

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA QUANDO USADA PELA**  
**AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMO FORMA DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO**  
**DA PRISÃO PENA**

**LUCAS ENDRIGO DE LUCENA SOUZA**

**CARUARU**

**2019**

**LUCAS ENDRIGO DE LUCENA SOUZA**

**BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA QUANDO USADA PELA  
AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMO FORMA DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO  
DA PRISÃO PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro  
Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como  
requisito para obtenção do grau de Bacharel de Direito.  
Orientador: Prof. Esp. Marupiraja Ramos Ribas.

**CARUARU**

**2019**

## BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Presidente – Prof. Marupiraja Ramos Ribas

---

Primeiro Avaliador

---

Segundo Avaliador

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar a prisão preventiva, fazer uma análise dos requisitos autorizadores, tendo-se como base a legislação brasileira, ante uma banalização da prisão preventiva. Ademais mostrar que a banalização de tal medida resulta em um cumprimento antecipado da pena corpórea, violando princípios e garantias constitucionais. Por fim mostrar como vem sendo banalizada a medida cautelar denominada prisão preventiva, quais violações ela causa ao cidadão, e as medidas diversas que pode ser utilizadas a fim de diminuir a banalização e violação de princípios. A pesquisa utilizada é a descritiva, pois, o presente artigo tem como objetivo uma forma de interpretação da legislação e aplicabilidade dos requisitos necessários, para decretação da prisão preventiva. Além de pesquisa bibliográfica, uma vez que esse tema já foi debatido por diversos doutrinadores em seus livros. Logo o presente artigo tem caráter secundário tendo em vista ter como base a legislação pátria e bibliografias já existentes.

**PALAVRAS-CHAVES:** Prisão Preventiva, Banalização, Antecipação da Pena, Violação a Princípios.

## RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo presentar la detención preventiva, hacer un análisis de los requisitos autorizadores, teniendo como base la legislación brasileña, ante una banalización de la prisión preventiva. Además de mostrar que la banalización de tal medida resulta en un cumplimiento anticipado de la pena corpórea, violando principios y garantías constitucionales. Por fin mostrar cómo se está banalizando la medida cautelar denominada prisión preventiva, cuáles violaciones causa al ciudadano, y las medidas diversas que puede ser utilizada a fin de disminuir la banalización y violación de principios. La investigación utilizada es la descriptiva, pues, el presente artículo tiene como objetivo una forma de interpretación de la legislación y aplicabilidad de los requisitos necesarios, para decretación de la prisión preventiva. Además de la investigación bibliográfica, ya que este tema ya ha sido debatido por diversos doctrinadores en sus libros. Luego el presente artículo tiene carácter secundario teniendo en vista tener como base la legislación patria y bibliografías ya existentes.

**PALABRAS-CLAVES:** Prisión Preventiva, Banalización, Anticipación de la Pena, Violación a Principios.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>1 PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>07</b>
<b>2 AUDIÊNCIA DA CUSTODIA: APLICABILIDADE DO ROTEIRO PREVISTO NO ART.310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....</b>	<b>14</b>
<b>3 A PRISÃO PREVENTIVA COMO FORMA DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA.....</b>	<b>19</b>
<b>4 BANALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PRISIONAL DENOMINADA PREVENTIVA E A VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO.....</b>	<b>21</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>24</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>26</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal, em mais específico a prisão processual passou por grandes avanços até os dias atuais. Se tornando um tema de grande relevância, por se tratar de um de um cerceamento de liberdade do individuo, tirando-lhe o direito natural da liberdade, antes de ter uma condenação transitada em julgado e demonstrada a sua culpa.

Vale observar que o art.5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, e traz em seu inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante de delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente<sup>1</sup>; ademais, há uma necessidade que se respeite toda a esfera do seu direito a personalidade, conforme prever o texto legal. É de se dizer que a Constituição Federal de 1988, trouxe esse amparo legal para acabar com um histórico de violações aos direitos inerentes a personalidade e encerra as prisões para averiguações, que tinha como regra deixar o individuo preso durante todo processo.

A mudança de pensamento e da lei desencadeou um processo penal mais justo, fazendo da liberdade a regra, e não a exceção. No entanto, incumbi ressaltar que na pratica processual atual, há inúmeros casos em que o acusado passa todo processo em uma prisão, o que fere totalmente normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre esse assunto.

