo, isto é, à tutela do processo – daí o caráter instrumental das medidas.

Os requisitos das medidas cautelares, bem como da prisão preventiva, são o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, isto é, aparência do fato delituoso e perigo de fuga, respectivamente. Aury Lopes Júnior, ao trabalhar sobre esses dois fundamentos, explica:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (...) O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.⁶³

No campo apenas da prisão preventiva, pode-se concluir que, segundo Pacelli, existem duas características marcantes, “(a) ela será autônoma, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior; e (b) ela será subsidiária, a ser decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta”.⁶⁴

Em síntese, para a decretação da preventiva é fundamental a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou de participação na infração (art. 312, caput, in fine, CPP).

3.2. Hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva

Ocorre que a presença conjunta de apenas esses dois requisitos, materialidade e o indício de autoria, que simbolizam a justa causa, não são suficientes para a decretação pelo

⁶³ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 848.

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 551.

juiz da prisão preventiva. Necessário a presença de uma das situações consideradas de risco pelo legislador do Código de Processo Penal, a saber: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; ou, (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Tais pressupostos são observados no art. 312, do citado diploma processual.

Segundo o art. 312, do CPP, alguns fundamentos fáticos para a decretação da prisão preventiva são de caráter bastante abertos – veja a “ordem pública” no texto legal. Devido a isso, existe a necessidade de observação tanto dos fundamentos das cautelares, quanto da dupla necessidade/adequação, donde subtende-se a proporcionalidade, analisa-se o citado artigo:

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.

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).⁶⁵

Ocorre que, como observado pelo jurista Antônio Magalhães Gomes Filho, esse aspecto amplo da legislação somado aos critérios a serem observados na fundamentação, tornam-na demasiadamente difíceis. Assim seu “conteúdo fortemente emotivo pode propiciar a ruptura dos padrões de legalidade e certeza jurídica, fundamentais na matéria examinada, autorizando os juízes a formular definições puramente persuasivas, que encobrem juízos de valor”.⁶⁶

Diversas críticas são levantadas em relação aos critérios delineados pelo artigo 312, do CPP, principalmente no que tange à “ordem pública”. Na oportunidade já foi registrado a crítica de Andrey Borges de Mendonça a esse instituto; vale ainda destacar a crítica de Pierpaolo Bottini:

Ordem pública não tem relação com o ato praticado. Garantir a ordem pública é preservar a expectativa da sociedade na produção de um processo penal completo, em ordem, sem turbações. Antecipar a pena não é garantir a ordem, mas legitimar o arbítrio, como já apontou o STF em inúmeros

⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17.05.2016.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As motivações das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 225.

precedentes. No entanto, alguns magistrados ainda interpretam ordem pública de forma abrangente, sob a perspectiva do ato praticado e de seus efeitos, sem atentar que esse ato praticado só gera consequências jurídicas quando reconhecido por sentença definitiva [...]. Assim, o abalo à ordem pública e econômica é exclusivamente constatado pela presença de elementos objetivos indicativos da periculosidade do agente, sua disposição para a continuidade delitiva. Qualquer outra definição de ordem pública ou econômica seria vedada, não pela leitura isolada do art. 312 (cuja redação não é alterada pela proposta), mas justamente em face do disposto no art. 282, I válido para toda e qualquer cautelar – inclusive para a prisão.⁶⁷

Além dos quatro requisitos já citados, presentes no caput do art. 312, vale destacar um quinto requisito, acrescentado pela Lei nº 12.403/2011. Trata-se do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP). Esse requisito é o que melhor explica o caráter subsidiário da prisão preventiva, pois, quando o legislador da citada Lei de 2011 estabeleceu diversas outras medidas cautelares diversas da prisão, deixou claro com esse § 4º, do art. 282 c/c p. único, do art. 312, ambos do CPP, que a prisão processual era medida extema.

É fundamental observar as alterações produzidas na prisão preventiva após a vigência da Lei nº 12.403/2011, pois além de fazer com que a sua decretação se sujeite às regras das demais cautelares, ela também inovou ao ressaltar a impossibilidade de aplicação da prisão cautelar de ofício pelo juiz, isso quando não existir ação penal. Observe a redação do artigo 282, § 2º, da citada Lei:

Art. 282.

[...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁶⁸

Diante disso, observando e criticando positivamente essas inovações legislativas, destacou Gilson Sidney Amâncio de Souza, em precioso artigo sobre a prisão preventiva:

Essa inovação representa um tímido, mas válido, avanço do legislador na direção do sistema acusatório consagrado na Constituição da República,

⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): Novas Regras para a Prisão Preventiva**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em 02.03.2016.

⁶⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17.05.2016.

sinalizando uma cada vez mais marcada tendência de desgarrar o processo de seu viés inquisitorial, e de há muito já vinha sendo reclamada pela doutrina.⁶⁹

E acrescenta:

Mais consentâneo com o sistema acusatório, e melhor adequado à garantia de um juiz imparcial e equidistante seria a exigência de requerimento ou representação em quaisquer hipóteses, já que não se concebe, em um processo de partes, que o juiz, sem que o autor da ação o pleiteie, conceda qualquer tutela, seja definitiva, seja cautelar. Ademais, a decisão de decretar a prisão preventiva, iniciativa própria do juiz, revela, inegavelmente, uma predisposição deste ao reconhecimento da culpa do acusado.⁷⁰

3.3. Características dos crimes que ensejam a aplicação da medida cautelar extrema

Antes da Lei nº 12.403/2011, o artigo 313 do CPP já havia sofrido duas reformas desde a sua primeira redação, a primeira em 1967, a segunda em 1977. Essa última alteração, dada pela Lei nº 6.416, assim era posta:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - punidos com reclusão; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)⁷¹

Ou seja, as infrações que comportavam a prisão preventiva eram demasiadamente abstratas, ensejando a aplicação da medida extrema em situações que destoavam da proporcionalidade agora vigente.

⁶⁹ SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. **A prisão preventiva no regramento da Lei 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/email/prisaopreventivageral.pdf>>. Acessado em 02.03.2016.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26.06.2016.

Observada a discussão quanto as arbitrariedades que porventura possam surgir ao se interpretar os citados fundamentos fáticos, há, por sua vez, a proporcionalidade para sopesar esse aspecto amplo da norma e evitar a aplicação da prisão provisória em situações desnecessárias. Para tanto, o artigo 313 do CPP abordou a regra geral da proporcionalidade no campo dessa prisão provisória:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁷²

Analisa-se que devido a permissão de aplicação do cárcere provisório ser apenas para crimes dolosos, segundo inciso I, seria possível afastar o seu uso em crimes culposos, salvo raríssimas exceções, como em crimes culposos no trânsito, bem observado pelo Professor Pacelli:

Há que se ponderar, todavia, que, como em todo o Direito - e já fizemos essa observação antes - há que se deixar em aberto a possibilidade da ocorrência de casos excepcionais. Há hipóteses de crimes culposos no trânsito em que o autor é mais que reincidente na conduta de direção embriagada, produzindo e reproduzindo danos e mortes a terceiros. Em situações como essas, por exemplo, e excepcionalmente, se poderá pensar na imposição de cautelares e até mesmo de prisão preventiva, em último caso. Por quê? Porque nas aludidas circunstâncias será possível a condenação definitiva em pena privativa da liberdade, como resultado final do processo. Nesse caso, excepcional é certo, não haveria desproporção na eventual decretação de preventiva, unicamente como substitutiva de cautelar descumprida. Aliás,

⁷² BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17.05.2016.

renove-se aqui a referência que fizemos ao art. 294 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito), que prevê medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.⁷³

Questão controvertida na doutrina é a discussão de outra situação excepcional de aplicação de prisão preventiva. É admitida a prisão quando existir dúvida sobre a identidade civil da pessoa, conforme observado no já transcrito parágrafo único do artigo 313 do CP. Tecendo críticas nesse ponto, Nestor Távora salienta:

Quando exista dúvida sobre a identidade civil da pessoa, e o agente não fornece elementos suficientes para esclarecê-la: ora, a ausência de identificação civil idônea, e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 3º da Lei nº 12.037/09 (que revogou a Lei nº 10.054/2000), a sua identificação criminal, incluindo o processo datiloscópico e fotográfico, não sendo caso, a nosso sentir, de prisão.

Esta hipótese de decretação, da forma como colocada, só incidirá em situação excepcional, tal como se pode imaginar pela recusa do indiciado em se submeter, inclusive, à identificação criminal, gerando risco à garantia da aplicação da lei penal ou a própria instrução. Todavia, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação (civil ou criminal, acrescentamos), salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (parágrafo único, do art. 313, com redação determinada pela Lei nº 12.403/2011).⁷⁴

Segundo a regra geral, afasta-se também a prisão preventiva para os crimes dolosos com pena inferior a quatro anos. A exceção para essa situação é se o condenado for considerado reincidente, com decisão transitada em julgado, por outro crime doloso, segundo o exposto inciso II, do art. 313.

