

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

YURI RODRIGUES IASBECK

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PRISÃO PROCESSUAL E SUAS FINALIDADES

UBERLÂNDIA

2017

YURI RODRIGUES IASBECK

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PRISÃO PROCESSUAL E SUAS
FINALIDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da UFU como requisito básico
para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira
Cunha

Uberlândia

2017

RESUMO

É de grande importância o estudo sobre a Audiência de Custódia e das finalidades das espécies de Prisão Processual para que se encontrem as raízes dos problemas que resultam encarceramento em massa brasileira que aguarda ainda o trânsito em julgado. Desse modo, por meio de dados estatísticos, de lições doutrinárias e jurisprudências pode-se entender com maior profundidade as razões pela qual o Brasil possui tais estatísticas. A partir das lições doutrinárias, encontram-se as finalidades das espécies de Prisão Processual e, conseqüentemente, ao observar os casos concretos, se tais finalidades não forem encontradas conclui-se que a aplicação da lei não está sendo realizada com muito rigor, ademais é uma situação delicada pelo fato de o preso provisório ter sua liberdade restringida sem que o Estado comprove que tal preso não é inocente. A Audiência de Custódia é uma grande inovação que não permite o abandono do preso em flagrante, assim, a morosidade ou o excesso de burocracia não será mais empecilho para que alguém permaneça preso em estado de abandono.

Palavras-chave: Audiência de Custódia, Prisão Processual, abandono do preso, estado de abandono, encarceramento em massa

ABSTRACT

It's very important the study about Custody Hearing, species of procedural arrestment and it's purposes in such a way to find the reasons of the problems which result in massive arrestment of Brazilian population that are waiting for the end of the procedure. Thus, by using statistics data, doctrinal lessons and jurisprudences the reasons can be understood about why Brazil have such statistics. Using doctrinal lessons can help to find the purposes of Procedural Arrestment and consequently, by analyzing the concrete case, can see if the purposes didn't be found, if the answer is affirmative, then the law isn't being applied with effort, thus this is an delicate situation because the procedural arrested one has it's freedom restricted and without the proof that it's guilty. A Custody Hearing it's an big innovation that does not allow the abandonment of the arrested by flagrant, this way, slowness or the excess of bureaucracy will not be an hindrance anymore to stay abandoned after arrest.

Keywords: Custody Hearing, Procedural Arrestment, abandonment of the arrested, state of abandonment, massive arrestment

Sumário

1.INTRODUÇÃO – DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DA PRISÃO PROCESSUAL	5
2.Prisão Pena, Prisão Processual, razão de ser e finalidades	9
3. Espécies de Prisão Processual, suas características e as lacunas que possibilitam sua má aplicação.....	15
4 Audiência de Custódia.....	25
5. Liberdade <i>versus</i> Eficiência Processual e Liberdade <i>versus</i> Garantia da Ordem Pública	36
6. Considerações Finais	44

1.INTRODUÇÃO – DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DA PRISÃO PROCESSUAL

O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias(em números brutos) do mundo e, dentre esta estrondosa quantidade de presos há uma assustadora porcentagem de presos que não atingiram o transito em julgado.

A Audiência de Custódia tramitou-se por meio do Projeto de Lei nº 554/2011 e resultou na Lei 12.403 de 4 de maio de 2011 a qual alterou 31 artigos do Código de Processo Penal, no entanto, a alteração mais importante e que gerou polêmica foi a modificação do artigo 306 do Código de Processo Penal, alterando seu conteúdo para:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.¹

Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Cotejada a taxa de aprisionamento desses países, constata-se que, em termos relativos, a população prisional brasileira também é a quarta maior: somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia têm um contingente prisional mais elevado.²

Atualmente, o Brasil ostenta o título de quarta maior população carcerária do mundo (aproximadamente 607.731 presos), ficando atrás apenas de Rússia (673.818), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões). Entre os anos de 2004 e 2014, a população carcerária brasileira aumentou 80%, saindo de 36.400 presos para 607.731 encarcerados. Diante dessa atual realidade, a taxa de encarceramento é de 299,7 presos para cada 100 mil habitantes. No entanto, e para os propósitos deste trabalho, merece importante destaque o atual número de presos em situação provisória. De acordo com os números do Ministério da Justiça, 41% (em torno de 250.213)

¹ Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 nov 2017.

² JUSTIÇA, Ministério da. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 20 nov 2017.

são presos provisórios (sem condenação em primeira instância, ou seja, que ainda podem ser presumidos inocentes)³.

Disto, é possível sugerir algumas hipóteses pertinentes, tais números intimidantes podem ser resultado da má aplicação das Prisões em Flagrante, Preventiva ou Temporária. A respeito da Prisão em Flagrante em particular, pode ser que seja fruto da ausência da Audiência de Custódia, ou que a Audiência de Custódia não está conseguindo ser eficaz, seja por má aplicação ou por negligência.

A possibilidade de compensar o abuso do poder estatal com indenização não passa de uma tentativa de corrigir o tempo de vida despendido com a restrição de liberdade. Portanto, é importante que o Estado atente-se ao restringir a liberdade de outrem, uma vez que o bem jurídico liberdade é inexoravelmente superior a uma posterior indenização em face do reconhecimento de erro.

A partir da argumentação reforçada por meio de importantes doutrinadores, estatísticas e algumas jurisprudências é possível impulsionar a qualidade da aplicação da Audiência de Custódia, seja criticando-a em seus aspectos negativos, seja reconhecendo aquilo que está funcionando e deve ser aplicada com mais afinco. Sobre as Prisões Temporária e Preventiva é importante reconhecer as finalidades para que então seja possível reconhecer se as finalidades foram respeitadas ou deturpadas.

É evidente que a Audiência de Custódia, surgiu para que o Princípio da Eficácia seja empregado de maneira diligente com fim de combater a cultura do encarceramento em massa no Brasil. Tal princípio, sendo observado com menosprezo resultou na estarrecedora estatística de presos sem transito em julgado definitivo.

Importante ressaltar também que o Princípio da Presunção da Inocência, assim como o Princípio da Eficácia possivelmente não estão sendo balanceados de forma correta, ou que, em hipóteses que deve prevalecer a Presunção da Inocência, ocorre o contrário. Pertinente a crítica certa de Eugênio Pacelli, ei-la:

³MARQUES, Mateus. **Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível**. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 11.

Eis, então, a primeira crítica às atuais regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória.⁴

O relaxamento da Prisão em Flagrante é instrumento necessário nas hipóteses de ilegalidade desta, ocorre por meio de petição direcionada ao juiz onde o advogado demonstra ao magistrado as ilegalidades e, se assim o reconhecer, expede-se alvará de soltura.

A Audiência de Custódia tem como propósito:

[...] não apenas [a] averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus-tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.⁵

Ora, se o juiz realiza a averiguação da legalidade, pode-se afirmar que o juiz, por meio da Audiência de Custódia obtém a possibilidade de relaxar a prisão de imediato, sem intermédio de papéis.

A Constituição concedeu poder discricionário ao juiz no momento em que permitiu que o juiz decrete a Prisão Preventiva ou reconheça o pedido de Prisão Temporária, que, por mais que exija fundamentação, dá abertura à negligência ou até certo abuso de poder, o juiz passa a ser, mesmo que seja necessário o pedido do *parquet* nesse caso, figura coatora. Nas lições de Alexandre Cebrian Araujo Reis:

O princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. A prisão processual, entretanto, é medida excepcional,

⁴PACCELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual**. 21ª Edição, 2017, São Paulo, p. 232.

⁵MARQUES, Mateus. **Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível**. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). *Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 11.

que só deve ser decretada ou mantida quando houver efetiva necessidade (grande periculosidade do réu, evidência de que irá fugir do país etc.). Além disso, o tempo que o indiciado ou réu permanecer cautelarmente na prisão será descontado de sua pena em caso de futura condenação (detracção penal).⁶

Quando o magistrado ignora requisitos essenciais para aplicação da Prisão Preventiva ou Temporária estará agindo com abuso, se a omissão de requisitos foi proposital. Independentemente que tais casos ocorram por erro do juiz, ou propositalmente, as consequências recairão na privação de liberdade excessiva do preso processual de modo que as finalidades de cada instituto jurídico a ser debatido foram deturpadas.

Apesar de a Audiência de Custódia limitar-se à Prisão em Flagrante, cabe buscar as finalidades das Prisões Preventivas e Temporárias por meio da exploração do tema e também do conflito principiológico entre Liberdade e Eficiência processual. Desse modo, busca-se encontrar os limites que permitem a privação da liberdade em favor da eficiência processual.

⁶REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 449.

2. Prisão Pena, Prisão Processual, razão de ser e finalidades

2.1.1 Prisão Pena

Ante o início do debate convém encontrar ensejos que norteiam a Prisão Pena a fim de diferenciá-la da Prisão Processual por meio do contraste e dar consistência aos objetivos do presente estudo.

A Prisão Pena é um instrumento do Direito Penal que possui a finalidade de controle social, nas palavras de Santiago Mir Puig:

Como todo meio de controle social, o Direito penal tende a evitar determinados comportamentos sociais considerados indesejáveis, recorrendo, para isso, à ameaça de imposição de distintas sanções, caso tais condutas sejam realizadas.⁷

O ente que possui a permissão para punir determinadas condutas é sempre o Estado, ao reconhecer a importância e proteção de Bens Jurídicos Tutelados, deve-se impor medidas de punir. Tais medidas estão codificadas no ordenamento jurídico, predominantemente no Direito Penal.

Importante destacar também as palavras de Max Weber o Estado é considerado como a única fonte do “direito”⁸ de usar a violência tal denominação é, a grosso modo, entendida como *ius puniendi* no campo do Direito.