No cotidiano, e na pratica presencia-se casos em que o lapso temporal do período da prisão cautelar é superior ao da pena aplicada ao fim do processo na sentença condenatória transitada em julgado. Sem mencionar os casos em que o individuo é absolvido ao fim do processo, mais já teve o desprazer de experimentar o cerceamento da sua liberdade, e terá que levar todo esse fardo carregado de traumas o resto da sua vida.

Diante disso, o presente artigo se debruçara em mostrar as hipóteses em que autorizam a decretação da medida cautelar denominada de prisão preventiva. E verificar os requisitos e hipóteses autorizadores, faz-se uma análise da real finalidade da medida.

Depois, o estudo passara a uma crítica para os casos em que a prisão preventiva é aplicada de modo banalizado, causando um cumprimento antecipado da pena corpórea. Por fim mostrara que aplicada de formar banal, resultará em violação ao principio da presunção de inocência e outros mais princípios. Ressaltando-se ainda que prisões não devam ser feitas de forma “pedagógica”, pelo clamor social ou pura arbitrariedade da autoridade competente, mas sim na forma da lei, sem desta se distanciar.

---

<sup>1</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988

## 1 – PRISÃO PREVENTIVA

Há de se dizer que no Brasil a regra é a liberdade; tendo-se a prisão, como a exceção. O direito à liberdade é um dos principais direitos humanos fundamentais como vêm expressamente postulado na constituição federal; somente pode-se encarcerar o ser humano de maneira legítima, quando houver a decretação da prisão com pena, advindo de uma condenação, com o trânsito e julgado, ou em caráter excepcional, por meio de uma prisão cautelar.

Guilherme de Souza Nucci dar um conceito simples de fácil compreensão sobre o que é prisão onde ele diz que “A prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.”<sup>2</sup> Há uma diferença gritante entre os dois meios pelo qual o ser humano pode ter sua prisão decretada, na prisão com pena que decorre da sentença condenatória transitada em julgado, essa prisão advém da sentença condenatória, que tem por finalidade constituir a efetiva sanção penal.

Já no âmbito da prisão cautelar, a prisão do individuo vem de uma necessidade, para uma situação específica, seja ela para uma investigação ou instrução criminal eficiente, livre de interferências, onde se buscara a verdade real, tendo essa medida cautelar à finalidade de assegurar algo.

A prisão preventiva é uma medida cautelar, um instrumento restritivo de liberdade, de caráter provisório e urgente; doutrinariamente a prisão preventiva tem-se caráter subsidiário, valendo como a “*ultima ratio*”, se perfazendo harmonia com o direito penal da intervenção mínima, unindo-se os princípios penais e processuais penais.

Lopes Jr<sup>3</sup>. Informa que a prisão preventiva pode ser determinada no decorrer da investigação preliminar ou do processo criminal, “[...] inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser declarada a prisão preventiva”; esse posicionamento foi sumulado, remetendo-se ao teor da súmula 9 do STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”, desse modo trás à baila outro fato, o de que a prisão cautelar, antes da condenação definitiva, afrontaria o princípio constitucional da presunção de inocência tipificado no art.5º, LVII da CF, sendo está uma contradição aparente, haja vista que essa medida cautelar privativa de liberdade tem por finalidade garantir a segurança pública de

---

<sup>2</sup>NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4º ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014, p.25.

<sup>3</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 831



maneira imediata e emergencial, bem como a aplicação da lei penal; não sendo um juízo antecipado de culpabilidade.

Em consonância ao que foi dito acima, no sentido da prisão preventiva ser aplicada em observância ao princípio da presunção de inocência Nestor Távora em sua obra reforça dizendo: “A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletérios à figura do infrator.”<sup>4</sup>

Para se decretar a prisão preventiva, se faz necessário observar os pilares em que ela encontra-se estruturada, sendo eles: “hipóteses de cabimento, momento adequado, pressupostos legais e controle jurisdicional prévio”. Sendo ainda acrescido dos requisitos que legitimam essa medida cautelar que é “o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* ou *periculum in libertatis*”

De forma mais objetiva Nucci<sup>5</sup> recomenda que para a aplicação da prisão preventiva se faz a necessidade de se observar três fatores: a) prova da existência do crime (materialidade), b) indício suficiente de autoria (razoáveis indicações, pela prova colhida até então, de ser o indiciado ou réu o seu autor) e c) elemento variável, com ressalvas nesse último fator, o elemento variável, que vem tipificado no art. 312 do Código de Processo Penal:

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<sup>6</sup>

Quando se fala em prova da existência do crime, a materialidade delitiva deve está totalmente comprovada, está comprovação deve ser inconteste, podendo ser comprovada por meio de exame pericial, documentos, testemunhas, interceptação telefônica autorizada judicialmente bem como quaisquer outros meios de prova admitidos no processo penal, se faz necessário todo esse cuidado e verificação de requisitos, para evitar a segregação cautelar quando houver dúvida quanto à existência do crime.