Cabe salientar que, no caso de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas, mesmo que seja em crime doloso com pena inferior a quatro anos, pode ser decretada a prisão provisória, levando-se em conta apenas as circunstâncias fáticas do art. 312, do CPP, isto é, não há necessidade de vinculação com o art. 313 sempre que se for decretar uma prisão cautelar. Nessa situação, ter-se-á a prisão subsidiária, segundo parágrafo único do citado art. 312.

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 520.

⁷⁴ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Penal**. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 1259.

Outras exceções ao 313, I, são abordadas pelo Professor Pacelli, como o “crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal.⁷⁵ Pois os delitos de associação criminosa sempre vêm acompanhados de outros, a eles conexos. Há também exceção ao teto do art. 313, CPP, ao se aplicar aos concursos de crimes (material, formal e continuado), na conformidade dos arts. 69, 70 e 71 do CP, quando a somatória, em abstrato, das penas cominadas aos delitos atingir o limite do citado art. 313, I (superior a quatro anos).

Não se pode deixar de mencionar a aplicação da medida cautelar extrema quando o crime envolver violência doméstica e familiar, segundo o inciso III, do art. 313, do CPP. Com o objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, esta hipótese foi inserida pelo art. 42 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no intuito de dar maior efetividade às medidas protetivas, disciplinadas nos artigos 22, 23 e 24 do referido diploma normativo. Fazendo as devidas críticas ao instituto, Aury Lopes Jr. esclarece:

Em primeiro lugar, não criou o legislador um novo caso de prisão preventiva, ou seja, um novo *periculum libertatis*, pois, para isso ocorrer, a inserção deveria ter sido feita no art. 312, definindo claramente qual é o risco que se pretende tutelar. O segundo aspecto a ser considerado é a péssima sistemática da Lei n. 11.340. Por mais respeitável (e necessária) que fosse a intenção de proteger a mulher da violência doméstica, infelizmente é uma lei tecnicamente mal elaborada, pois mistura, absurdamente, matéria penal com questões civis, criando uma monstruosidade jurídica. A definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista no art. 7º da Lei, é de uma vagueza apavorante, com disposições genéricas, alternativas e ambíguas. Uma leitura apressada levaria à (errada) conclusão de que “qualquer conduta que configure ameaça, calúnia, difamação ou injúria” (art. 7º, V, da Lei n. 11.340) autorizaria a prisão preventiva pela incidência do art. 313, III, quando o juiz determinasse, por exemplo, a proibição de contato com a ofendida (art. 22, III, “b”, da Lei n. 11.340). Um absurdo.⁷⁶

Importante destacar, quando se trata de exceções aos requisitos objetivos do art. 313, do CPP, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (HC 170.443-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE, 8.9.2011), que abordou aspectos da Lei nº 11.340/06, sobretudo na parte em que cuida das medidas protetivas de urgência em favor da mulher nas infrações que configurem violência doméstica, e decidiu que quando houver o risco de reiteração da conduta e não se revelar adequada outra medida cautelar diversa da prisão, pode-se decretar a prisão provisória.

⁷⁵ Ibidem, p. 561.

⁷⁶ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 612.

3.4. Prazos da prisão preventiva

A prisão preventiva, irá flutuar ao sabor da presença ou ausência dos elementos que autorizariam a decretação. É movida pela cláusula *rebus sic stantibus*, assim, se a situação das coisas se alterar, revelando que a medida não é mais necessária, a revogação é obrigatória.⁷⁷

O CPP não define um prazo para a prisão preventiva, todavia, encontra-se em lei específica uma definição de tempo, observando-se o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 12.850/13, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas e estabelece o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual período, para o encerramento da instrução.

A regra geral é construída pela jurisprudência, que usa a razoabilidade para definir um critério legal de prazo e não ensejar em constrangimento ilegal. Assim explica Pacelli:

O somatório dos prazos para o estabelecimento do que seria o prazo legal para o encerramento da ação penal, alcançou-se o total de 81 dias (de 101 dias, se prorrogado o prazo de 15 dias para a conclusão do inquérito, no âmbito da Justiça Federal), levando-se em consideração desde os prazos para conclusão do inquérito até o prazo para a prolação da sentença, nos termos do art. 800, I, e § 1º, do CPP. Referido prazo se referia ao somatório dos prazos apenas no rito comum, ordinário, sendo perfeitamente válida a argumentação no sentido de que, tratando-se de outro rito processual, referido prazo deveria ser alterado e adequado aos limites da lei⁷⁸.

Observa-se que o prazo tende a ser determinado após análise de qual o procedimento que conduzirá à apuração do fato, assim será possível analisar os prazos dos atos processuais, salvo algumas exceções que transpassam o somatório dos prazos de cada ato. Salientando em todo caso o postulado da razoabilidade e proporcionalidade.

Buscando explicar uma tentativa de estabelecimento objetivo do prazo da prisão preventiva, Renato Brasileiro aduz:

Esse prazo de 81 (oitenta e um) dias foi fixado em *leading case* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em consideração aos prazos legais fixados para a prática de atos processuais no antigo procedimento comum ordinário dos crimes punidos com reclusão, em se tratando de acusado preso, decorrendo da soma do prazo de todos os atos da persecução penal, desde o início do inquérito policial ou da segregação do acusado, até a prolação da sentença, sem que fossem levados em consideração nessa contagem os prazos para a movimentação cartorária. Confirma-se tais prazos : 1) Inquérito : 10 (dez) dias (CPP, art. 1º, caput) ; 2) Denúncia: 5 (cinco) dias (CPP, art. 46, caput) ; 3)

⁷⁷ Ibidem, p. 612.

⁷⁸ Ibidem, p. 565.

Defesa Prévia: 3 (três) dias (CPP, antiga redação do art. 395 , caput); 4) Inquirição de testemunhas : 20 (vinte) dias (CPP, antiga redação art. 401, caput); 5) Requerimento de diligências: 2 (dois) dias (CPP, revogado art. 499, caput) ; 6) Despacho do requerimento de diligências : 10 (dez) dias (CPP, revogado art. 499, ele art. 800, § 3º) ; 7) Alegações das partes: 6 (seis) dias (CPP, revogado art. 500, caput) ; 8) Diligências *ex officio*: 5 (cinco) dias (CPP, revogado art. 502 , c/c art. 800, inciso II); 9) Sentença: 20 (vinte) dias (CPP, revogado art. 502, ele art. 800, § 3º).⁷⁹

Ocorre que, após decisões do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de 81 (oitenta e um) dias passou a ser mitigado, pois o Tribunal estabeleceu que eventual excesso no momento do oferecimento da denúncia poderia ser compensado ao longo da instrução processual. Observa-se a Súmula nº 21, do respectivo Tribunal: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução”; no mesmo sentido há também a Súmula nº 52, do STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo, ambas do citado Tribunal”. E, ainda, Súmula 64, do STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Nesse sentido, veja importante julgado do HC 59736, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. DECRETO CONSTRITIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

(...)

3. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade. 4. A demora no término da instrução probatória pode ser atribuída, entre outras causas, ao comportamento do acusado, inclusive, em razão de sua fuga do distrito da culpa, bem como em razão da complexidade dos fatos a serem apurados, compreendendo duas tentativas de homicídio em conexão com dois crimes de receptação e pluralidade de réus. 5. Ordem denegada, em conformidade com parecer ministerial.⁸⁰ (Grifou-se.)

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador/BH: Juspodivm, 2015, p. 956.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 59.736 de São Paulo, SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJe 11/10/2007.

A contagem do prazo terá início com a prisão do acusado, seja ela preventiva, seja ela decorrente de flagrante delito, convertida (em preventiva) em razão da existência de seus requisitos (art. 310, II c/c parágrafo único, CPP).

Importante observação faz o professor Pacelli quanto a análise do prazo no processo do Tribunal do Júri, “o prazo de conclusão do procedimento reservado à acusação e à instrução preliminar é de 90 dias (art. 412, CPP), aos quais se somaria o prazo de prisão anterior (preventiva e temporária, se houver) ao recebimento da denúncia ou queixa.”⁸¹

Portanto, deve-se entender que a regra geral a ser sustentada é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se admitindo a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites legais pré-estabelecidos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.⁸²

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 567.

⁸² *Ibidem*. p. 569.