Deve-se reconhecer que o advogado é um instrumento essencial à justiça que, no caso de reconhecido o crime na instrução probatória, o advogado deve prezar para evitar o excesso de *ius puniendi* ao requerer a pena justa e proporcional à ofensa ao bem jurídico tutelado. E, caso não reconhecido o crime na instrução probatória, impeça que ocorra a punição com base em mera convicção.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” este pode contribuir para que não ocorra excessos na administração da justiça, uma vez que o Estado, apesar de possuir tal monopólio, possui meios de se limitar.

O Estado também possui meios de delimitar o alcance do uso de sua coerção social, por exemplo, as normas escritas às quais estão alicerçadas à participação do

⁷ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto, 2007, 7ª Edição, São Paulo, p. 33.

⁸ Weber, Max, **Ciência e Política - duas Vocações**. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 56.

povo. Nas palavras de Santiago Mir Puig, “daí que o poder punitivo, reservado ao Estado, só possa ser exercido de acordo com o previsto por determinadas ‘normas legais’, a serem aprovadas pelos representantes do povo nos países democráticos⁹.” Tais normas são a materialização do princípio da legalidade, uma vez que este também vale para o Estado.

Disso, infere-se que as penas previstas devem ser sempre escritas, possibilitando meios de defesa contra acusações objetivas e não meramente abstratas. Também são escritos os meios de prova válidos à comprovação tanto de inocência quanto de culpabilidade. O Estado limita a si mesmo, estabelecendo regras.

A Prisão Pena exige obrigatoriamente o trânsito em julgado em definitivo e possui o caráter de sanção por um crime comprovado pela instrução criminal, esta não possui o caráter cautelar e sim, definitivo.

A título de comparação a Prisão Processual, na maioria das vezes, não está protegendo um bem jurídico tutelado que foi lesado e sim zelando pelo bom andamento processual e, no caso da Prisão em Flagrante, pode-se dizer que esta possui a função de zelar pela Garantia da Ordem Pública.

Nas palavras de Rogério Greco: “com o direito penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito.”¹⁰

O reconhecimento da importância de bens valiosos envolveu a participação da sociedade por meio do jogo democrático de direito. Ademais, se a sociedade atribuiu valores a certos bens, indiretamente exigiu-se do Estado a proteção de tais bens.

2.1.2 Breves apontamentos relativos à Teoria do Delito

⁹ Idem, p. 33.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19ª Edição, 2017, Niterói, p. 33.

Os principais objetivos do Direito Penal estão presentes na Teoria do Delito. Por ser uma teoria que possui abrangência em diversos sistemas jurídicos Penais é de grande importância para a compreensão da Prisão Pena para consolidar os objetivos do Estado e garantir segurança jurídica àquele que sofre sanção.

A 'teoria do delito' reúne em um sistema os elementos que, com base no Direito positivo, podem ser considerados comuns a todo delito ou a certos grupos de delitos. A teoria do delito é obra da doutrina-jurídico-penal e constitui a manifestação mais característica e elaborada da 'dogmática' do Direito Penal¹¹

Pode-se dizer que a Teoria do Delito não ultrapassa os limites das Penas já positivadas e delimitadas, desse modo, não há especulação, mas sim há rigorosidade técnica ao analisar aquilo que já foi dado pelo Direito Penal.

Existem três características essenciais presentes em um crime, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, a análise de cada um destes é realizada isoladamente e, caso um ou mais sejam afastados, não se trata, pois, de crime. Como ensina Greco:

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte. Welzel, dissertando sobre o tema, diz: 'A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito'. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior¹².

Estes requisitos relacionam-se somente à Prisão Pena, tendo a Prisão Processual razão divergente. Infere-se daí que, para a aplicação de Prisão Pena o Estado deve reconhecer a presença destes três requisitos obrigatoriamente, podendo a defesa atacar apenas um destes ou todos os três, sendo que se apenas uma destas for afastada, o Estado não poderá aplicar a Prisão Pena.

2.2 Prisão Processual

¹¹PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto, 2007, 7ª Edição, São Paulo, p. 112.

¹²GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19ª Edição, 2017, Niterói, p. 135.

A Prisão Processual é espécie de Prisão Sem Pena. Esta última pode possuir natureza cível, processual civil, administrativa, cautelar de natureza constitucional em caso de Estado de Sítio, no entanto, o objeto de estudo restringe-se somente para a Prisão Processual Penal e da Lei 7.960 (Prisão Temporária). Não há necessidade de se analisar os elementos do crime para que se aplique a Prisão Processual, uma vez que esta possui diferentes requisitos e objetivos.

O novo Código de Processo Penal está em paulatina e gradual elaboração, possivelmente pelo fato de o existente código possuir quase 100 anos, tornando-se ultrapassado pelos fatores políticos que o constituíram e exigindo adaptação aos novos tempos. Conforme preleciona Pacelli:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos¹³.

Os objetivos e justificativas do Direito Penal e da Prisão Pena são, quase na totalidade das vezes, notoriamente diferentes daqueles do Direito Processual Penal quando se trata do tema de Prisão Processual, mesmo que ambos possam recorrer à privação de liberdade. Nesse momento é imprescindível realizar uma breve recapitulação destes, para que, em um momento próximo, não se confundam com aqueles.

Como já visto, a Prisão Pena requer a conclusão do processo criminal e o trânsito em julgado com sentença penal condenatória para comprovar que determinado agente ofendeu ou lesionou algum Bem Jurídico Tutelado, ao passo em que a Prisão Processual pode ser decretada com base apenas em possíveis fatos sem a necessidade de uma etapa probatória exauriente, afinal tal tipo de prisão possui natureza cautelar com a exceção da Prisão em Flagrante. Desse modo, exigem-se fortes indícios de que, por exemplo, as provas devem ser preservadas, o possível réu pode fugir ou que deva ser realizada Garantia da Ordem Pública.

Nas palavras de Eugênio Pacelli,:

¹³PACCELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual**. 21ª Edição, 2017, São Paulo, p. 17.

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.¹⁴

Na redação atual do Código de Processo Penal, as prisões possuem natureza cautelar com exceção da Prisão em Flagrante a qual será explorada juntamente das outras espécies de Prisão Processual adiante.

A presunção da inocência, no caso da Prisão Pena garante segurança ao indivíduo e funciona como limitação ao *ius puniendi*, uma vez que exige a certeza para que finalmente o estado possa privar a liberdade de alguém em definitivo. A inocência, no caso da Prisão Processual, não é questionada, mas outras razões, que devem ser justificadas apenas de maneira pertinente (sem rigorosidades probatórias) podem se sobrepor à inocência sem que esta seja descartada.

Por exemplo, a Prisão Preventiva exige a Jurisdicionalidade, ou seja, devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, deve ter a Provisoriedade, isto é, devem perdurar obrigatoriamente enquanto existir a situação que motivou a sua aplicação, a Revogabilidade que ocorre quando houver falta de motivo para que seja mantida, a Excepcionalidade reconhece que, somente quando não houver outra medida mais eficaz que se deve decretar a Prisão Preventiva.

No caso da Prisão Temporária, é válido a aplicabilidade de todos os requisitos supramencionados, mas, além destes existem alguns mais específicos e estão regulados pelo Art. 1º da Lei 7.960/1989:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...]¹⁵

¹⁴ PACCELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual**. 21ª Edição, 2017, São Paulo, p. 234.

¹⁵ BRASIL. **Lei 7.960/1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 28 nov 2017.

Neste caso, a Prisão Temporária, em razão da gravidade dos crimes expostos em rol taxativo no inciso III a Prisão Temporária pode ser decretada com base apenas no preenchimento de um dos três requisitos mencionados.

A única modalidade de Prisão Processual Penal que perdeu a natureza cautelar foi a Prisão em Flagrante, desse modo, restou-se apenas a Garantia da Ordem Pública como motivação pertinente à aplicação desta modalidade de prisão.

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 à fase processual propriamente dita ação penal.¹⁶

Conforme a Súmula 9, do STJ, “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência¹⁷.” Desse modo, a Liberdade do indivíduo, no caso de Prisão Processual, é restringida, mas a presunção de inocência permanece intacta.

Se, portanto, a inocência não é questionada na aplicação da Prisão Processual, o excesso desnecessário desta ofende a Liberdade de um indivíduo não culpado e a maior garantia da inocência presumida é a própria Liberdade de ir de vir.

¹⁶ PACCELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual**. 21ª Edição, 2017, São Paulo, p. 234.

¹⁷ STJ. **Súmula número 9**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 19 nov 2017.

3. Espécies de Prisão Processual, suas características e as lacunas que possibilitam sua má aplicação.

3.1 Da Prisão em Flagrante.

Este tipo de prisão possui previsão constitucional e é regulada no Código de Processo Penal. Trata-se de modalidade de prisão realizada pela autoridade policial.

Em princípio, a palavra “flagrante” indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da infração penal e, por isso, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial. Ocorre que o legislador, querendo dar maior alcance ao conceito de flagrância, estabeleceu, no art. 302 do Código de Processo Penal¹⁸[...]

A finalidade desse tipo de prisão é impedir a continuação da execução de um crime, protegendo, de imediato, bem ou bens jurídico(s) tutelado(s) e realizando a proteção à Ordem Pública. O abuso de poder, nessa modalidade de prisão, pode ser realizado pela autoridade policial, a qual tem fé pública e, se fizer mal uso desse poder, desvinculando-o de sua função primordial, pode privar a liberdade de alguém inocente, seja por malevolência, seja por interesses individuais, por exemplo, um desafeto de tal autoridade coatora.