Ao ser verificado a materialidade, passa-se a verificar o indício suficiente de autoria, como o próprio nome já diz é o indício da autoria, não perfaz a necessidade de um prova robusta de confirmação da autoria, tão quanto não se pode exigir uma concepção de certeza

---

<sup>4</sup> TÁVORA, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar – **Curso de Direito Processual Penal** – 8. Ed. rev. Ampl. e atual. Salvador, Bahia, editora JUSPODIVM, 2013, p.580

<sup>5</sup>NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4º ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014, p.65.

<sup>6</sup>BRASIL, **Código de Processo Penal**, Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, art.312, *caput*.

que é necessária para uma condenação, nesse momento apenas indícios que vinculam o indivíduo à prática delituosa já cumpri o requisito estabelecido em lei.

Não basta apenas a verificação desses dois elementos para a decretação da prisão preventiva, é necessário que seja mostrado o fator de risco a justificar a efetividade da medida ou como chamado acima “elemento variável”, que são as hipóteses elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal.

A garantia da ordem pública é a primeira fundamentação legal para que seja decretada a prisão preventiva, podemos dizer que a garantia da ordem pública é a hipótese mais ampla e flexível dentre todas as outras trazidas pelo art. 312 do Código de Processo Penal, não se tendo um conceito exato dessa fundamentação, dar margem há uma interpretação que o legislador poderia ter definido melhor tal conceito, no entanto não o fez para deixar que os magistrados continuem sendo protagonistas na forma de conceituar, de acordo com o caso concreto.

No entanto, Nestor Távora tenta simplificar e direcionar o conceito de garantia da ordem pública “objetiva que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal”<sup>7</sup>, assim como dito acima é necessário que seja comprovado o risco à tranqüilidade e paz social, no mais que fique comprovada a índole do indivíduo voltada para o crime e seja um criminoso contumaz. Não podemos confundir índole e personalidade com antecedentes criminais, haja vista que apenas o antecedente não preencheria os requisitos necessários para decretação da prisão do agente.

Há uma necessidade de se aplicar o conceito da garantia da ordem pública, com a verificação do trinômio: da Gravidade da infração, da Periculosidade do agente e da Repercussão social. Assim não incorreríamos em violação ao princípio da presunção de inocência.

A gravidade da infração, vai se observar no caso concreto, bem como as circunstâncias e consequência do delito, caberá ao nobre magistrado buscar pelo o fato concreto e suas nuances, para que não banalize mais a decretação da prisão preventiva cautelar, incumbe ressaltar que essa matéria já foi bem discutida nos tribunais e já há uma consolidação na jurisprudência conforme:

STF: “Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da

---

<sup>7</sup> TÁVORA, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar – **Curso de Direito Processual Penal** – 8. Ed. rev. Ampl. e atual. Salvador, Bahia, editora JUSPODIVM, 2013, p.581

liberdade individual do agente.” (RHC 117.493-SP, 1.<sup>a</sup> T., rel. Dias Toffoli, 25.06.2013, v.u.).<sup>8</sup>

STF: “A gravidade *in concreto* do delito aliada à periculosidade do agente – evidenciada, no caso dos autos, pela grande quantidade de droga apreendida – e à necessidade de acautelamento do meio social constituem motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir-se a ordem pública. Precedentes: HC 113.184, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJ* de 04.09.12; HC 101.132, Primeira Turma, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, *DJ* de 1.<sup>o</sup>.07.11; HC 94.872, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, *DJ* de 19.12.08.” (HC 113.186-SP, 1.<sup>a</sup> T., rel. Luiz Fux, 09.04.2013, m.v.).<sup>9</sup>

Quando se fala em periculosidade do agente, é da personalidade do agente que se trata, no qual precisa ter o conhecimento que é a personalidade voltada para o crime, o íntimo daquele agente é voltar á delinquir desenfreadamente, o simples fato de ele ter antecedentes criminais não traduzirá essa periculosidade, nem irá ser determinante para ser decretada a prisão preventiva em seu desfavor.