4. NÚMEROS DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme matéria veiculada no ano de 2015, no site de notícias G1, é possível notar a grave crise nos presídios brasileiros:

“Com um déficit de 244 mil vagas no sistema penitenciário, o Brasil já conta com 615.933 presos. Destes, 39% estão em situação provisória, aguardando julgamento. É o que mostra um levantamento feito pelo G1 com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal referentes a maio deste ano”.⁸³

Já foi destacado no presente trabalho que, ao se elaborar a Lei nº 12.403/11, além das garantias processuais e fortalecimento da presunção de inocência, havia ainda a necessidade de diminuir a massa carcerária que não possuía decisão definitiva na justiça. Percebe-se que mesmo com o acréscimo das novas medidas não ocorreram mudanças significativas na massa carcerária, no que se refere à condição de preso provisório. Segundo o Relatório do Departamento Penitenciário Nacional - DEPN:

O Brasil exibe, entre os países comparados, a quinta maior taxa de presos sem condenação. Do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez (41%), estavam presas sem ainda terem sido julgadas.⁸⁴

Pelos dados do Ministério da Justiça/Infopen a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas em 2014. Nota-se um aumento de 575% (quinhentos e setenta e cinco por cento) de 1990 a 2014 da massa carcerária. Desses, 41%, isto é, 250.213 (duzentos e cinquenta mil e duzentos e treze) são presos sem condenação. Repara-se que esses dados, do ano de 2014, são anteriores aos dados informados pelo sítio de notícias G1, todavia não se nota qualquer diminuição no número de presos provisórios. Vide o gráfico da evolução das pessoas privadas de liberdade até o ano de 2014 (em mil):⁸⁵

⁸³ Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acessado em: 29/03/2016.

⁸⁴ Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (DEPN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acessado em: 8 jan. 2016. p. 13.

⁸⁵ *Ibidem*.

Gráfico 1 - Aumento da população prisional (em milhares)



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Gráfico 1 - Crescimento da população prisional brasileira – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ.

Fonte: Ministério da Justiça, 2014

Os dados mostram que a diversidade de medidas cautelares não está sendo satisfatória, seja pela sua aplicação desproporcional; ou, seja pela banalização de sua aplicação pelos aplicadores do direito. A pressão da sociedade, que almeja sempre a prisão como o fim de quaisquer crimes – e não como *ultima ratio* também influencia nas decisões dos magistrados, assim como a criação de novas leis pelo Legislativo que destoam das garantias abarcadas na Constituição Federal de 1988.

A já citada matéria jornalística veiculada no site de notícias G1 já vinha destacando o problema dos presos provisórios:

Um dos principais problemas enfrentados diz respeito à quantidade de presos provisórios. Atualmente, há 238 mil presos aguardando julgamento dentro dos presídios – 39% do total. No Piauí, o índice chega a 66%. No estado, há casos como o de um detento que roubou R\$ 200 de um comércio e um ano e quatro meses depois ainda não foi julgado.⁸⁶

Observa-se que não há mais capacidade no sistema penitenciário de alocar os presos provisórios; paralelamente, o judiciário não consegue dar o andamento necessário às prisões em flagrante, julgando-as em tempo razoável: situação que pode ser corrigida com a aplicação das audiências de custódia. Consequentemente, como não existem em alguns estados estrutura para tantos presos provisórios, a solução foi a colocação desses no regime fechado, situação que afronta o art. 102, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), que define a Cadeia Pública como o local adequado para os presos provisórios, *in verbis*:

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

⁸⁶ Ibidem.

Os mapas a seguir indicam os números mais contemporâneos referentes à situação carcerária do Brasil. No primeiro mapa, retirado da reportagem de Clara Velasco, Rosanne D'Agostino e Thiago Reis, veiculada pelo site G1, em 24/06/2015, verifica-se que existe superlotação em todos os entes da federação, com uma média de 65,8% de superlotação nacional. De todas as unidades da federação, o que causa espanto é a situação do Estado de Pernambuco, que possui taxa de 184% de superlotação de presos. Observa-se o “Raio X do Sistema Prisional em 2015”⁸⁷.

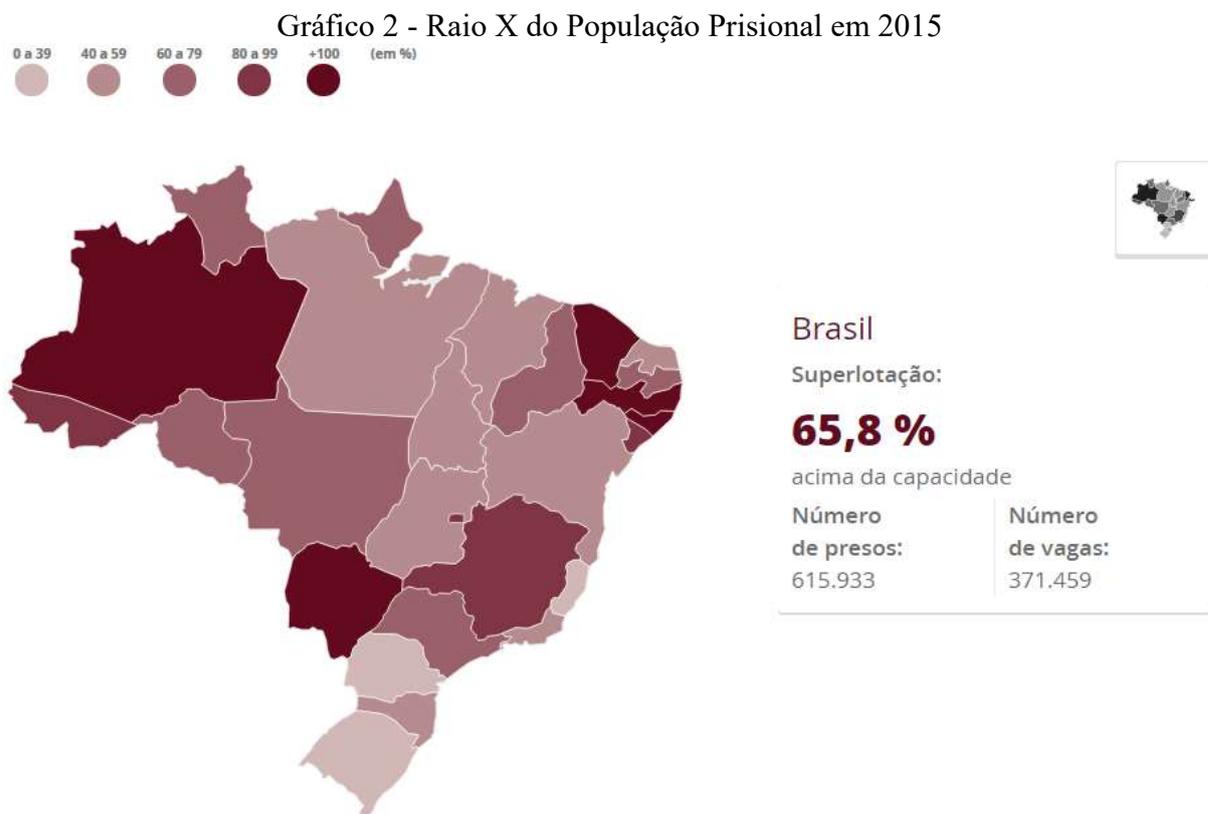


Gráfico 2 - Raio X do Sistema Prisional em 2015. Superlotação nos presídios brasileiros (2015)
Fonte: G1/Globo.com, 2015.

Com efeito, verifica-se que a população geral dos presos é grande, sendo necessárias diversas ações para solucionar esse problema de falta de espaço. Como noticiado, falta de espaço nos presídios e condições das penitenciárias não serão abordados no presente trabalho.

Voltando os olhos para a enorme quantidade de presos provisórios aguardando julgamento, fácil perceber que grande parte desse grupo é hipossuficiente econômico, não podendo arcar com uma defesa técnica. Nesse sentido, vale lembrar as palavras da socióloga Camila Nunes Dias:

⁸⁷ Raio X do Sistema Prisional em 2015. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/raio-x-do-sistema-prisional/> Acessado em: 29/03/2016.