Cabe destacar a importante mudança de característica da Prisão em Flagrante com o advento da Lei 12.403/11 que, nas palavras de Norberto Avena predominava o entendimento de que sua natureza jurídica era a de prisão cautelar, sendo capaz de manter, por si, o agente segregado enquanto isto fosse necessário para garantir o resultado concreto da investigação criminal ou do processo penal. Enfim, o indivíduo poderia permanecer preso em flagrante por tempo indeterminado no correr do inquérito ou do processo, podendo isto perdurar até o final da demanda se assim justificassem as circunstâncias do caso concreto.¹⁹

Com essa mudança a partir do fato de que a Prisão em Flagrante não possui mais a natureza de prisão cautelar permite inferir que o enfoque deixou de ter o objetivo de proteger as provas e passou a ter o foco de preservar a Ordem Pública. Caso o magistrado deseje manter a privação da liberdade por razões cautelares(dentre as várias razões cautelares, a Garantia da Ordem Pública está

¹⁸ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 450.

¹⁹ AVENA, Norbeto. **Processo Penal**. 9ª Edição, 2017, São Paulo, p. 638.

entre estas), deve convertê-la para Prisão Preventiva respeitando e demonstrando concretamente o porquê da conversão.

Paulo Rangel faz uma importante análise a respeito do artigo 302, o qual diz respeito à Prisão em Flagrante:

Tem início com o fogo ardendo (está cometendo a infração penal – inciso I), passa para uma diminuição da chama (acaba de cometê-la – inciso II), depois para a perseguição direcionada pela fumaça deixada pela infração penal (inciso III) e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (é encontrado logo depois – inciso IV)²⁰

A partir dessa análise de Paulo Rangel, dessa relação decrescente de indícios e de precisão a respeito de quem cometeu o crime em flagrante, percebe-se uma relação crescente de possibilidade para abuso de poder pela autoridade policial, quanto menos indícios, maior a liberdade para a autoridade privar a liberdade de um inocente, seja por rotular as pessoas erradas ou também por razões de cunho pessoal.

3.1.2 Modalidades de Prisão em Flagrante.

3.1.2.1 Flagrante Próprio ou Real.

As hipóteses de Flagrante Próprio ocorrem quando a ação está em execução ou imediatamente após sua finalização. Nas palavras de Fernando Capez (pag 230)

“É aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). Nesta última hipótese, devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).”

Nessa hipótese, o abuso da autoridade policial é possível, porém muito difícil de ocorrer, diante do fato de o autor estar sendo visto executando os crimes, então restam menos margens para o abuso ou erro, mesmo que ainda existem possibilidades.

Ante a categorização das outras modalidades de flagrante, cabe apresentar jurisprudência onde houve abuso ou erro por desconhecimento das técnicas da

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris:2005, página 620.

autoridade policial tanto para demonstrar a recorrência e a realidade desse abuso, quanto para demonstrar que o reflexo disso é um judiciário letárgico e, por vezes, inquisitivo, uma vez que o remédio judicial deveria ser utilizado quando realmente necessário. Percebe-se que o remédio processual foi utilizado para corrigir atitudes originadas pela Polícia.

Processo HC 30527 RJ 2003/0167195-3

OrgãoJulgadorT5 - QUINTA TURMA

Publicação DJ 22.03.2004 p. 335

Julgamento19 de Fevereiro de 2004

Relator Ministro FELIX FISCHER

"Prisão em Flagrante. Não tem cabimento prender em flagrante o agente que, horas depois do delito, entrega-se à polícia, que o não perseguia, e confessa o crime. Ressalvada a hipótese de decretação da custódia preventiva, se presentes os seus pressupostos, concede-se a ordem de habeas corpus, para invalidar o flagrante. Unânime." (STF - RHC n.º 61.442/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 10.02.84). Writ concedido, a fim de que seja relaxada a Prisão em Flagrante a que se submete o paciente, com a consequente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de Prisão Preventiva devidamente fundamentada.

Se uma das funções da Prisão em Flagrante é a proteção da Ordem Pública e, o sujeito, por conta própria assumiu o crime, este não oferece risco à sociedade. Nessa situação concreta, houve desvirtuamento do Flagrante, pois a autoridade policial, ao agir em desconformidade com a lei, agiu com abuso e com intenção de punir de imediato o cometimento de crime não flagrado. Uma das finalidades da Prisão em Flagrante é a paz pública ou impedir que o crime não se consuma e, nessa jurisprudência nenhuma dessas finalidades foi observada, assim como, em aspectos técnicos, é incabível a Prisão em Flagrante no presente exemplo.

3.1.2.2 Flagrante Impróprio

Esse tipo de flagrante é chamado de impróprio por haver forte suspeita em razão de perseguição feita após a execução do crime seja por policiais seja por qualquer indivíduo.

Nas lições de Norberto Avena, esta modalidade ocorre na hipótese em que o agente, muito embora não tenha sido surpreendido cometendo a infração ou acabando de cometê-la, é perseguido, logo após esses atos, de forma ininterrupta

pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, sendo, ao final, localizado e preso. Como se vê, para a validade dessa prisão não importa se o sujeito ativo da infração havia apenas iniciado os atos de execução e foi interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade, ou, ao contrário, se já havia consumado o seu intento. De qualquer forma, a caracterização do flagrante impróprio exige que a perseguição do agente tenha sido empreendida logo após a consumação ou a prática dos atos executórios interrompidos. Não havendo uma definição preestabelecida em lei quanto ao que seja “logo após”, compreende-se como tal a perseguição que se inicia ato contínuo à execução do delito.

Assim como no Flagrante Próprio, há margem para o abuso, mas a precisão e a chance de coagir um indivíduo inocente é relativamente maior em relação à primeira hipótese de flagrante. Isso ocorre pelo fato de, como explicado por AVENA, a expressão “logo após” não possuir uma delimitação objetiva, possibilitando que não só o erro, mas também o abuso ocorram.

3.1.2.3 Flagrante Presumido ou Ficto

O Flagrante Presumido possui um maior distanciamento temporal entre o cometimento do crime e a presunção de quem acabou de praticá-lo e, portanto possua sua liberdade seja privada.

Nas lições de Fernando Capez

[...]o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, IV). Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita. Essa espécie de flagrante usa a expressão “logo depois”, ao invés de “logo após” (somente empregada no flagrante impróprio). Embora ambas as expressões tenham o mesmo significado, a doutrina tem entendido que o “logo depois”, do Flagrante Presumido, comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, do flagrante impróprio.”²¹

Esta modalidade de Flagrante é àquela que possibilita maior abertura para o abuso a ser cometido pela autoridade policial, em virtude do grande lapso temporal, possibilitando que, por exemplo, a autoridade policial utilize de rótulos ou preconceitos para prender quem aparenta ser suspeito. Percebe-se que não há uma instrução probatória, afinal, o objetivo da Prisão em Flagrante é Garantia da Ordem

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª Edição, 2016, São Paulo, página 231.

Pública e maneira rápida e ágil. A chance de erro é, dentre todas as modalidades de flagrante, a maior de ocorrer.

3.1.2.4 Flagrante Forjado

O flagrante forjado, por ser um tema bastante explorado pelos doutrinadores, demonstra a importância do tema, e que, por isso ressalta que esta é uma situação recorrente onde a materialidade pode ser adulterada pela autoridade policial. É uma situação muito delicada, uma vez que a autoridade policial está contribuindo não só para a Prisão em Flagrante, mas também para que o juiz reconheça uma falsa materialidade e o indivíduo receba uma pena definitiva.

Nas palavras de Aury Lopes:

O flagrante forjado existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para (tentar) legitimar a prisão. Cria-se uma situação de fato que é falsa. Exemplo típico é o enxerto de substâncias entorpecentes (ou armas) para, a partir dessa posse forjada, falsamente criada, realizar a prisão (em flagrante) do agente. É, portanto, um flagrante ilegal, até porque não existe crime.[...] ²²

Um mero flagrante forjado pode prejudicar diversas pessoas, pois esta é uma maneira de burlar o princípio da presunção da inocência ou de colocar razões processuais que não anulam a inocência, mas permitem a Prisão em Flagrante, privando a liberdade do indivíduo, onde o Ministério Público obtém poder de acusação e de consistência argumentativa. Começa-se com uma Prisão em Flagrante com difícil comprovação de sua ilegalidade e pode encerrar em uma Prisão Pena definitiva com instrução probatória deturpada.

3.1.2.5 Flagrante Provocado ou Preparado

Trata-se de outra modalidade ilegal de flagrante onde a autoridade policial força alguém a cometer crime, sem coação, mas com a presença de uma provocação meticulosa.

Atentando-se ainda às lições de Aury Lopes:

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. BITENCOURT explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é impelido à prática de um

²² LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª Edição, 2016, São Paulo, página 329.

delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma Prisão em Flagrante (que será ilegal). É uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.”²³

O Flagrante Provocado cria uma situação bastante delicada, em razão do fato de ser possível uma preparação calculada onde será difícil comprovar a existência de tal modalidade de flagrante.

Desta maneira, se o policial pede que um popular realize a tentativa de comprar drogas de outrem e obtenha sucesso a defesa restará prejudicada em sua argumentação no sentido de comprovar tal modalidade de flagrante. Quanto maior a provocação, maior a chance de um indivíduo cometê-la, por exemplo, se um usuário de drogas possui uma quantidade para si, mas o policial induz alguém a tentar comprá-la por um preço exorbitante, isso de fato pode incentivar um usuário a agir como traficante diante de tamanha oferta.

Importante acrescentar também a Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Esta é uma hipótese na qual o policial prepara o flagrante, mas já está de prontidão para impedir que este se consume. Trata-se hipótese é de crime impossível em razão da ausência de eficácia absoluta dos meios empregados. Importante destacar que esta hipótese se aplica em crimes de uma só ação e não na modalidade de crime continuado.

3.1.2.6 Flagrante esperado

Nessa hipótese não há ilegalidade se as autoridades policiais em razão de denúncias ou estatísticas buscam flagrar um ato criminoso sem nenhuma interferência no sentido de motivar ou coagir alguém a praticar um crime.