As condições negativas dos antecedentes criminais do agente somente serão avaliadas e levadas em conta na ocasião em que for aplicada sua pena de acordo com o art. 59 do código penal.

Por outro lado a primariedade do agente não lhe assegura nenhuma imunidade à prisão preventiva, desde que outros fatores autorizem tal decretação, esse entendimento já foi pacificado e consolidado pela jurisprudência pátria, veja:

“A primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva (HC112.642, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 10.08.12). Precedentes: HC106.474, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, *DJ* de 30.03.12; HC 108.314, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, *DJ* de 05.10.11; HC 103.460, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, *DJ* de 30.08.11; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, *DJ* de 20.06.11; HC 102.354, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 24.05.11, entre outros.” (RHC 114.589-MS, 1.<sup>a</sup> T., rel. Luiz Fux, 24.09.2013, m.v.).

STF: “No tocante à custódia cautelar, é da jurisprudência desta Corte que a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva.” (HC 112.642-SP, 2.<sup>a</sup> T., v.u., rel. Min. Joaquim Barbosa, 26.06.2012)

Superado essas duas bases da garantia da ordem publica, tem se, a comoção social ou clamor publico a ser superado, este deve se pautar na real impactação daquele ato criminoso na sociedade, se verificando somente diante do caso em concreto, trazendo a comoção social

<sup>8</sup>NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4<sup>o</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014, p.66.

<sup>9</sup>NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4<sup>o</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014, p.67.

para um status de relevância. Desse modo, abre uma lacuna onde a opinião pública, o clamor social irá se manifestar.

No entanto, muitas das vezes essa opinião pública é influenciada pelos meios de comunicação que desejam a imediata prisão do suspeito numa forma de “vingança coletiva”. Assim, mas uma vez cumpre ao nobre julgador o bom senso para distinguir o estardalhaço indevido sobre um fato criminoso, inexistindo abalo real à ordem pública, da real situação de intranqüilidade da população sobre determinado delito.

Os fatos falaciosos da mídia muitas vezes levam a antecipações, descumprimento de garantias constitucionais e juízos de valor antecipados no processo penal.

A influência maléfica da mídia em processos penais de repercussão, que se transformam em verdadeiros espetáculos, é notória. Os princípios fundamentais que norteiam o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, etc.) são abandonados e trocados pelo sensacionalismo, combustível natural para o clamor público<sup>10</sup>

O sentimento popular não pode pautar o judiciário, vindo a ter uma repercussão tão gravosa na vida do agente, como é o caso de decretação da prisão preventiva. Pois no momento em que o sentimento popular arraigado do ânimo de vingança passa a pautar o judiciário, estamos pondo em tábula rasa as garantias constitucionais em prol de uma falsa sensação de segurança por encarceramento.

Não pode o réu arcar com a sua liberdade os ônus da duração do processo, como instrui o mestre Nestor Távora “A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade”<sup>11</sup>.

Sendo esses os fatores para a fundamentação da garantia da ordem pública trazida no art.312 do Código de Processo Penal, em seguida o próximo elemento variável do mesmo art. é a garantia da ordem econômica.

Garantia da ordem econômica é uma segunda fundamentação, ou segundo elemento variável, que traz o art. 312 do Código de processo penal, vale ressaltar que essa hipótese foi acrescentada pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste), cumpre ressaltar que essa hipótese vem para impedir que aquele delinquente volte a cometer mais crimes e assim abale a situação econômico financeira de uma instituição ou até mesmo o próprio estado que resguarda os direitos da população, se caracterizando se assim podemos dizer uma “afrenta a ordem econômica”.

---

<sup>10</sup>YROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Vingança coletiva- **Prisão preventiva não deve ter fins punitivos**. *Revista Consultor Jurídico* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>. Acesso em: 19 abr.,2015.

<sup>11</sup> TÁVORA, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar – **Curso de Direito Processual Penal** – 8. Ed. rev. Ampl. e atual. Salvador, Bahia, editora JUSPODIVM, 2013, p.582.