Há uma enorme quantidade de presos provisórios aguardando julgamento em regime fechado, o que é um absurdo. E vale lembrar que isso só acontece porque essas pessoas, em sua absoluta maioria, são desprovidas de assistência jurídica. (...) muitos juízes estão descolados da realidade social brasileira e acabam condenando as pessoas à pena de prisão de forma indiscriminada. Quando tem condições de pagar um bom advogado, sobretudo quando não cometeu um crime violento, a pessoa consegue aguardar o julgamento em liberdade.⁸⁸

Assim, quanto aos presos provisórios, temos o seguinte mapa:⁸⁹

Gráfico 3 – Percentual de presos provisórios no Brasil em comparação com os já condenados até o ano de 2015

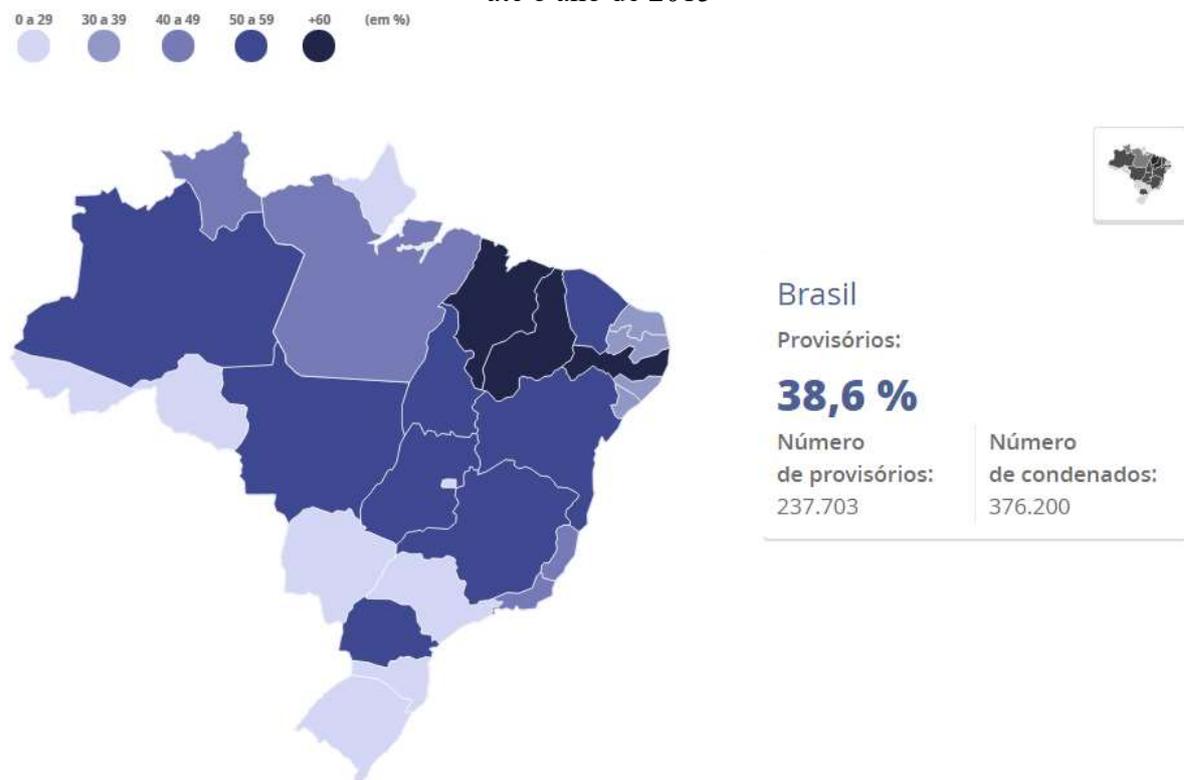


Gráfico 3 – Número de Presos Provisórios no país 2015. Superlotação nos presídios brasileiros (2015)
Fonte: G1/Globo.com, 2015.

Percebe-se que o Piauí tem o maior percentual de presos provisórios do Brasil, com 2,4 mil pessoas presas sem condenação, 66% do total de presos no estado, segundo reportagem veiculada em 23/06/2015, e elaborada pela jornalista Gilcilene Araújo. Segundo ela:

Dos 3.591 presos que vivem atrás das grades do sistema prisional do Piauí, 2.368 ainda aguardam julgamento. Os presos provisórios representam 65,9%

⁸⁸ Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acessado em: 29/03/2016.

⁸⁹ Ibidem.

da população carcerária do estado, o maior percentual do país, de acordo com levantamento do G1.

No estado, só um em cada três presos já teve a sentença proferida por um juiz (1.181, ao todo). Enquanto isso, homens permanecem presos mesmo tendo a possibilidade de cumprir a pena em liberdade ou receber uma medida alternativa.⁹⁰

Nesse ponto é importante destacar o uso desarrazoado das medidas cautelares, isto é, escamoteando os casos cabíveis e aplicando de imediato a prisão preventiva nas prisões em flagrante. Segundo Aury Lopes Jr. “está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez que suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.”⁹¹

A Lei nº 12.403/2011, objeto do presente trabalho, tratou de deixar claro na nova redação do art. 282 a necessidade e adequação da medida a ser aplicada. Com efeito, a prisão cautelar deve ser imposta somente como *ultima ratio*, sendo ilegal a sua determinação quando suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas. Observa-se ainda o caráter subsidiário da prisão cautelar ao se analisar a redação do inciso “II”, do artigo 310, do CP, que diz que a preventiva somente será cabível quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Importante repensar a lógica social que estigmatiza os supostos criminosos, classificando-os, de imediato, como culpados, não se privilegiando o devido processo legal, bem como o princípio da presunção de inocência.

Pensando nisso, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, entidade ligada ao Ministério da Justiça, publicou em sua Revista “Pensando o Direito”, nº 54, de 2015, um estudo sobre as prisões preventivas em dois entes da federação, Bahia e Santa Catarina, sob o título: *Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico*. Observa-se no texto que:

O excesso de prisão no sistema penal brasileiro se inicia pelo excesso de prisões em flagrante e se completa pela alta taxa de conversão dos flagrantes

⁹⁰ Piauí tem o maior percentual de presos provisórios do Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/06/piaui-tem-o-maior-percentual-de-presos-provisorios-do-brasil.html>>. Acessado em: 29/03/2016.

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 20.

em medidas cautelares de prisão. Esse quadro é possível por força de um padrão de grave irracionalidade interpretativa que domina a leitura do sistema penal, tal como promovida pelos seus principais atores, ênfase especial conferida aos magistrados criminais, mas não somente eles.⁹²

A busca excessiva das condenações faz com que aumentem os erros na gestão inicial do processo, aplicando medidas desnecessárias, logo, as prisões – que seriam locais para a retribuição, sobretudo na ajuda da reabilitação do preso – servem apenas como locais de aperfeiçoamento dos crimes, propiciando o surgimento das facções criminosas. Essas organizações criminosas atuam tanto dentro quanto fora dos estabelecimentos; e, devido o grande número de presos provisórios circulando nas penitenciárias (junto com os presos com condenação definitiva, destoando do mandamento legal que estabelece a divisão desses indivíduos), grande parte dos presos provisórios são aliciados pelas organizações criminosas para cometerem delitos – tudo antes de serem levados à presença de um juiz na audiência preliminar.

Importante salientar que grande parte das prisões preventivas são oriundas de prisões em flagrante. Com efeito, se for analisado os dados levantados pelo estudo elaborado pelo IPEA sobre o excesso de prisão provisória, é possível concluir, mesmo com dados referentes apenas a Bahia e Santa Catarina, que as prisões em flagrante são o grande fato gerador, tanto das prisões cautelares, quanto das condenações. Observa-se:

Estabelecendo-se como forma quase exclusiva de repressão a delitos, as prisões em flagrante aparecem como garantia para o funcionamento do próprio sistema criminal. A manutenção da prisão em flagrante e a sua protelação temporal figuram nesses dados como instrumentos de legitimação do sistema de justiça. Sem as prisões em flagrante, praticamente não haveria processos criminais, pois na Bahia o número de réus nessa situação é de 89,6%, e em Santa Catarina, de 77,5%. No crime de tráfico, o quadro indica que a quase totalidade dos réus foi alvo do flagrante (98,3% na Bahia e 93,8% em Santa Catarina). As médias para os outros crimes não desmentem o argumento, pois o número de prisões efetuadas após a expedição de um mandado judicial é expressivamente menor, mesmo quando atinge a sua maior média, no caso do roubo em Santa Catarina (31,6%).⁹³

O impacto que a Lei nº 12.403/2011 produziu diante desse cenário não foi de grande significativa, pois, segundo o Relatório produzido pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária (Working Group on Arbitrary Detention), da United Nations Human Rights, de

⁹² Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Excesso de prisão provisória no Brasil:** Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos Legislativos; Ipea, 2015, p. 38.

⁹³ *Ibidem*.

2014, sob o símbolo “A/HRC/27/48/Add.3”, referente as prisões provisórias no Brasil, destaca-se que:

85. As a result of excessive detention, detention facilities are usually overcrowded. In some cases, the number of detainees was found to exceed the capacity by 100 per cent. In addition, this situation could be further exacerbated if the estimated 192,000 arrest warrants currently pending were to be executed.