Alexandre Cebrian discorre com precisão sobre o tema:

Não se pode confundir os chamados flagrantes esperado e preparado. Flagrante esperado é uma forma de flagrante válido e regular, no qual agentes da autoridade, cientes, por qualquer razão (em geral notícia anônima), de que um crime poderá ser cometido em determinado local e

²³ LOPES, apud BITENCOURT, loc. cit.

horário, sem que tenha havido qualquer preparação ou induzimento, deixam que o suspeito aja, ficando à espreita para prendê-lo em flagrante no momento da execução do delito. Note -se que em tal caso não há qualquer farsa ou induzimento, apenas aguarda -se a prática do delito no local.²⁴

Nesse caso, o Flagrante Preparado possui finalidade que não desrespeita o princípio da presunção da inocência onde a autoridade policial faz o seu dever de patrulha com respeito ainda ao princípio da eficácia.

3.2 Prisão Preventiva

Este tipo de prisão possui natureza cautelar, ou seja, requer a presença de certos requisitos para que seja aprovada, como o *periculum libertatis* e *fumus boni iuris* limitando o poder discricionário do magistrado a partir do momento em que se exige comprovação e justificação pertinente. Ainda que existam brechas para que o juiz possa abusar do poder culturalmente atribuído a ele, reconhecendo-o como figura arbitrária o que permite uma falsa legitimidade de seu comando e ao fazê-lo sem as motivações pertinentes, torna-se de fato figura coatora.

Por ser medida cautelar o Artigo 319 do Código de Processo Penal trás segurança jurídica e proteção à liberdade do indivíduo impondo medidas alternativas à prisão sendo que esta terá cabimento somente quando nenhuma das outras alternativas forem apropriadas ao caso concreto.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

²⁴ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, página 456.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

[...]

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Disso, permite-se constatar que a motivação para a decretação da Prisão Preventiva exige que o juiz descarte todas as hipóteses do supracitado artigo ou justifique a razão destas serem incabíveis. É a característica da excepcionalidade que exige a cessação da Prisão Preventiva assim que já forem colhidas as provas.

Excepcionalidade: As medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena. Portanto, é certo que sua utilização, no curso da investigação ou do processo, deve ocorrer como exceção, mesmo porque implicam, em maior ou menor grau, restrição ao exercício de garantias asseguradas na Constituição Federal²⁵.

Diante disso, percebe-se que a excepcionalidade está intrinsecamente ligada à natureza cautelar da Prisão Preventiva. Ora, se a natureza cautelar permite a Prisão Preventiva então se não houver mais razões de cautela para sua manutenção, a eficácia está, pois, garantida.

Nas palavras de Fernando Capez:

A Prisão Preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante (ver comentário acima) e da Prisão Temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP.²⁶

²⁵ AVENA, Norbeto. **Processo Penal**. 9ª Edição, 2017, São Paulo, página 604.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª Edição, 2016, São Paulo, página 240.

A Prisão Preventiva permite que ocorra a privação de liberdade sem que ocorra ofensa ao Princípio da Inocência, pois as razões desta não exigem comprovação exauriente, mas apenas plausibilidade da decisão em relação ao caso concreto. Diferentemente, a Liberdade, princípio Constitucional de amplo alcance, será privada por razões processuais de natureza cautelar.

A seguinte jurisprudência demonstra um caso onde o juiz ignorou medidas cautelares menos gravosas, convertendo, de imediato, a Prisão em Flagrante para Prisão Preventiva, utilizando de críticas ao crime em abstrato. O artigo 319 prevê um leque de medidas menos gravosas e o juiz não preencheu os requisitos legais, cometendo erro e desvirtuando a finalidade legal dada à Prisão Provisória. Eis a jurisprudência:

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP: 21828855520178260000 SP
2182885-55.2017.8.26.0000

"Na hipótese dos autos, não há fundamentos idôneos que justifiquem a Prisão Processual do paciente. Da leitura do decreto prisional, depreende-se que a cautela foi imposta a partir da gravidade abstrata do delito de tráfico e de sua hediondez, não considerados os elementos concretos do caso, quais sejam, o fato de o agente ser primário e de bons antecedentes, bem como a natureza e a quantidade de droga encontrada com o paciente cerca de 11,298g de cocaína -, que não se afigura sobremaneira expressiva para justificar o cárcere antecipado em razão da magnitude do ato ilícito."

Nessa citação o juiz agiu erroneamente a partir do momento em que não justificou a necessidade dessa medida mais gravosa. É uma situação recorrente que, apesar de haver um remédio processual, é desgastante e exige bastante esforço da logística judiciária contribuindo para a morosidade em virtude da grande quantidade de processos.

3.3 Prisão Temporária

Esta modalidade de Prisão Processual tem natureza cautelar e somente pode ser reconhecida pelo Juiz a partir de pedidos da acusação ou da polícia judiciária. Como garantia de segurança jurídica a Prisão Temporária também possui outros requisitos a serem respeitados. Quando os requisitos são ignorados surge a necessidade de aplicação dos remédios processuais.

Os fundamentos e hipóteses da Prisão Temporária, nas palavras de Fernando Capez são:

[...] a Prisão Temporária pode ser decretada nas situações previstas pelo art. 1º da Lei n. 7.960/89. São elas: imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial; indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade; fundadas razões da autoria ou participação do indiciado em qualquer um dos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado (com os acréscimos operados pela Lei n. 11.106/2005 ao art. 148 do CP), roubo, extorsão... estupro, atentado violento ao pudor; rapto violento (art. 219 do CP, revogado pela Lei n. 11.106/2005), epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia... crimes contra o sistema financeiro. Mencione-se que o crime de atentado violento ao pudor (antigo art. 214) foi expressamente revogado pela Lei n. 12.015/2009.²⁷

Importante ressaltar que além da motivação em adequação ao texto legal deve haver provocação movida pelo *Parquet* ou por representação da polícia judiciária. Nesse caso, o juiz, apesar de ter certo grau de liberdade para ignorar o preenchimento de requisitos, ao desconsiderar os excessos ou omissões do *Parquet* ou da polícia judiciária, ganhou o poder de empoderar a argumentação de quem peticiona a Prisão Preventiva.

Nas lições de Alexandre “De acordo com art. 2º, caput, da Lei n. 7.960/89, a duração da Prisão Temporária é de cinco dias, prorrogável por mais cinco em caso de extrema e comprovada necessidade. Somente o juiz de direito poderá prorrogar a prisão.[...]”²⁸

Convém destacar que a não libertação do preso preventivo é crime de abuso de autoridade, desse modo, o Estado está reconhecendo que o bem jurídico liberdade está sendo lesado ou em iminente lesão e busca punir àquele que assim o fizer: “[...]A não libertação do preso após o exaurimento do prazo constitui modalidade específica do crime de abuso de autoridade (art. 4º, i, da Lei n. 4.898/65).[...]”²⁹

²⁷ Id., página 247

²⁸ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, **Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, página 498.

²⁹ Op. cit.

4 Audiência de Custódia

Com a iminência da chegada da Audiência de Custódia houve diversos doutrinadores e operadores do Direito que especularam positivamente e negativamente sobre o tema, mas para o respeitável ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, predominaram as boas expectativas.

No lançamento, o ministro Ricardo Lewandowski destacou: “Essa é uma meta prioritária do Conselho Nacional de Justiça e São Paulo mais uma vez sai na frente como um importante parceiro. Uma experiência que, se for exitosa – e tenho certeza que será – será depois levada para outras capitais e comarcas do País”³⁰, afirmando que o Brasil tem hoje cerca de 600 mil presos, sendo que 40% deles são presos provisórios. “São aqueles que ainda não têm a culpa formada. São presos que não tiveram ainda a chance de se confrontar com o juiz e têm a sua liberdade de ir e vir limitada, contrariando a presunção de inocência.”³¹

“Ainda O presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Augusto de Arruda Botelho, assinaram no dia 09 de abril de 2015 três acordos de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas. Durante a cerimônia, o presidente do Supremo Tribunal Federal disse que um dos principais objetivos desses acordos é acabar com a cultura do encarceramento existente no país, assegurando a todos as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e nos pactos de direitos humanos assinados pelo país.”³²

4.1 Pactos e convenções internacionais de Direitos Humanos que motivaram a chegada da Audiência de Custódia

³⁰ BOCAONEWS in Jusnews. **Bahia é o estado com maior índice de liberdade provisória.** Disponível em: <<https://www.bocaonews.com.br/noticias/jusnews/policia/181652,audiencia-de-custodia-bahia-e-o-estado-com-maior-indice-de-liberdade-provisoria.html>>. Acesso em 13/11/2017.

³¹ MOREIRA, Rômulo de Andre , Et Al. **Audiência de Custódia da boa intenção à boa técnica.** Fundação Escola Superior do Ministério Público, Organizadores: Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen. Edição Única, 2016, Porto Alegre, página 158

³² Ibid.,página 168.

Os pactos e convenções internacionais não tem o poder de suprimir a soberania nacional, no entanto, não impede que a Constituição reconheça a aplicabilidade das normas. A reciprocidade e objetivos em comum buscando o bem estar-social e impedir abusos de poder incentivam mutuamente países a lutarem pela dignidade da pessoa humana.

Assim, uma primeira maneira de compreender a interação entre direito nacional e internacional é apelar à ideia de uma Constituição Interamericana, inspirada pela noção de uma “Constituição global”. A partir dessa perspectiva, o objetivo é limitar o poder de instituições globais, Estados e indivíduos através da adoção de valores, como normas jurídicas internacionais, que sirvam como uma defesa contra os abusos de poder, onde quer que estes ocorram, de forma análoga a como uma Constituição nacional limita o exercício da autoridade no cenário nacional.³³

Imprescindível destacar que a Constituição Federal reconheceu direitos e garantias presentes em tratados internacionais com força normativa.