Nesse momento se pode fazer uma breve comparação entre os criminosos de colarinho branco e os demais delinqüentes, haja vista que um desfalque em uma instituição financeira e a afronta a economia financeira, podem afetar e gerar mais repercussão na vida das pessoas e da sociedade que um simples furto.

Uma observação relevante quanto a essa fundamentação, pois demonstrada ameaça que o agente, solto, continuara delinqüindo e abalando a ordem econômica, a medida cautelar da prisão preventiva se configurara necessário. Percebe-se um descompasse, afina, havendo o temor da prática de novas infrações, afetando ou não a ordem econômica, já haveria o enquadramento do individuo na expressão mais abrangente que é “garantia da ordem pública”, a ordem econômica está enquadrada no âmbito macro, que é o de preservação da ordem pública.

Nota-se que a Lei 9.492/86 , que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu art. 30, prevê que nos crimes previstos nessa lei, poderá aplica-se a prisão preventiva em razão da “magnitude da lesão causada”, ora não cabe ao nobre julgador aplicar ao imputado a prisão preventiva, pautada na magnitude da lesão, que é consequência do crime, e não uma justificativa prisional<sup>12</sup>. Todavia, esta hipótese vem sendo usada nos tribunais.

Ademais o 3º elemento variável que traz o art. 312 do código de processo penal é a conveniência da instrução criminal, sendo essa uma hipótese mais fechada, na qual não permite grande distanciamento da realidade, nem mesmo uma maior abrangência de possibilidades.

Quando se tratar de conveniência da instrução criminal, vai ser levado em conta que a conveniência de todo processo é que a sua instrução criminal seja realizada de maneira equilibrada e imparcial, na busca da verdade real daquele fato, permitindo a livre produção probatória. Deste modo a ligação com réu vai depender da sua atuação face ao colhimento e produção destas provas, em casos de atuação do acusado visando perturbar o desenvolvimento da instrução criminal com condutas de ameaçar testemunhas, investir contra provas de modo a suprimir, sumir, rasurar, induzir a erro, buscar desaparecer com evidencias, ameaçar o órgão acusatório; dentre outras, fica configurado o motivo ensejador da prisão preventiva.

Cumpr-se ressaltar que com o advento da lei 12.403/2011, que criou medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, que trás com uma das possibilidades dessas medidas cautelares, a investigação ou a instrução criminal. Desse modo o mais justo é considerar a conduta do réu em diferentes gradações, conforme o grau que ele atravanca a

---

<sup>12</sup>MOREIRA, Rômulo. *Curso Temático de direito processual penal*. Salvador. Juspodivm, 2009. P.364.

instrução criminal, pode se escolher entre a medida cautelar (para perturbações menos graves) e a prisão preventiva (nos casos mais graves).

Dessa forma o 4º elemento variável do art. 312 do código de processo penal, é a garantia de aplicação da lei penal, que vem de forma direta, a não permitir abusos em sua aplicação, sem espaço para que o magistrado seja protagonista na sua conceituação.

O conceito básico é de se assegurar a finalidade útil do processo penal, que nada mais é do que o estado exercer seu direito de punir, aplicando-lhe uma sanção a aquele for condenado como autor da infração penal, Assim sendo esse elemento vem para impedir a potencial fuga do agente, evitando a punição estatal.

Deve haver fundada demonstração quanto a possibilidade de fuga, não se presumindo a fuga, mas a colheita de dados reais indicando a possibilidade de saída do acusado da área de controle do estado. Precisa-se uma visão fática e real do intuito do réu de se furtar a aplicação da lei penal e do direito de punir estatal.

Assim, a mera ausência do réu nos interrogatórios, bem como sua condição de foragido em lugar incerto e não sabido não é suficiente para decretação da prisão preventiva conforme jurisprudência: STJ: “A simples condição de foragido, que se mantém em local incerto e não sabido, é suficiente para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.” (HC 221.994-DF, 5.ª T., v.u., rel. Min. Gilson Dipp, 26.06.2012).

Para fundamentar a prisão cautelar, são necessárias as circunstâncias existentes a outros fatores concretos, sendo impossibilitada a decretação por simples falta de comprovação de endereço ou de emprego.