86. Despite the amendment made to the Criminal Procedure Code in 2011 to allow for alternative measures to detention, the Working Group observed that there had been no substantial reduction in the use of detention since the introduction of the amendment. In incidences where measures such as bail were applied, the detainee was not able to pay the amount required. It should not be assumed, however that these amounts are systematically established at a level higher than the paying capability of individuals.⁹⁴

Isto é, com o número de detenção excessiva, as prisões ficam sempre lotadas, com casos que superam a capacidade em mais de 100 % (cem por cento) da capacidade total dos presos para determinado estabelecimento. Realidade que, segundo o Relatório da ONU, pode ser agravada se os estimados 192.000 mandados de prisão atualmente pendentes fossem executados.⁹⁵

Continua afirmando que, apesar da alteração introduzida no Código de Processo Penal em 2011 para permitir as medidas alternativas à detenção, o Grupo de Trabalho observou que não tinha havido redução substancial do uso da detenção desde a introdução da alteração. Observaram que medidas como a fiança não eram exploradas, pois o preso não era capaz de pagar a quantia exigida.⁹⁶

Salientou o Grupo de Trabalho da ONU que, em uma tradução livre, “a privação de liberdade foi imposta, mesmo em situações em que a infração foi considerada menor, como um roubo não violento, mesquinho ou por falta de pagamento de pensão alimentícia,

⁹⁴ Em uma tradução livre: “85. Como resultado da detenção excessiva, os presídios são geralmente superlotados. Em alguns casos, o número de detidos é capaz de exercer 100 por cento do limite. Além disso, esta situação pode ser agravada se os estimados 192.000 mandados de prisão pendente fossem executados. 86. Apesar da alteração introduzida no Código de Processo Penal em 2011 para permitir as medidas alternativas à detenção, o Grupo de Trabalho observou que não tinha havido nenhuma redução substancial do uso da detenção desde a introdução da alteração. Em circunstâncias onde foram aplicadas medidas como a fiança, o detido não foi capaz de pagar o montante exigido. Não deve ser endossado, no entanto, que esses valores sejam sistematicamente estabelecidos a um nível mais elevado do que a capacidade econômica dos indivíduos”.

ONU. Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil (8 to 28 March 2013). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/065/53/PDF/G1406553.pdf?OpenElement>>. Acessado em: 04.04.2016

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

levantando sérias preocupações no que respeita à aplicação do princípio da proporcionalidade”⁹⁷.

Vale observar que o Instituto Sou da Paz, que elaborou o estudo “*Sumário executivo de pesquisas sobre prisão provisória Fascículo 3 - Drogas e Prisão Provisória | Agosto de 2013*”, manifestou preocupação quanto ao número de prisões em flagrante ocorridas na cidade de São Paulo/SP – principalmente quanto à Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), segundo a qual em 390 processos criminais na cidade de São Paulo, relativos ao período entre janeiro e outubro de 2012, nada menos do que 98,3% das prisões verificadas haviam decorrido de flagrantes. No universo pesquisado, os crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas concentravam 96,2% das infrações.⁹⁸

Com efeito, é possível constatar a necessidade de mudanças legislativas que abordem mecanismos para minimizar o uso desproporcional das medidas cautelares. Observa-se que as alterações legislativas, sobretudo com a Lei nº 12.403/2011, não foram significativas para a mudança no cenário das prisões cautelares, seja porque houve sua desnaturalização ou falta de uso pelos operadores do direito, seja porque diversas leis mais duras e com o escopo de encarcerar em massa – oportunismos legislativos – foram elaboradas escamoteando quaisquer estudos sobre os impactos no sistema prisional, como a citada Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Por fim, diante do exposto e na tentativa de diminuir as arbitrariedades apontadas – entre a prisão em flagrante e a prisão provisória, o CNJ deu início à aplicação da Audiência de Custódia no Brasil, ao perceber que os atos de natureza inquisitorial entre a prisão e a apresentação ao juiz eram demasiadamente longos, pois a lei exige da polícia judiciária a apresentação dos autos de flagrante – não do preso em pessoa – para ser analisado pelo juiz responsável em até 24 horas. A Audiência de Custódia, tendência mundial, presente em diversos tratados internacionais, fortalece a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana, começa a ser aplicada pela justiça brasileira. A regulamentação da aplicação desse instituto no Brasil se encontra em tramitação no Congresso Nacional, no Projeto de Lei nº 554/11.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Sumário executivo de pesquisas sobre prisão provisória Fascículo 3 - Drogas e Prisão Provisória | Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/artigos/pesquisa_UFF_MJ_prisao_provisoria.pdf>. Acessado em 04.04.2016.

5. O USO DESPROPORCIONAL DAS MEDIDAS CAUTELARES E OS BENEFÍCIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Selecionando julgados que apontam a desproporcionalidade no uso das cautelares, observa-se que os Tribunais, bem como a Corte Máxima, trabalham no sentido de fazer valer a proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares. Inicialmente, analisa-se o HC 123.863/RN, julgado no Supremo Tribunal Federal, no qual a medida extrema de prisão preventiva era aplicada de maneira destoante do ordenamento jurídico, para atender finalidade da qual não se presta a prisão preventiva. Analisa-se:

EMENTA: Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. **MEDIDA CAUTELAR DESPROPORCIONAL**. ÓBICE DO ART. 313, I, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. A frustração do ato citatório e o tempo de suspensão do processo, sob a perspectiva exposta no decreto de prisão, são fundamentos inidôneos para a custódia cautelar, porque tornam a apresentação do paciente em juízo uma condição resolutive do título prisional, finalidade para a qual não se presta a prisão preventiva estabelecida no art. 312 do Código de Processo Penal. 2. **A prisão cautelar revela-se desproporcional ao fato imputado na denúncia (= furto de um bebedouro de água), o qual, a toda evidência, é desprovido de lesividade a justificar a medida extrema.** Com efeito, em caso de condenação, o regime de cumprimento de pena será, em tese, diverso do fechado, considerando a pena em abstrato prevista para o delito de furto (de um a quatro anos). 3. O art. 313, I, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 12.403 /2011) estabelece que será admitida a decretação da prisão preventiva: “I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, situação não verificada nos autos. 4. Ordem concedida. (grifou-se)⁹⁹

Em oportunidade mais recente, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se pela concessão do *Habeas Corpus* nº 330532/SP que discutia a prisão preventiva de um jovem, primário, sem antecedentes, preso por porte insignificante de drogas. Na decisão é possível observar que, se houvesse a obrigatoriedade de aplicação da Audiência de Custódia, provavelmente não seria decretada a prisão do autor do delito. Observa-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IMPLEMENTAÇÃO

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 123.863 de Rio Grande do Norte, RN, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 07/10/2014. Lex: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014

DISCIPLINADA TÃO SOMENTE NO ÂMBITO DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÃO OBRIGATORIEDADE QUANTO AO DEMAIS MUNICÍPIOS. CONSTRIÇÃO CAUTELAR. **REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE JOVEM, PRIMÁRIO E SEM REGISTRO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SEGREGAÇÃO DESPROPORCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.** 1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. Disciplinada a implantação da audiência de custódia tão somente no âmbito da capital do Estado de São Paulo, a conversão do flagrante em preventiva nas demais localidades se dá mediante o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao Juízo competente, nos termos do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, exatamente como procedido na hipótese. 3. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer a análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação. 4. **A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.** 5. **No caso, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de ínfima quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e às condições pessoais do agente, jovem com apenas 24 (vinte e quatro) anos de idade, primário e sem registro de antecedentes criminais.** 6. **Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.** 7. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal. (grifou-se)¹⁰⁰

Não só os tribunais superiores ou o Supremo Tribunal Federal são os personagens que protagonizam os recursos daqueles que sofrem com medidas díspares da sistemática da Lei nº 12.403/2011. Diversos juízes singulares decretam a medida cautelar de prisão provisória como primeira opção, restando aos Tribunais locais o trabalho de conformar as decisões aos ditames legais. Veja-se algumas dessas decisões:

Ementa: HABEAS CORPUS - CRIME DE DESACATO - RESISTÊNCIA - DANO - NEGATIVA DE AUTORIA - VIA IMPRÓPRIA - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - NECESSIDADE - MEDIDA DESPROPORCIONAL - APLICAÇÃO DE MEDIDAS

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 330.532 de São Paulo, SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015.