Art.5º §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 5º §3º “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

O atual Código de Processo Penal, anterior à Carta Magna já previa que tratados internacionais poderiam reger o processo penal:

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

Antes da implementação da Audiência de Custódia, apesar de já ratificados diversos pactos internacionais desde o ano de 1992 que delimitam o tema, não havia nenhuma iniciativa para que esta fosse implementada.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos(CIDH) da qual o Brasil participa possui em seu Artigo 7, item 5 traz o seguinte enunciado:

[...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

³³MOREIRA, Rômulo de Andre , Et Al. Ibid., página 9.

Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira Procurador de Justiça de Salvador/BA:

[...] a implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica e já é utilizada em muitos países da América Latina e na Europa, onde a estrutura responsável pelas audiências de custódia recebe o nome de “Juizados de Garantias”.³⁴

“Ainda, a implantação do referido projeto, que tem respaldo em normas e tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, é assegurar a integridade física, evitar (possíveis) abusos e violações aos direitos humanos dos presos, bem como desafogar o sistema prisional, além de garantir o efetivo controle judicial de prisões e reforçar a utilização de medidas alternativas ao encarceramento provisório.”³⁵

Nota-se que Audiência de Custódia já possuía suporte normativo em pactos e acordos internacionais restando apenas sua tramitação no Congresso Nacional a partir do Projeto de Lei de número 554/2011 para que ocorresse sua consolidação e, mesmo que já tenha sido aprovado, o Brasil ainda está por construir uma prestigiada tradição jurídica no que tange à Audiência de Custódia.

“Evidentemente, não há falar-se em suposta inconstitucionalidade da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, pois não se fere, em absoluto, o princípio constitucional da reserva legal, previsto no texto constitucional, visto que não se está legislando sobre matéria processual, não havendo invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais. Muito pelo contrário, aqui estamos diante de um “controle concentrado de convencionalidade”.³⁶

Quando os debates relativos à Audiência de Custódia se iniciaram muitos a confundiram como algo que viria a fragilizar ou abalar a Garantia da Ordem Pública resultando em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade a qual foi submetida pela

³⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A audiência de custódia, o CNJ e os pactos internacionais de direitos humanos** Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>>. Acesso em 13, nov, 2017.

³⁵ MOREIRA, Rômulo de Andre , Et Al. Ibid.,página 9.

³⁶ Op. cit.

Associação de Delegados de Polícia do Brasil. No entanto, a ação foi julgada improcedente, pois, dentro muitas razões, o magistrado possui conhecimento técnico jurídico para avaliar a necessidade da conversão da Prisão em Flagrante para Preventiva que, muitas vezes, evita a situação de abandono do preso em flagrante e, ainda, recolhe estatísticas relativas a maus tratos ou abusos cometidos por autoridades policiais.

4.3 Delimitações conceituais

Diante da problemática exposta no tópico anterior, percebe-se que a gravidade gerada pela morosidade do juiz, pelo abuso de poder praticado pela autoridade policial e pela omissão exercida pelo juiz que resulta na privação de liberdade exagerada a qual é um bem jurídico que somente deve ser sacrificado caso não haja outra maneira. Percebe-se que há um foco em garantir o respeito ao artigo 31b9 do CPP, o qual prevê que a conversão da Prisão em Flagrante para Preventiva deve ser o último recurso. Apesar da devida proteção jurídica, dos remédios processuais e legais os quais tem o objetivo de frear tal situação o Conselho Nacional de Justiça(CNJ) no dia 15 de dezembro de 2015 instituiu a resolução de número 213 a qual trouxe para o sistema processual penal brasileiro a prestigiada Audiência de Custódia.

Desde o longínquo ano de 1992 vigora no País o Decreto nº 678/92, que obriga o Governo Brasileiro a cumprir o tanto quanto disposto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida pelo nome de “Pacto de San José da Costa Rica”. [...]. O intuito é averiguar possíveis ilegalidades relativas à prisão em si ou ao tratamento sofrido pelo detido enquanto em custódia da autoridade policial. Além disso, não deixa de ser uma primeira oportunidade para que este se manifeste a respeito do ocorrido, podendo a prisão ser então mantida, relaxada ou até mesmo substituída por medidas cautelares diversas.³⁷.

Nas palavras de Renato Brasileiro, esta Audiência de Custódia é objeto do Projeto de Lei do Senado Federal de nº 554/2011, cujo objetivo é alterar a redação do § 1º do art. 306 do CPP, que passaria a dispor: "No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de Prisão em Flagrante

³⁷ PACCELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual**. 21ª Edição, 2017, São Paulo, página 257.

acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública".³⁸

A Audiência de Custódia, infelizmente não abarca as hipóteses de Prisão Preventiva ou Temporária, pois, como visto o juiz está vinculado à ordem de prisão. A prisão flagrante ordena que o magistrado entre em contato com aquele que teve a liberdade privada para avaliar possíveis abusos de autoridade, verificar a respeito da legitimidade da prisão e procurar medida diversa da prisão. Com a chegada da resolução de nº213, depreende-se que a causa abusiva da prisão não foi freada ou combatida pela Audiência de Custódia, mas os efeitos serão reduzidos com maior celeridade a partir do momento em que este permite o controle imediato de legalidade e verificar a existência de maus tratos.

Apesar da prévia fundamentação como compromisso do Brasil ao ratificar e promulgar pactos internacionais que possuem previsão direta ou indireta da Audiência de Custódia.

A Constituição Federal possui ampla sustentação para tal, por exemplo, os presentes artigos:

Art. 5º LXI ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

LXII: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

4.4 Experiências e conquistas obtidas por meio da implementação da Audiência de Custódia em diferentes regiões do Brasil

4.4.1 Porto Alegre

O município de Porto Alegre, demonstrou por meio de dados estatísticos a eficácia da Audiência de Custódia.

	ago./14	ago./15	set./14	set./15
Tráfico (*)	147	57	131	48
Roubo (**)	74	95	95	101
Furto	60	34	68	28

³⁸ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**, 3º Ed., 2015, São Paulo, página 927.

Receptação (***)	25	54	35	67
Lesão corporal	0	0	2	6
Homicídio	4	8	8	6
Tent. homicídio	0	1	0	0
Porte de arma	47	53	41	39
Embriaguez	15	20	21	10
Violência doméstica (****)	16	14	7	8
Estelionato	1	2	1	0
Estupro	0	1	1	2
Outros (*****)	22	23	23	18
Homologados	409	351	412	325
Não homolog.	2	11	23	9
Lib. provisória(Plantão) (*****)	97	134	156	131
Fiança (Plantão)	36	27	34	19
Pr. preventiva (Plantão)	361	277	326	334
Nº aud. custódia	-	199	-	221
Lib. provisória (nas aud. cust.)	-	39	-	50
Fiança (aud. c.)	-	0	-	8
Ofícios ao MP, Corregedoria da BM e CDH (*****)	-	?	-	78(:3)= 26

Figura 1:³⁹

(*) Tráfico: desponta como o crime de maior incidência no plantão do Foro Central. A maior incidência está diretamente relacionada à atividade policial, sobretudo nas abordagens da Brigada Militar em pontos de tráfico.

³⁹ MOREIRA, Rômulo de Andre , Et Al. Ibid.,página 227.

(**) Roubo: números relativos à quantidade de autos de Prisão em Flagrante, sendo comum, em muitos deles, haver mais de um flagrado. Abrangem todos os tipos de roubos, simples e qualificados, roubos a pedestre(maior número), de veículos, em transporte coletivo, táxis, em residências etc.

(***) Recepção: abrange todas as modalidades de recepção, porém impera o número de recepção de veículos, que possuem relação direta com os roubos e furtos de veículos, que colocam Porto Alegre entre as líderes nesse tipo de crime.

(****) Violência doméstica: os números expressam apenas os casos que resultam em flagrantes, pois o número de casos diários que aportam nos Juizados da Violência Doméstica, de vítimas mulheres solicitando medidas protetivas, e também no plantão nos dias não úteis, ultrapassa em mais de dez vezes o número de flagrantes diários.

(*****) Outros: crimes de falsidade, adulteração de sinal identificador de veículos, lesão corporal, desacato, entre outros.

(*****) Liberdade provisória concedida no plantão: nesse particular, deve ser explicado que a maioria dos juízes plantonistas de Porto Alegre, pelo menos seis dos sete designados pela Corregedoria-Geral de Justiça, realizam a análise formal do auto de Prisão em Flagrante tão logo ele aporte no Serviço de Plantão. Já os números de liberdades provisórias concedidas nas audiências de custódia nesses dois primeiros meses estão computando alguns casos de soltura deferidos pelos juízes que já fizeram a análise formal (cerca de 10% dos que são levados a audiência), com os soltos pelo juiz, que deixa para analisar todos os casos em audiência. Essa falta de padronização ainda interfere nos reais percentuais para se aferir precisamente o quanto as audiências de custódia estão a contribuir para o aumento do número de flagrados beneficiados com liberdade provisória com ou sem medidas cautelares.

(*****) Número de ofícios ao Ministério Público, à Corregedoria-Geral da Brigada Militar e outras instituições, visando à investigação quanto às agressões apresentadas por alguns presos, baseados nos relatos dos próprios flagrados e nas lesões identificadas em audiência, gravados em áudio e vídeo.

A partir da análise da figura 1 Vanderlei Deolindo⁴⁰ realiza minuciosas observações:

Isso evidencia que não se conta, ainda, com dado seguro que demonstre o quanto as audiências de custódia estão influenciando a concessão de liberdades provisórias em Porto Alegre. Mas se pode concluir que, por enquanto, houve um incremento expressivo no percentual, passando de 31,98% em agosto/setembro de 2014 para 40,04% nos mesmos meses de 2015.