Na jurisprudência:

TJMS: “A falta de comprovação de residência fixa e de ocupação lícita, por si só, não constitui fundamento idôneo a justificar a decretação da prisão preventiva. Precedente do Supremo Tribunal Federal (STF, HC 80.805/SP, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 19.10.2001). (STJ, HC 59.391, 5.ª Tj. 17.04.2008, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 16.06.2008)”. (HC 2011.026017-4/0000-00/MS, 2.ª T., v.u., rel. Manoel Mendes Carli, 19.09.2011).<sup>13</sup>

De resto a Lei 12.403/2011, acrescentou o parágrafo único no art. 312 do código de processo penal, para consolidar a possibilidade de utilizar a prisão preventiva como forma intimidativa para que sejam cumpridas as medidas cautelares diversas, que lhe tenham sido aplicadas. Assim o réu sendo agraciado com medidas cautelares diversas da prisão preventiva, vindo a descumprir qualquer medida, poderá ser-lhe decretada a prisão preventiva.

---

<sup>13</sup>NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4º ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014, p.71.

Com isso o legislador deu o direito ao réu de ser aplicado a ele uma medida menos danosa a sua integridade, desde que a honre cumprindo-a a risca.

Toda decisão judicial deve ser fundamentada, conforme exige a constituição federal, art.93, IX, sendo indispensável, que para a decretação da prisão preventiva o nobre magistrado lance mão da fundamentação, que também vem expressa a sua necessidade no art.315 do código de processo penal, em ausência de fundamentação pode este ato ser considerado nulo ou passível de constrangimento ilegal.

Não cabendo a mera repetição dos fundamentos legais do art.312 do código de processo penal.

No art. 313 do código de processo penal, específica que a prisão preventiva será admitida nos casos de crimes doloso, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, se o acusado tiver sido condenado por outro delito doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando o prazo do art. 64, I do código penal, bem como se o crime envolve violência doméstica e familiar contra a mulher criança e adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

## **2. AUDIÊNCIA DA CUSTÓDIA: APLICABILIDADE DO ROTEIRO PREVISTO NO ART.310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

A resolução 213/2015 do CNJ, traz o rito e procedimento a ser tomado para realização da audiência de custódia, A criação dessa medida, serviu para dar efetividade a diversos dispositivos que faziam referencia a uma medida desse cunho, como o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 5), subscrita e ratificada pelo Brasil. Vigente desde novembro de 1992, diz: “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”.

Para a confecção desta referida resolução foi necessário observar todo um panorama vivenciado pelo Brasil, que revela o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente, de acordo com o diagnóstico apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, ano em que foi criada tal resolução.

No art. 1º da resolução 213/2015, traz a seguinte redação:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

O magistrado competente deve ter o conhecimento da prisão em flagrante em até 24h após a prisão, cumpre ressaltar que o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, não supre a necessidade de apresentar pessoalmente aquele que teve sua liberdade ceifada, assim sendo, o juiz irá aferir a legalidade da prisão, caso venha optar à manutenção da prisão em flagrante deverá fundamentar sua decisão e verificar se estão presentes os requisitos autorizadores para decretação da prisão preventiva, oportunidade pela qual esta será convertida em prisão preventiva. Sob o crivo do art. 310 do Código de Processo Penal, cabem ainda o magistrado mais 2 escolhas para se tomar na audiência de custódia, seja, relaxar a prisão em flagrante ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, podendo ainda impor, ou não, medida(s) cautelar(es) dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, isolada ou cumulativamente.

É importante relatar a acepção do termo flagrante significa ardente, do latim *flagrans*, *flagrantis*, assim, tem-se a expressão flagrante delito que de forma mais popular é o que é cometido naquele instante<sup>14</sup>. O art. 302 do código de processo penal trás as modalidade de flagrantes.

Superados os conceitos trazidos, a resolução 213/2015 do CNJ que regularariza e impõe a audiência de custódia cria um rito a ser seguido, trás uma complexidade ao roteiro já previsto no art.310 do Código de Processo Penal. O texto detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe protocolos e orientação sobre o modo de atuação judicial. O objetivo foi o de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade restrita do ato de prisão.

Nesta audiência se faz presente o representante do Ministério Público, o defensor público ou advogado particular constituído, sendo vedada a participação dos agentes que prenderam aquele acusado. Em seguida o magistrado conduzira a referida audiência, assegurando o direito do acusado e dando ciência da finalidade daquele ato; no art. 8º, inciso I

---

<sup>14</sup> **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa, Prática de processo penal, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p, 69



à VII da resolução 213/2015, consta especificamente quais atos e o direcionamento a serem tomados pelo magistrado.