CAUTELARES - ADEQUAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - 1. A questão acerca da negativa de autoria diz respeito ao cerne da lide penal, inviável de ser aprofundada nos estreitos limites da ação de habeas corpus, notadamente quando presentes, de maneira concreta, indícios de autoria e materialidade delitivas. 2. Embora a análise de periculosidade deva ser feita caso a caso, via de regra **não se afigura proporcional a manutenção da segregação cautelar de paciente detido pela suposta prática de delitos punidos com pena de detenção**. 3. Observados os critérios dispostos no artigo 282 do CPP, recomenda-se a concessão da liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP. Grifou-se.¹⁰¹

Ementa: HABEAS CORPUS - LESÃO CORPORAL - PRISÃO PREVENTIVA - MEDIDA CAUTELAR EXTREMA DESPROPORCIONAL - ORDEM CONCEDIDA. - Em observância ao princípio da proporcionalidade, a medida cautelar extrema da preventiva, torna-se descabida quando não demonstrada sua real necessidade. Grifou-se.¹⁰²

Ementa: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RÉU PRIMÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APENAS PELA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MEDIDA QUE SE REVELA INADEQUADA E DESPROPORCIONAL AO CASO CONCRETO. PRISÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS CAUTELARES. Ordem concedida, ratificando a liminar. Grifou-se.¹⁰³

Verifica-se que muitas prisões cautelares poderiam ser evitadas caso a audiência de custódia fosse a regra diante das prisões em flagrante. Retirar da frente do juiz o “auto de prisão em flagrante” e colocar diante dele o preso em flagrante é um avanço e fortalecimento do princípio da presunção de inocência. Buscando esse avanço e na falta de dispositivo legal, o Termo de Cooperação Técnica nº 7/2015, do Conselho Nacional de Justiça, tentou dar um aspecto “legal”, suscitando os Tribunais de Justiça a regulamentarem a audiência de custódia por atos *interna corporis*:

Os partícipes engendrarão esforços para alcançar os seguintes objetivos: a) conferir aplicabilidade a normas de direito internacional (definidas no art. 9º, item 3º, do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, e no art. 7º, item 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e que já integram o ordenamento jurídico nacional, por força do dispositivo no art. 5º §2º, da Constituição Federal), assegurando-se efetividade às providências

¹⁰¹ BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais-MG - Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.15.062202-5/000, Relator(a): Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/08/2015, publicação da súmula em 03/09/2015. Data de publicação: 03/09/2015.

¹⁰² BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais-MG - Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.13.093705-5/000, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/01/2014, publicação da súmula em 16/01/2014.

¹⁰³ BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Habeas Corpus n. 70058922154, Terceira Câmara Criminal, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 10/07/2014. Publicado no Diário da Justiça do dia 21/08/2014.

contempladas no art. 310 do Código de Processo Penal, contribuindo para aprimorar os mecanismos de prevenção e combate às práticas previstas na Lei 9.455/1997 [...].¹⁰⁴

Com efeito, em 6 de fevereiro, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia, inicialmente em São Paulo, conforme informa o sítio eletrônico do CNJ¹⁰⁵. No Provimento Conjunto nº 03/2015, editado pelo TJSP, ficou registrado diversos procedimentos para a correta condução do preso em flagrante à autoridade judiciária¹⁰⁶.

A audiência de custódia está prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado pelo Brasil no Decreto nº 592, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), que foi aceita pelo Brasil em 1992, pelo Decreto nº 678.

Conforme expõe o sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, a referida audiência “trata da apresentação do autuado preso em flagrante delito perante um juiz, permitindo-lhes o contato pessoal, de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão”.¹⁰⁷

O escopo principal da audiência é a entrevista imediata do preso com o juiz, para tentar evitar abusos e prolongamentos da prisão em flagrante. Essa apresentação do preso ao juiz pode ajudar no melhor manuseio das medidas cautelares diversas da prisão, aplicando-as após discussões entre as partes do processo penal. Ainda, aprimorando a *necessidade* e a *adequação* de algumas medidas que possam vir a serem impostas. Importante observação de Aury Lopes Jr. sobre o tema:

Temos que o objetivo principal da Audiência de Custódia é garantir a oralidade no controle jurisdicional da prisão decorrente do flagrante, de forma que com a concretização do contraditório com a participação efetiva de acusação e defesa, seja dada legitimidade à decisão do juiz. Dessa forma, não se admite a produção antecipada de provas nem a realização de

¹⁰⁴ Cooperação Técnica nº 7/2015, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>>. Acessado em: 06.04.2016.

¹⁰⁵ Conselho da Justiça Federal. **Histórico da implantação da audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acessado em: 09.05.2016.

¹⁰⁶ Poder Judiciário de São Paulo. DJE, **Provimento Conjunto nº 03/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/dc5953a3f7991bfeb2938bb49abb8583.pdf>>. Acessado em: 09.05.2016

¹⁰⁷ O que é a audiência de custódia? Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acessado em 13.04.2016.

interrogatório, podendo os agentes processuais somente juntar documentos para lastrear os respectivos pleitos.¹⁰⁸

Dessa forma, os juízes teriam mais informações para decidir, em último caso, se convertem ou não o flagrante em provisória. Verificando-se de imediato que não há necessidade dessa conversão, o instituto da audiência de custódia trará (como consequência) uma diminuição das prisões sem condenação, pois crimes não violentos poderiam ter a sua persecução penal com o réu solto, hipótese constatada pela ONG Human Rights Watch, ao analisar a implantação da medida no estado do Maranhão, veja:

Em quase metade dos casos que fizeram parte do programa piloto conduzido no Estado que registrou os piores índices de violência em prisões dos últimos anos, os juízes decidiram que não cabia prisão provisória e determinaram a liberação dos detidos. Nos casos em que as decisões foram baseadas apenas nos documentos policiais, os juízes determinaram a liberação do detido em apenas 10 por cento dos casos, embora o direito internacional preveja que a prisão provisória deve ser último recurso, privilegiando a liberdade.¹⁰⁹

Verifica-se que a Audiência de Custódia ajuda no sistema processual penal, além de ser um fortalecimento da presunção de inocência, garantia do contraditório, e de diversos outros princípios constitucionais e legais. É também capaz de diminuir o número de presos provisórios, bem como garantir a adequada aplicação das medidas cautelares diversas da prisão trazidas pela Lei nº 12.403/2011.

Entretanto, muitos embates circulam entre as instituições que manuseiam essa ferramenta. Observa-se, por exemplo, o desabafo do delegado Rodrigo Larizzate da 4ª Delegacia de Polícia Civil do Guará, em Brasília-DF, que publicou um vídeo criticando a decisão da justiça de soltar dois “traficantes da cidade” – termo usado pelo citado delegado, em uma audiência de custódia. Em determinado trecho ele sustenta,

“Pasmem, [foram soltos] sem fiança. Trabalho árduo, passamos a madrugada na rua para prender traficantes de drogas, conseguimos uma prisão com filmagens, com drogas apreendidas. Crack, no caso. E um dia depois, os dois são colocados em liberdade porque são traficantes que não integram

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acessado em: 8 jan. 2016.

¹⁰⁹ HRW. **Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/267868>>. Acessado em: 8 jan. 2016

organização criminosa. Isso é uma vergonha, é um absurdo, é ridículo. Pois bem, esse é o país em que você vive”.¹¹⁰

Em resposta, o Juiz Fernando Barbagalo publicou um artigo em jornal local no qual rebate os argumentos do Delegado Rodrigo, afirmando:

É utopia pensar numa sociedade sem crimes. Mesmo em países mais desenvolvidos (sócio e economicamente) ocorrem delitos de toda a ordem. Igualmente utópico (ou inocente) é o pensamento majoritário no Brasil de que a punição penal pode diminuir e quiçá acabar com a criminalidade sempre crescente. Esse é um pensamento que está enraizado no inconsciente coletivo (bombardeado com notícias diárias sobre crimes violentos) e que atinge também, com frequência, os operadores do direito, os quais, sob o fundamento vago "proteção da sociedade", entendem que se está autorizado a prender (punir) as pessoas antes mesmo que sejam julgadas, negando direitos fundamentais dispostos na Constituição e na legislação vigente.

Ilustra exemplarmente esse pensamento, vídeo panfletário postado por um delegado de polícia do Distrito Federal em que, a pretexto de - alegações suas - "prestar um serviço de utilidade pública", tece críticas a uma decisão judicial que concedeu liberdade provisória a pessoas detidas por suposto crime de tráfico de drogas.

[...]

A autoridade policial chega ao cúmulo de afirmar que a liberdade provisória foi concedida "sem fiança", quando se sabe, ou se deveria saber (e informar aos incautos, leigos em direito) que a Constituição, no art. 5º, XLIII, consagra a inafiançabilidade do crime de tráfico (o que não impede a concessão de liberdade provisória, segundo entendimento do STF).

[...]

No entanto, não foi informado no vídeo que a prisão foi substituída por quatro medidas cautelares pessoais, tais como: comparecimento mensal e pessoal em juízo, proibição dos presos se ausentarem do Distrito Federal e de alterarem seus endereços sem prévia autorização judicial, além de recolhimento noturno da 0h às 5h, tudo em conformidade com os arts. 285, § 2º e 319, do CPP.

[...]

Por fim, omitiu-se que todos os presos devem ser julgados e condenados antes de serem punidos. Sim, parece démodé, mas é exigência constitucional (art. 5º, LIV) e também, para desalento de muitos, são considerados

¹¹⁰ Insatisfeito com sistema judiciário, delegado faz desabafo na internet. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2016/01/10/interna_cidadesdf,513484/insatisfeito-com-o-sistema-judiciario-delegado-faz-desabafo-na-intern.shtml>. Acessado em: 21.01.2016

inocentes antes de serem julgados (art. 5º, LVII) e sequer poderiam ser chamados, como o foram, de traficantes.¹¹¹

Observa-se que a inquisitorialidade do procedimento administrativo no âmbito da polícia judiciária não privilegia o contraditório, podendo gerar abusos por parte da autoridade competente pela condução do inquérito. Com efeito, a inclusão da audiência de custódia nessa etapa de investigação traduz-se em um controle de maior qualidade pelo juiz quanto à situação do preso em flagrante.