Apesar das particularidades, 39 pessoas de 199(19%) atendidos em Audiência de Custódia obtiveram liberdade provisória concedida e 50 pessoas de 221(22%). Se se considerar que essas pessoas que obtiveram a liberdade provisória não tivessem acesso à Audiência de Custódia então aproximadamente 1/5 das prisões foram arbitrárias, desnecessárias ou exageradas e, mesmo aquelas prisões que tiveram legitimidade podem ter conseguido a liberdade provisória em razão da desnecessidade da conversão da Prisão em Flagrante para Preventiva.

4.4.2 Bahia

Importante falar da Bahia, uma vez que este Estado é o primeiro lugar do Brasil em concessão de prisão provisória e, de certa forma, garantiu os objetivos da Audiência de Custódia antes mesmo da implementação. Desse modo a tradição jurídica Baiana está pronta para receber e aplicar a Audiência de Custódia.

“De certa forma, o Estado da Bahia é pioneiro na implementação da audiência de apresentação, pois desde setembro de 2013 foi criado o Núcleo de Prisão em Flagrante pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Já a Audiência de Custódia foi oficialmente implantada no dia 28 de setembro de 2015. O presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Eserval Rocha, e o governador do Estado assinaram o termo de adesão ao termo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa para a implantação das audiências. Nesta data, a Bahia era o 16º Estado a aderir ao projeto.”⁴¹

⁴⁰ MOREIRA, Rômulo de Andre , Et Al. Ibid.,página 213

⁴¹ Ibid., página 119.

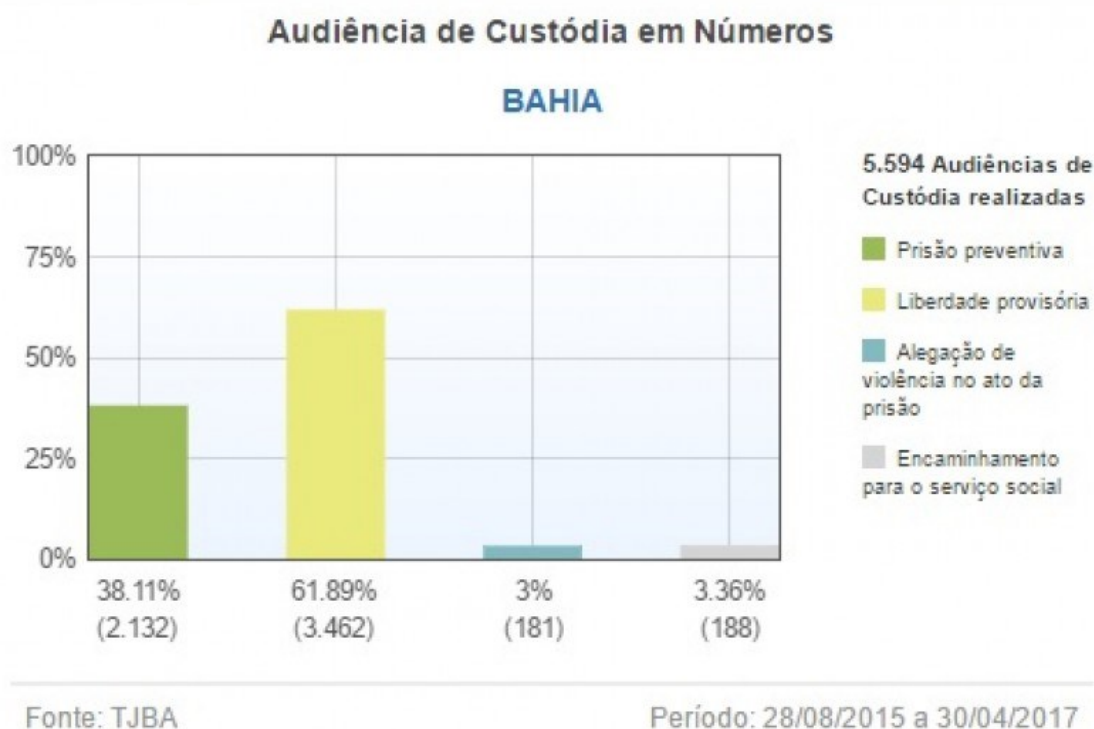


Figura 2.⁴²

Diante deste gráfico é louvável a coleta de dados estatísticos relativos à alegação de violência no ato da prisão como controle de políticas públicas, depreendendo-se uma nova finalidade da Audiência de Custódia. Assim, caso a estatística de “alegação de violência no ato da prisão” esteja alta, o Estado poderá agir com maior eficácia a combater os excessos.

Para Guilherme Madeira Dezem, esta é uma finalidade da Audiência de Custódia nos conformes do CIDH:

“Em primeiro lugar, o juiz como garantidor das promessas constitucionais irá, ao ter com o preso, a avaliação sobre eventuais abusos que contra ele tenham sido cometidos. Assim, a CIDH reconhece que uma das finalidades da audiência de custódia é a de limitar os chamados desaparecimentos forçados:

O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e continuada de muitos direitos reconhecidos pela Convenção a qual os estados

⁴² BOCAONEWS in Jusnews. **Bahia é o estado com maior índice de liberdade provisória.** Disponível em: <<https://www.bocaone.com.br/noticias/jusnews/policia/181652,audiencia-de-custodia-bahia-e-o-estado-com-maior-indice-de-liberdade-provisoria.html>>. Acesso em 13/11/2017.

participantes tem o dever de respeitar e garantir. O sequestro da pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que “conculca”, além de o fato do direito do detido de ser levado sem demora a um juiz para interpor recursos adequados de controle de legalidade da sua prisão, o qual infringe o artigo 7 da Convenção onde há o reconhecimento do direito à liberdade pessoal. (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julho de 1988, p. 32, tradução nossa)”

4.4.3 São Paulo

Relevante citar o Estado de São Paulo, região conhecida por possuir uma polícia violenta, assim como as altas taxas de criminalidade.

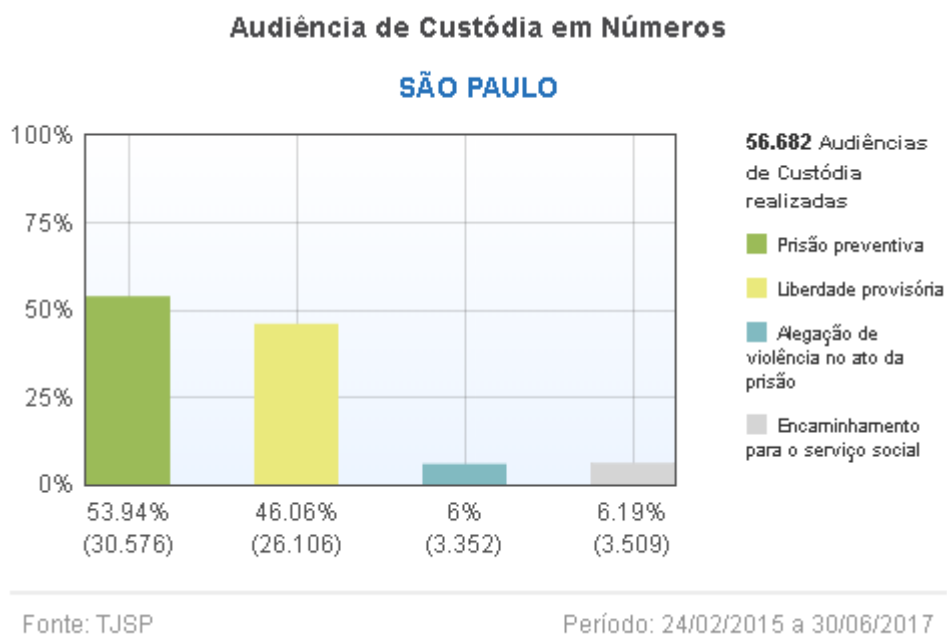


Figura 3.⁴³

O recolhimento de dados relativos à violência no ato da prisão é de 6% dos casos no estabelecido na figura acima, em comparação com o Estado da Bahia, é o dobro das porcentagens de alegação de violência no ato da prisão, mas se por outro lado analisarmos, ainda em questões percentuais, a quantidade de liberdade provisória, percebe-se que há uma diferença de aproximadamente 15% a menos, o que pode resultar em uma maior taxa de encarceramento.

⁴³ Conselho Nacional de Justiça. **Mapa da Implantação - BA.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 28 nov 2017

Longe de analisar se os casos particulares das Prisões em Flagrante são realmente viáveis ou não, pois se não são viáveis, pelo menos se pode admitir que a justiça já analisou tais casos. Por isso, é mais importante o enfoque da quantidade de apreciações em detrimento da quantidade de liberdades provisórias garantidas.

Portanto, valoriza-se a agilidade de a Justiça para analisar a legalidade ou a necessidade de conversão da Prisão em Flagrante para Preventiva, Ricardo Lewandowski em seu blog, cita os custos enfrentados pelo Estado de São Paulo. (os dados analisados por Lewandowski são relativos às estatísticas coletadas até a data de 11 de novembro de 2015)

Resultados levantados em meados de outubro já contabilizavam a apresentação de 20.836 pessoas presas em flagrante delito a um juiz. Entre esses, 9.852 (45,98%) acabaram liberados e 11.554 (53,93%) tiveram a prisão preventiva decretada. Ainda: 1.341 (6,25%) casos de violência no ato da prisão foram denunciados e outros 2.551 (11,90%) encaminhamentos assistenciais realizados. A repercussão econômica de todo esse movimento também é considerável: dados preliminares apontam que aproximadamente 50% dos presos em flagrante, quando colocados face a face com um juiz, deixam de ser recolhidos aos já superlotados cárceres brasileiros, estimando uma economia de cerca de R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos, nos próximos dozes meses⁴⁴

É justo considerar que o dinheiro gasto pelo Estado para garantir Prisões em Flagrante quando há motivo não pode ser considerado como desperdício. O verdadeiro desperdício de verbas públicas encontra-se na manutenção desnecessária da Prisão em Flagrante por meio da omissão da apreciação.