O juiz não poderá formular perguntas “com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”, bem como não deve deixar que nenhuma das partes formule perguntas nesse sentido, ou seja, não caberá nessa primeira audiência perguntas de mérito. A fim de analisar a necessidade de encaminhamento assistencial e o cabimento da concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de medida cautelar. Após a oitiva, o juiz passará a palavra ao Ministério Público e, em seguida, à defesa técnica, para formulação de perguntas compatíveis com a natureza do ato. Podendo requerer o relaxamento da prisão, bem como a sua conversão ou a liberdade provisória com ou sem fiança.

O art. 8º, §1º incisos I ao IV, trás o já mencionado acima, o que pode requerer as partes, *vide*:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.<sup>15</sup>

É notória a transcrição do art.310 do Código de Processo Penal, para compor a resolução, no que tange aos requerimentos das parte; vejamos o art. 310:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> BRASIL, **Resolução Nº 213 de 15/12/2015**, do CNJ, art.8º,§1º I ao IV.

<sup>16</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011, art.310.

Assim, fica evidente que, com isso o ministro deu uma ênfase à aplicabilidade de forma integral ao artigo 310 do código de processo penal. Ao falarmos no artigo 310 do Código de Processo Penal e na audiência de custódia, seguimos um pensamento direto até a prisão em flagrante, na qual não se tem ao certa natureza específica de tal medida, mas, para o ilustre mestre Tourinho Filho, ele consagra que é uma medida de tamanha complexidade, pois tem:

duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação ou manutenção ou transformação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva<sup>17</sup>.

Cumprido o regramento necessário, o juiz daquela audiência de custódia passará a analisar o flagrante no sentido de tomar uma decisão seguindo o já estabelecido no artigo 31º do Código de processo penal; em sendo o caso de uma prisão ilegal, deve a autoridade competente, promover seu relaxamento de imediato, evitando maior dano ao direito do agente que sofreu mal injusto. Renato Marcão traz um pequeno rol, exemplificativo, que aborda mais algumas hipóteses de cabimento do relaxamento da prisão em flagrante, veja:

1) Ausência de fato típico; 2) Presença de causas de exclusão da ilicitude; 3) Fato típico que não autoriza prisão em flagrante; 4) Ausência de situação que legitime flagrante; 5) Flagrante preparado ou provocado; 6) Flagrante forjado; 7) Vício formal na lavratura do auto; 8) Lavratura do auto de prisão fora do prazo; 9) Auto de prisão em flagrante formalizado por quem não seja autoridade competente; 10) Ausência ou demora injustificada nas comunicações da prisão em flagrante; 11) Ausência de “nota de culpa” ou sua entrega tardia.<sup>18</sup>

Nada impede de, após o relaxamento da prisão em flagrante, ser decretada sua prisão preventiva, podendo ser feito em um mesmo despacho, esse tem sido o posicionamento da jurisprudência, sendo assim seriam superadas as nulidades da prisão em flagrante com a decretação do seu relaxamento, e a nova decisão judicial que decreta a prisão preventiva, seria o novo título judicial que enseja a custódia cautelar, (STJ, HC 95.618/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22-4-2008, *DJe* de 19-5-2008); “A jurisprudência é pacífica na admissão de relaxamento da prisão em flagrante e, simultaneamente, do decreto de prisão

---

<sup>17</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **PROCESSO PENAL**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 456-457.

<sup>18</sup> Marcão, Renato. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO**. Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016. p.618.

preventiva (HC 77.042/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19-6-1998)” (STF, HC 94.661/SP, 2ª T., rela. Mina. Ellen Gracie, j. 30-9-2008, DJe 202, de 24-10-2008).<sup>19</sup>

Em não sendo o caso de prisão ilegal, irá se verificar se há necessidade bem como se presentes estão os requisitos que autorizam a medida preventiva, uma vez que não há nenhuma possibilidade dessa medida se sustentar no decorrer da fase processual, sem requisitos e fundamentos ensejador de tal medida, ressalta-se a necessidade que para haver esta conversão, tem que haver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, isso, porque não pode o magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva “*ex officio*”, devido a própria vedação que trás o art.282 §2º e art. 311, ambos do Código de processo penal, que não permite a decretação de prisão preventiva “*ex officio*”na fase de investigação policial ou pré-processual.