Essa avaliação feita pelo juiz sobre o preso em flagrante, e não mais perante os documentos (auto de prisão em flagrante) elaborados pela autoridade competente da polícia judiciária, adianta o contato do réu ao judiciário, que, possivelmente, seria feita meses após sua prisão.

Como já afirmado, não existe uma regulamentação no Brasil que dite os passos da audiência de custódia, existe apenas um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (PLS nº 554/2011). Malgrado os embates entre as instituições (judiciário e polícia judiciária), e a fim de solucionar essa ausência legislativa e dar contornos à previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, alguns Tribunais de Justiça, incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça, passaram a regulamentar a audiência de custódia por meio de atos internos exarados pelos próprios Tribunais, como provimentos e resoluções.

Os conflitos entre as instituições envolvidas, como o citado entre a PCDF e o judiciário, desembocou no ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, promovida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), contra o Provimento Conjunto nº 03/2015, do TJSP. Na ação, a Adepol defendeu que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que a competência para legislar sobre a matéria é da União (art. 22, I, da CF/88), por meio do Congresso Nacional.

No julgamento da ADI 5240/SP, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 20/8/2015, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ter caráter supralegal, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Em outras palavras, a CADH

¹¹¹ BARBAGALO, Fernando. **A Mensagem e o Mensageiro**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2016-1/a-mensagem-e-o-mensageiro-juiz-fernando-barbagalo>>. Acessado em: 21.01.2016.

inovou o ordenamento jurídico brasileiro e passou a prever expressamente a audiência de custódia.

Ademais, a apresentação do preso ao juiz está intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o *habeas-corpus*. A essência desse remédio constitucional, portanto, está justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Justamente por isso, o CPP estabelece que “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar” (art. 656). Veja o Informativo nº 795, do STF, que aborda o julgado:

O Plenário, por maioria, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face do Provimento Conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que determina a apresentação de pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar de audiência de custódia no âmbito daquele tribunal. A Corte afirmou que o art. 7º, item, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teria sustado os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuiriam no ordenamento jurídico brasileiro, como ficara assentado pelo STF, no julgamento do RE 349.703/RS (DJe de 5.6.2009). Ademais, a apresentação do preso ao juiz no referido prazo estaria intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o “habeas corpus”. A essência desse remédio constitucional, portanto, estaria justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador pudesse, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Não seria por acaso, destarte, que o CPP consagraria regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu art. 656, segundo o qual “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Então, não teria havido por parte da norma em comento nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da referida convenção internacional — ordem supralegal —, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos.

[...]

Sendo normas a ostentar fundamento de validade situado diretamente na Constituição Federal, seria possível o seu controle pela via da ação direta. No ponto, observar-se-ia que os princípios da legalidade (CF, art. 5º, II) e da reserva de lei federal em matéria processual (CF, art. 22, I) teriam sido observados pelo ato normativo impugnado. O Provimento Conjunto 3/2015 não inovaria na ordem jurídica, mas apenas explicitaria conteúdo normativo

já existente em diversas normas do CPP — recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual — e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem — reconhecida pela jurisprudência do STF como norma de “status” jurídico supralegal. Outrossim, inexistiria violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). De fato, não seria o ato normativo emanado do tribunal de justiça que criaria obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, teriam efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los.¹¹²

A referida decisão do STF fez com que a implantação da audiência de custódia no âmbito dos Tribunais de Justiça ganhasse força, contando, atualmente, com a adesão de todos os Estados da federação, bem como de todas as Justiças Federais, conforme consta na página eletrônica sobre no tema, no sítio do CNJ¹¹³.

Superado os embates institucionais, passa-se à análise prática da audiência de custódia. O Núcleo de Audiências de Custódia, unidade ligada a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, faz publicação estatística mensal dos dados referentes às audiências de custódia realizadas no âmbito local – dando-se transparência à sociedade dos atos pertinentes à audiência.

Com efeito, analisando-se os dados referente ao ano de 2015 (meses de outubro a dezembro), observa-se que 2.322 audiências foram realizadas, sendo que em 43% houve conversão da prisão em flagrante em preventiva. Impressiona o fato de que em 57% das prisões em flagrante houve a concessão de alvará de soltura. Veja-se a tabela referente ao período de 2015¹¹⁴:

Tabela – Número de Audiências de Custódia realizadas entre outubro e dezembro de 2015, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios-TJDFT, Brasil, 2015

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA REALIZADAS EM 2015			
Mês	Audiências Realizadas	Alvarás de Soltura	Conversão em Preventiva
Outubro	550	317	233
Novembro	882	493	389
Dezembro	890	524	366
Total	2322	1334	988

Fonte: TJDFT, 2015.

¹¹² Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 795**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm>>. Acessado em: 09.05.2016.

¹¹³ Conselho da Justiça Federal. **Termos de Adesão dos Estados**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acessado em: 09.05.2016.

¹¹⁴ Núcleo de Audiências de Custódia. **Audiências de custódia realizadas em 2015**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/AUDINCIASDECUSTDIA2015.pdf>>. Acessado em: 18.05.2016.

No ano de 2016 (janeiro a março) observa-se o seguinte dado referente às audiências de custódia no âmbito do TJDFT¹¹⁵:

Tabela – Número de Audiências de Custódia realizadas entre janeiro e março de 2016, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios-TJDFT, Brasil, 2015

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA REALIZADAS EM 2016				
Mês	Audiências Realizadas	Alvarás de Soltura	Conversão em Preventiva	Relaxamento de Prisão
Janeiro	949	526	419	4
Fevereiro	912	511	398	3
Março	1056	524	526	6
Abril	1074	558	511	5
Total	3991	2119	1854	18

Fonte: TJDFT, 2015.

Observa-se que houve 53,0% de alvarás de soltura, contra 46,5% de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Outros 0,5% referem-se ao relaxamento de prisão.

Constata-se que existe para o preso em flagrante uma chance de mais de 50% (cinquenta por cento) de ser concedida a liberdade provisória no âmbito da justiça do TJDFT. Destaca-se que as prisões em flagrante são de crimes como tráfico, roubo, furto, crimes de trânsito, porte de arma, receptação (os seis crimes de maior incidência na justiça do âmbito do TJDFT) e outros, conforme informa os documentos do Núcleo de Audiência de Custódia¹¹⁶.

Obviamente os juízes respaldaram-se em razões factíveis para a concessão da liberdade provisória em detrimento da prisão preventiva, possivelmente somando-se a essa liberdade outras medidas cautelares diversas da prisão, dando-se, portanto, ênfase ao caráter subsidiário da prisão preventiva. De fato, a audiência de custódia está atendendo a expectativas importantes, como o fortalecimento da presunção de inocência e a não banalização das prisões preventivas. Esse otimismo pode ser destacado no recente relatório feito pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, que publicou o “Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo”, contemplando na pesquisa o período de fevereiro/2015 a março/2016.¹¹⁷

¹¹⁵ NÚCLEO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA. **Audiências de custódia realizadas em fevereiro de 2016**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/productividade/productividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/NACfevereiro2016.pdf>>. Acessado em: 18.05.2016.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>> Acessado em: 26.06.2016.

Nessa publicação do IDDD foi mostrado o resultado das 19.472 audiências realizadas naquele Estado brasileiro, que foi o primeiro a implantar tal instituto, restando a seguinte informação:

De acordo com a estatística por eles fornecida, no período entre fevereiro de 2015 e março de 2016, houve um total de 53% de decretações de prisão preventiva e 47% das pessoas foram postas em liberdade, seja pela concessão de liberdade provisória, seja pelo relaxamento de flagrantes.

[...]