⁴⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça — Da política à prática**. In: Opinião. <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica#sdfootnote2sym>> acesso em 28 nov 2017.

5. Liberdade *versus* Eficiência Processual e Liberdade *versus* Garantia da Ordem Pública

Permaneceu encoberto sob quase a totalidade das discussões acerca da Prisão Temporária e preventiva a concorrência entre princípios, a Liberdade a qual é um princípio Constitucional e a Eficiência Processual o qual é um princípio Constitucional que permeia o Código de Processo Penal e até mesmo em todo o processo em si, no entanto, reserva-se o debate a respeito deste princípio à parte pertencente ao Código de Processo Penal.

A respeito da Audiência de Custódia e da Prisão em Flagrante existe o debate principiológico entre Liberdade e Garantia da Ordem Pública donde se levanta o seguinte questionamento: Quando a Prisão em Flagrante ou a Preventiva é necessária à manutenção da ordem pública? Como nenhum princípio é absoluto cabe o sopesamento com a finalidade de encontrar os limites de cada um e em quais hipóteses um deve se sobrepor ao outro.

5.1 Princípio Constitucional da Liberdade

A Liberdade é um dos mais importantes princípios constitucionais, é aquilo que o Estado deve garantir com todos os esforços. Este princípio pode ser sacrificado em diversas hipóteses em favor da preservação da ordem pública e para garantir a proteção a bens jurídicos tutelados que foram lesados, no entanto, a regra será sempre a liberdade e a exceção será a prisão, afinal, no Brasil não existe prisão perpétua.

Segundo a Doutrina Filosófica de Kant, a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele. Aqui, liberdade é compreendida como autonomia (capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão). Nesse aspecto, o direito no pensamento do filósofo prussiano tem um papel fundamental, que é o de limitar arbítrios através do conceito de legalidade. Sendo assim, o direito demarcaria um espaço dentro do qual diversas ações são lícitas – o que não quer dizer que seja impossível a prática do ilícito, mas que tal conduta é inaceitável socialmente e por isso mesmo punível pelo Estado.⁴⁵

A Constituição Federal categoriza diversos tipos de liberdade, nas palavras de Bernardo Gonçalves:

No Plano da Constituição brasileira de 1988, o tratamento jurídico dado à liberdade no artigo 5º revela uma concepção ampla desse direito, o que leva

⁴⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição, 2017, Salvador, página 424

alguns autores a falar em um direito geral de liberdade: liberdade de expressão e manifestação de pensamento, liberdade de locomoção, liberdade de consciência e crença, liberdade de escolha de trabalho ou ofício, liberdade de reunião, liberdade de associação ou de não se associar, entre outras[...]⁴⁶

Apesar de haver diversas categorias de liberdade, o enfoque será dado à liberdade de locomoção:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

O direito garantido pela liberdade de locomoção é aquele protegido pelo *habeas corpus*, ademais este instrumento é cabível, dentre as várias hipóteses, àquelas de Prisão Preventiva, Prisão Temporária e Prisão em Flagrante. Denota-se que, se é possível utilizar o *habeas corpus* para Prisão Processual, então é uma situação onde a liberdade está de fato em risco.

A liberdade de locomoção (CF, art.5.º, XV) é um dos aspectos fundamentais da liberdade física do homem e engloba não apenas o direito de ir e vir, mas também o de permanecer. Nas hipóteses de intervenção ilegal ou abusiva na liberdade de locomoção poderá ser impetrado um *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII). A Ação constitucional é cabível tanto nos casos de efetiva violação (*habeas corpus reparatório*), como naqueles em que houver ameaça à liberdade de locomoção (*habeas corpus preventivo*)⁴⁷.

5.2 Princípio Constitucional da Eficiência no Processo Penal

Este Princípio permeia todo o processo, do começo ao fim e possui amplíssimo alcance. Pode-se dizer que este princípio parece ser pouco respeitado e é comum ouvir dizer de populares que a justiça brasileira é lenta e que não vale à

⁴⁶ Ibid., páginas 425-426.

⁴⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição, 2016, Salvador, página 369

pena seguir com alguns tipos de processos de baixo valor. No Direito Penal seria o caso de crime de ação penal privada não serem levadas adiante em razão de se gastar muito tempo para que uma “pequena” injustiça seja compensada.

O princípio da eficiência ou efetividade processual, corolário do *due process of law*, desdobra-se no meio e na resposta ideal a ser perseguida no processo. De outra forma, significa dizer que o processo tem de respeitar o modelo processual estabelecido pela Constituição, sendo instruído dentro de um prazo razoável, com um mínimo de custo possível, devendo ao final atingir a resposta “correta”, conforme o direito e a justiça, garantindo a parte vencedora o desfrute efetivamente do seu direito.⁴⁸

O juiz, ao decretar Prisão Preventiva ou ministrar Prisão Temporária deve atentar-se aos requisitos exigidos pela lei e demonstrar direta ou indiretamente que a privação de liberdade é o único meio de salvaguardar o andamento processual, por exemplo, se todas as provas já foram coletadas seria irrisório justificar a Prisão Preventiva como meio de impedir que as provas do processo sejam destruídas. A partir do momento em que a eficácia só pode ser garantida por meio de privação de liberdade, então esta deve ser a medida a ser aplicada.

Nesse sentido, o professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias entende que o princípio da eficiência (art.37, *caput*, da Constituição) é aplicável a todos os órgãos do Poder Judiciário, não se restringindo apenas às suas prerrogativas internas (gerenciais). A referida interpretação é facilmente percebida da leitura do referido dispositivo que assegura que ‘a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência’. Nesse sentido, é complementar a este entendimento a norma prevista no dispositivo do art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição, que assevera ser obrigação do Estado prestar serviços públicos adequados, o que, conforme analisa Ronaldo Brêtas, abrange a ideia de serviços públicos jurisdicionais eficientes.⁴⁹

5.3 Princípio da Garantia da Ordem Pública ou Segurança Pública

A Garantia da Ordem Pública pode ser mantida, por meio de patrulhamento ou restabelecida, a título de exemplo, por meio da aplicação da Prisão em Flagrante ou até mesmo por ordem judicial de Prisão Preventiva. Importante rememorar que no caso de Prisão Preventiva existem vários outros fatores que a justificam, dentre eles, existe o fator da Garantia da Ordem Pública.

⁴⁸ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais** Constitucionais. 1ª Edição, 2016, Salvador, página 188,

⁴⁹ Ibid., página 181.

A segurança pública tem por finalidade a manutenção e o reestabelecimento da ordem pública e a preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo exercida por meio dos órgãos de polícia federal (inclusive a rodoviária e a ferroviária) e estadual (polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiro militares) (CF, art. 144). O dispositivo consagra norma de observância obrigatória pelos Estados-membros, impedindo-os de criar órgãos diversos dos elencado.⁵⁰

A função de garantir a Ordem Pública encontra-se no artigo 144 da Constituição Federal e se destina às autoridades policiais a função atribuída pelo Estado, sendo que cada órgão policial possui suas competências e funções.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Nas lições de Bernardo Gonçalves Fernandes a segurança pública é dever do Estado e consiste na prestação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CR/88). Para sua concretização envolve o exercício do poder de polícia – como atividade limitadora de direitos individuais em prol do interesse público -, mas em sua modalidade especial, isto é, de segurança.⁵¹

O Direito Penal brasileiro não pune alguém pela cogitação ou por ser meramente suspeito de que futuramente cometa ato criminoso. Exige-se para tal, a consumação do ato, a instrução probatória e o trânsito em julgado. Diferentemente, existem outros meios de se Garantir a Ordem Pública, a polícia militar, por exemplo, realiza o patrulhamento ostensivo, podendo se basear em estatísticas ou denúncias, atuando para realizar a Prisão em Flagrante.

A Lei nº 11.473/07 disciplina hoje a Força Nacional de Segurança Pública, como convênio entre União, Estados-membros e o Distrito Federal para a

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. Ibid., página 983.

⁵¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Ibid., página 1408.

execução de atividades concernentes à segurança pública. Sua abrangência de atuação é o policiamento ostensivo –preventivo – voltado à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. E é composta por servidores com treinamento especial pelo Ministério da Justiça, sendo integrantes das polícias federais e dos órgãos de segurança pública dos Estados que aderiram ao programa voluntariamente.⁵²

5.4 Liberdade *versus* Eficiência Processual

5.4.1 Prisão Preventiva

Com base na Prisão Preventiva fundamentada no artigo 312:

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.

A contraposição entre ambos os princípios, na hipótese de Preventiva é resolvida a partir do momento em que o juiz decide aplica-las ou converter a Prisão em Flagrante para Prisão Preventiva. É de suma importância entender a Prisão Preventiva no presente tópico com objetivos de proteção à instrução processual apenas, uma vez que a Garantia da Ordem Pública também pode servir de justificativa para a conversão.

Se se o juiz não aplicar a Prisão Preventiva por entendê-la como desnecessária, pode-se inferir que a Liberdade não possuiu razões, no caso concreto em si, para sua privação. Mas, se o juiz, com o intuito de proteger a Eficiência Processual, temer que as provas do processo possam ser destruídas ou deterioradas, então a Eficiência Processual de fato se sobrepôs ao Princípio da Liberdade. A Prisão Preventiva, a partir do momento em que foram coletadas todas as provas processuais, ou de que o temor de destruição das provas se tornou injustificável, deve o juiz imediatamente revoga-la afim de que a Liberdade volte a prevalecer, afinal a Liberdade é sempre a regra e a prisão, sempre exceção.