As audiências de custódia representam um inegável avanço para a justiça criminal brasileira, não apenas pela oportunidade de humanização dos profissionais ligados ao direito, mas também por terem se tornado realidade num momento em que o país vive uma onda conservadora, em que conquistas democráticas se encontram ameaçadas.¹¹⁸

Observando as melhorias promovidas pela implantação da audiência de custódia, destaca-se um bom resultado se observado a perspectiva econômica. O Conselho Nacional de Justiça, em seu “Relatório Anual 2015”, ressaltou que:

Segundo cálculos, o projeto já gerou uma economia superior a R\$ 500 milhões aos cofres públicos desde fevereiro, montante que pode subir para R\$ 14 bilhões ao longo do próximo ano. Isso porque R\$ 4,3 bilhões deixariam de ser gastos apenas com essas detenções, já que cada preso custa, em média, R\$ 3 mil ao Estado e o projeto pretende evitar a prisão desnecessária de 120 mil pessoas. A esse valor soma-se uma economia de R\$ 9,6 bilhões referentes à construção de 240 presídios para acomodar, cada um, cerca de 500 presos.¹¹⁹

No mesmo documento o CNJ destaca o contexto geral das audiências no ano de 2015:

De acordo com dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do CNJ, o percentual de soltura após a instalação das audiências de custódia varia entre 35% e 81%, dependendo do estado, resultando em uma média de 45% entre os quase 15 mil casos analisados por magistrados de todo o país. Os números apontam ainda que, em 51% dos casos, a pessoa continuou presa, o que condiz com o objetivo do projeto, ou seja conceder o benefício da soltura a 120 mil pessoas. Em 4% dos casos as prisões foram consideradas ilegais.¹²⁰

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Anual 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/423d01efe90cb5981200f1d03df91ec5.pdf>>. Acessado em: 26.06.2016.

¹²⁰ Ibidem.

Observa-se, portanto, que a principal vantagem na realização de tal audiência é fortalecer o respeito das garantias constitucionais, inibindo a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais. Almeja-se de igual forma minimizar a possibilidade de prisões manifestadamente ilegais e, conseqüentemente, reduzir o número de presos provisoriamente.

CONCLUSÃO

Nota-se, no presente trabalho, o caminho um pouco circular da prisão preventiva. Analisando-se o seu histórico é possível constatar que a atual prisão cautelar condiz, em partes, com o seu conceito de criação, isto é, prende-se para depois investigar. Obviamente que na atualidade não existem as atrocidades da era inquisitiva, mas vale o levantamento histórico para conhecer bem os problemas do passado e não voltar a repeti-los – apenas adaptar e fortalecer o que de melhor existe no instituto, sempre com foco na dignidade da pessoa humana.

O tratamento inicial dado ao preso em flagrante, no que tange à aplicação das medidas cautelares, caminha para grandes e longas discussões, primeiro por ele ser detentor de direitos e garantias fundamentalmente instituídos na Constituição Federal de 1988; e, em segundo ponto, por não existir mais espaço nos presídios, considerando a quase metade de presos provisórios. De imediato, consigna-se: é notável e saldável a atual situação que privilegia a observância da proporcionalidade na aplicação de qualquer medida ao preso.

Pode-se dizer que, nos locais destinados aos presos em geral, existe um Estado de Coisas Inconstitucional, situação já reconhecida pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF nº 347 – momento em que o Supremo Tribunal Federal confirmou a existência de inúmeras violações de direitos fundamentais causadas pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Com efeito, diante do amplo número de pessoas presas que tem os seus direitos violados, necessário diversos ajustes pelo Poder Público para se garantir minimamente a ordem no sistema carcerário. Exemplo de ajuste é, após a análise do presente trabalho, a criação da Lei nº 12.403/2011 – que se revelou uma excelente proposta de melhoria do sistema.

Todavia, como ficou registrado nas pesquisas realizadas, sobretudo nas decisões dos juízes singulares, não houve grande aval por parte do judiciário em fazer bom uso das novas cautelares trazidas pela lei, podendo-se concluir que houve banalização das cautelares, sendo aplicada, em grande parte, apenas a prisão preventiva como medida alternativa à prisão em flagrante.

Devido à postura destoante com a Carta Constitucional de 1988 que sustenta taxativamente a presunção de inocência, e o postulado da proporcionalidade – construído após uma análise sistêmica da Constituição de 1988, é plausível a conclusão de que não existe, por parte do judiciário, um respeito à *ultima ratio* cautelar, chegando-se a aplicar a prisão preventiva até mesmo quando não existiam condições objetivas para tal opção. Situação que extrapola a proporcionalidade, a presunção de inocência, e, sobretudo, a própria legislação constitucional.

A audiência de custódia foi uma medida necessária implantada pelo judiciário. Pode-se dizer que houve um ativismo judicial, pois foi posta pelo judiciário visando justamente fortalecer a observância dos preceitos constitucionais, contribuído também com a redução do número de prisões preventivas, ou seja, uma verdadeira política pública. Essa redução fica evidente após análise dos dados listados no presente trabalho, sobretudo no âmbito da justiça local do Distrito Federal, que mostrou um grande percentual de concessões de alvará de soltura.

Conclui-se, portanto, que a aplicação das audiências de custódia, mesmo considerando o pouco tempo de uso do instituto, está sendo uma grande contribuição com a redução do número de presos provisórios, sendo um mecanismo de freio contra eventuais arbítrios e desproporcionalidades na aplicação da Lei nº 12.403/2011; sobretudo na decretação da prisão preventiva.

Essa conclusão coaduna com a conclusão apresentada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa após análise da aplicação de audiência de custódia em São Paulo:

Ressalta-se, por fim, que o aprimoramento desse novo instrumento é ao mesmo tempo uma necessidade, do ponto de vista jurídico, e uma escolha, do ponto de vista político. Todo o potencial de transformação cultural, que passa pela conscientização da centralidade do princípio da presunção de inocência, muitas vezes violado pela decretação de prisões preventivas penalizadoras, precisa se concretizar. As prisões precisam dar lugar às medidas cautelares, da mesma forma que os preconceitos precisam dar lugar à interação entre as pessoas presas, o juiz, o promotor e o defensor. A oportunidade também se apresenta aos órgãos do Poder Executivo, que devem oferecer estrutura de atendimento psicossocial que possa dialogar e trabalhar em parceria com o Judiciário.¹²¹

¹²¹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acessado em: 26.06.2016.

Cabe observar, por fim, que a audiência de custódia não é a solução cabal contra os arbítrios do estado-juiz, vale lembrar, por exemplo, o novo entendimento da Suprema Corte quanto ao cumprimento imediato da pena após a confirmação da sentença por colegiado: forte afronta à presunção de inocência. Portanto, é necessário sempre deixar em evidência a discussão sobre as proteções constitucionais dos presos – sobretudo na aplicação antecipada do maior suplício, a prisão. Pode-se dizer que é sustentável a hipótese de o Estado absorver erroneamente um homicida cruel; todavia é imperdoável a manifestação errônea por parte do titular do *jus puniendi* em posicionar-se da forma mais atroz possível sobre uma situação na qual seria incabível a postura rigorosa, condenando um inocente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Habeas Corpus n. 126.292 de São Paulo**, SP. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>>. Acessado em: 13.05.2016.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARBAGALO, Fernando. **A Mensagem e o Mensageiro**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2016-1/a-mensagem-e-o-mensageiro-juiz-fernando-barbagalo>>. Acessado em: 21.01.2016.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: modificações da lei n. 6416, de 24 de maio de 1977**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. 10ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2016.

_____. Código de Processo Penal. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Senado, 2011. <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 1 jan. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Exposição de Motivos do Código Penal**. Diário do Congresso Nacional do Brasil – Seção 1, Brasília, DF, 1.07.1983, pg. 14. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 13.02.2016

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (lei 12.403/11) - Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em 13.02.2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Histórico da implantação da audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acessado em: 09.05.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Anual 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/423d01efe90cb5981200f1d03df91ec5.pdf>>. Acessado em: 26.06.2016.

DECLARAÇÃO DOS HOMENS E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acessado em: 20.04.2016

GOMES, Luiz Flávio. **A Lei 12.403 é solução para o déficit dos presídios?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-07/coluna-lfg-lei-1240311-solucao-deficit-presidios>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

GOMES, Luiz Flávio (Org.); MARQUES, Ivan Luís (Org.); **Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403, 4 de maio de 2011**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As motivações das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). **Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma**. Disponível em: <<http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciaria-impulsiona-reforma>>. Acesso em 17 de maio de 2015.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acessado em: 26.06.2016.

LIMA, Renato Brasileiro, **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador/BH: Juspodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acessado em: 8 jan. 2016.

_____. **Prisões Cautelares**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acessado em: 25.02.2016.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Bahia: Ed. JusPodivm, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acessado em: 2 jan. 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). **Excesso de prisão provisória no Brasil: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)**. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos Legislativos; Ipea, 2015.

NÚCLEO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA. **Audiências de custódia realizadas em 2015**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produktividade/produktividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/AUDINCIASDECUSTDIA2015.pdf>>. Acessado em: 18.05.2016

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

ONU. Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil (8 to 28 March 2013). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/065/53/PDF/G1406553.pdf?OpenElement>>. Acessado em: 04.04.2016

SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. **A prisão preventiva no regramento da Lei 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/email/prisaoprev-entivageral.pdf>>. Acessado em 02.03.2016

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Penal**. Bahia: JusPodivm, 2016.

VASCONCELLOS, Marcos de. LUCHETE, Felipe. GRILLO, Brenno. **Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>>. Acessado em 29.02.2016.