5.4.2 Prisão Temporária

O art.1º que diz respeito à Prisão Temporária possui três incisos.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

⁵² Ibid., página 1409.

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);(Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);(Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);(Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

A Prisão Temporária quando se diz respeito ao Inciso I permite o sopesamento principiológico. O juiz poderá observar até onde os antecedentes criminais ou o caso concreto do possível crime podem influenciar na decisão. A partir do momento em que o juiz decide aplicar a Prisão Temporária com base nesse inciso, entende-se que a Eficiência Processual se sobrepôs à garantia constitucional de Liberdade com base em razões que não são delimitadas objetivamente. Por exemplo, se o réu é reincidente, e foi comprovado que este, no crime anterior, destruiu as provas do processo o magistrado pode entender necessária a privação de liberdade, mas essa mesma prova não é garantia absoluta que o réu irá destruir

as provas do crime novamente. Portanto, é possível o fortalecimento do posicionamento do juiz, mas a certeza nunca será plena.

Se o magistrado decide aplicar Prisão Temporária em razão dos incisos II, não há muito que se debater, afinal as questões limitam-se à sim ou não. Por exemplo, ou o réu não possui residência fixa ou ele a possui, não há meio termo para um possível sopesamento, pois o juiz não está diante de uma situação onde lhe foi atribuído poder discricionário.

O inciso III permite o sopesamento a partir do momento em que as “fundadas razões” permitem o convencimento do juiz. No caso de alegações genéricas e de razões sem fundamento, o princípio da Liberdade irá sempre prevalecer.

5.5 Liberdade *versus* Garantia da Ordem Pública

5.5.1 Prisão em Flagrante

No caso isolado da Prisão em Flagrante, que é iniciada pela autoridade policial, esta irá sobrepor a Garantia da Ordem Pública em detrimento da Liberdade, não apenas por assim entender, mas por estrito cumprimento do dever legal, ou seja, por ordem da Lei.

Quando se tratar de decisão que diz respeito da conversão da Prisão em Flagrante para Preventiva é o momento onde o juiz poderá decidir qual princípio deve prevalecer. Possuindo grau de liberdade para analisar o caso concreto e, a partir daí, formar o próprio convencimento.

5.5.2 Prisão Preventiva

A fim de se manter a objetividade do debate, na presente contraposição de princípios, quando diz respeito à Prisão Preventiva, deve-se considerar que sua justificativa única seria a de Garantir a Ordem Pública tão somente.

No embate principiológico existe a incerteza no que tange à necessidade de convencimento realizado pelo juiz, pois este possui certo grau de liberdade de discernimento. Para isso o juiz pode decidir mantê-la por se sentir convencido de que a Ordem Pública está sob ameaça. Tal entendimento pode ser contestado pela via argumentativa, mas pode ser fortalecido no caso de existir antecedentes

criminais ou particularidades do caso concreto, porém nunca será pleno, mas no máximo justificável ou plausível.

Trata-se de um sopesamento onde o conflito entre tais princípios é bastante instável e depende da convicção do juiz. Se não se reconhece a necessidade de conversão da Prisão em Flagrante para a Preventiva ou de apenas aplicar a Prisão Preventiva, pode-se dizer que a Liberdade deve prevalecer em detrimento da Garantia da Ordem Pública, uma vez que aquela não se tornou uma ameaça para esta.

6. Considerações Finais

A Prisão Pena difere-se em muitos aspectos da Prisão Processual. A Prisão Pena requer instrução probatória complexa a qual permite que o réu recorra em caso de indignação e então, somente quando a instrução probatória for válida e suficiente para o convencimento de que o crime praticado foi realizado por alguém poderá privar a liberdade e derrubar a presunção de inocência. Além de que a Teoria do Delito permite de fato a análise da Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade onde, caso um destes requisitos seja afastado, então não se trata de crime.

A Prisão Processual, por razões pragmáticas estabelecidas pelo Código de Processo Penal pode privar a liberdade de alguém sem que ocorra a devida instrução probatória, o convencimento do juiz será de grande importância. Não há que se falar em vantagem de se manter a Presunção da Inocência quando a omissão Estatal permite o sujeito inocente permaneça por grandes períodos de tempo com sua Liberdade restringida.

Não há excessos de Prisão Pena por omissão estatal, quando o preso definitivo cumpre a pena este é libertado de imediato. A Prisão Processual, por sua vez, possui excessos em razão de omissão estatal, isso resulta na citada estatística que revela que 41% dos presos são provisórios. Diante disso, a Audiência de Custódia possui o poder de acelerar a apreciação do judiciário a respeito da legalidade deste. Sob as mesmas razões, fez-se necessário questionar não só as finalidades da Audiência de Custódia e da Prisão em Flagrante, mas inclusive a respeito das Prisões Preventiva e Temporária as quais também geram grandes volumes de encarceramento em massa sem transito em julgado definitivo.

O estudo a respeito das espécies de Prisão Processual e suas modalidades isoladamente permite uma maior objetividade do presente estudo para se encontrar problemas isolados em cada uma destas. Por exemplo, o flagrante forjado demonstra que uma modalidade de Prisão Processual pode resultar em uma Prisão Pena em razão de uma falsa materialidade.

A análise aprofundada da Prisão Preventiva demonstra a obrigatoriedade de que o juiz fundamente sua decisão com base sempre no caso concreto e, além da devida motivação, deve demonstrar o porquê de que as medidas alternativas à Prisão Preventiva não são suficientemente eficazes para que, a partir daí, aplique-a.

Quanto a Prisão Temporária é imprescindível que o juiz aja somente por meio de requisição do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, ainda há que se considerar a existência de similaridades à Prisão Preventiva quando se diz que a motivação para tal comprove que se o sujeito permanecer livre pode atrapalhar a instrução criminal. Ainda que também existam requisitos objetivos e, portanto, deve-se demonstrá-los para que se proceda a Prisão Preventiva.

A respeito da Audiência de Custódia, critica-se o fato de que diversos pactos e tratados internacionais já exigiam sua criação desde 1992. O atraso para a implementação da Audiência de Custódia contribuiu, dentre outros fatores, para a política do encarceramento em massa.

As experiências de outras regiões quando se trata do tema de Audiência de Custódia permite-nos observar características próprias das autoridades policiais de tais regiões. O Estado da Bahia merece o devido louvor por possuir uma Audiência de Custódia própria desde o ano de 2013 e, conseqüentemente deve ser observada como exemplo por possuir 2 anos a mais de experiência de modo que os demais estados possam utilizá-la como experiência a ser seguido. Quando se trata de questões financeiras, o encarceramento em massa pode resultar em gastos estratosféricos e desnecessários como resultado de uma mera omissão do Poder Judiciário.

A análise do Princípio da Liberdade permite o reconhecimento de seu valor atribuído pelo ordenamento jurídico e, a partir disso, entender quando este Princípio deve ser sacrificado em detrimento do bom andamento e da preservação das provas do processo.

O estudo do Princípio da Garantia da Ordem Pública permite maiores delimitações quanto à sua proteção. Permitindo que o leitor questione os limites das Prisões Processuais que são aplicadas para sua devida proteção.

A Eficácia Processual como Princípio Constitucional Processual possibilita a compreensão dos objetivos do Código de Processo Penal, permite a percepção da necessidade da existência da Prisão Processual.

Ao sopesar os princípios de Liberdade contra a Garantia da Ordem Pública, depreende-se, de fato, que estes princípios sempre se conflitam no momento em que o juiz decide converter a Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva ou conceder

Liberdade Provisória. Também envolve a análise da Prisão Preventiva, quando as razões desta são a Garantia da Ordem Pública.

Contrabalanceando o princípio da Liberdade com o da Eficácia Processual, entende-se que o juiz deve decretar Prisão Preventiva ou conceder Prisão em Flagrante para proteger as provas do processo, mas, no momento em que as provas já foram colhidas e não há mais provas a serem colhidas ou sob ameaça, a Prisão Processual deve ser imediatamente revogada, pois encerrou-se os motivos que a geraram.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norbeto. **Processo Penal**. 9ª Edição, 2017, São Paulo.

BOCAONEWS in Jusnews. **Bahia é o estado com maior índice de liberdade provisória**. Disponível em: <<https://www.bocaonews.com.br/noticias/jusnews/policia/181652,audiencia-de-custodia-bahia-e-o-estado-com-maior-indice-de-liberdade-provisoria.html>>. Acesso em 13/11/2017.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 nov 2017.

BRASIL. **Lei 7.960/1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 28 nov 2017.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**, 3º Ed., 2015, São Paulo.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª Edição, 2016, São Paulo.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição, 2017, Salvador.

Conselho Nacional de Justiça. **Mapa da Implantação - BA**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 28 nov 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19ª Edição, 2017, Niterói

JUSTIÇA, Ministério da. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 20 nov 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça — Da política à prática**. In: Opinião. <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica#sdfootnote2sym>> acesso em 28 nov 2017.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª Edição, 2016, São Paulo.

MARQUES, Mateus. **Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível**. In: ANDRADE, Mauro

Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). *Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP.

MOREIRA, Rômulo de Andre , Et Al. **Audiência de Custódia da boa intenção à boa técnica**. Fundação Escola Superior do Ministério Público, Organizadores: Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen. Edição Única, 2016, Porto Alegre.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A audiência de custódia, o CNJ e os pactos internacionais de direitos humanos** Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnje-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>>. Acesso em 13, nov, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição, 2016, Salvador.

PACCELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual**. 21ª Edição, 2017, São Paulo.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto, 2007, 7ª Edição, São Paulo.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris:2005.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. 1ª Edição, 2016, Salvador.

STJ. **Súmula número 9**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 19 nov 2017.

Weber, Max, **Ciência e Política - duas Vocações**. São Paulo: Cultrix, 2006,

Helvécio Damis de Oliveira

(Orientador)

Yuri Rodrigues lasbeck

(Orientando)