Nesse mesmo sentido, Renato Marcão diz que há uma necessidade de recebido o auto de prisão em flagrante o magistrado proceder a abertura de vista ao ministério publico para se manifestar, [... ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante, o correto é o juiz determinar a abertura de vista ao Ministério Público para que se manifeste, antes de sobre ela decidir em sede de aplicação do art. 310 do CPP.]<sup>20</sup>.

No mais, o magistrado deverá apreciar os requisitos e a necessidade da preventiva e, caso não estejam presentes, conceder a liberdade provisória. Essa liberdade provisória deverá se impor, ante a ausência dos requisitos da preventiva, aplicando se em todos os tipos de infração, seja afiançável ou não. Mesmo assim, algumas normas impedem que seja concedida essa liberdade provisória, como é o exemplo da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006), no entanto o STF declarou *incidente- tantum* a inconstitucionalidade desta vedação (HC 104.339/SP, Rei. Gilmar Mendes).<sup>21</sup>

Nestor Távora registra mais uma possibilidade de aplicação da liberdade provisória é nos casos de excludentes de ilicitude que poderia advim possível absolvição, sendo por demais deletério ao acusado permanecer enclausurado, com sua liberdade, pois:

Há, ainda, uma outra situação cm que liberdade provisória se impõe. Trata-se da hipótese, prevista no parágrafo único do artigo, em que, pelo auto de prisão em flagrante, o juiz constata que o agente praticou o fato albergado por alguma excludente de ilicitude (art. 23, CP). Com efeito, se

<sup>19</sup> Marcão, Renato. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO**. Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016. p.618.

<sup>20</sup> Marcão, Renato. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO**. Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016. p.620

<sup>21</sup> TAVORA, Nestor, ROQUE, Fábio Araújo, **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**, para concurso, doutrina, jurisprudência e questões de concurso. 7º ed. editora juspodivm. 2016. p.485.

a excludente conduzirá à absolvição, não há porque manter-se preso o agente...Em resumo, são duas hipóteses de liberdade provisória vinculada: a) ausência de requisitos para a decretação da prisão preventiva; b) prática do fato sob o pálio de uma excludente de ilicitude (ou de culpabilidade, mesmo de *lege Jerenda*).<sup>22</sup>

Podendo ainda ser liberado provisoriamente com ou sem fiança, e ser lhe imposta medida cautelares restritivas listadas nos art. 319 e 320 do código de processo penal, sendo imprescindível a manifestação do Ministério Público.

### **3 A PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.**

A prisão preventiva é um instrumento restritivo de liberdade, de caráter provisório e urgente. Já a prisão decorrente de pena privativa de liberdade tem caráter sócio pedagógico, segundo a teoria da prevenção positiva da pena, que trata Cezar Roberto Bitencourt em sua obra<sup>23</sup>.

Ao se observar que os dois modos de cerceamento de liberdade mencionados acima têm caráter diferente. Pode-se dizer que a partir do momento em que a prisão preventiva se prolonga por um lapso temporal extenso, perde seu caráter e começa agir de forma punitiva, antecipando a pena em concreto, e ferindo as garantias fundamentais como a presunção de inocência, a legalidade e a proporcionalidade.

O fato da prisão preventiva não ter um prazo definido de duração, acaba agindo como um cumprimento antecipado da pena. De acordo com o relatório do BNMP 2.0 do CNJ de 6 de agosto de 2018, existiam até aquele momento 69. 217 (sessenta e nove mil duzentas e dezessete) pessoas presas há mais de 180 (cento e oitenta) dias sem condenação de juiz de 1º grau<sup>24</sup>. Isso mostra a quantidade de indivíduos que têm sua liberdade cerceada sem a devida sentença penal, e sua pena em concreto.

Diante desses dados temos a seguinte reflexão: que muitas vezes, o indivíduo permanece encarcerado enquanto inocente, uma vez que se deveria vigorar a presunção de inocência, e quando é condenado pelo juiz de 1º grau o indivíduo muitas vezes é posto em liberdade, pois quando feita a detração do período em que ele permaneceu preso preventivamente, lhes dar o direito de progredir de regime e assim ir para um regime diferente

<sup>22</sup> TAVORA, Nestor, ROQUE, Fábio Araújo, **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**, para concurso, doutrina, jurisprudência e questões de concurso. 7º ed. editora juspodivm. 2016. p.485-486

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **TRATADO DE DIREITO PENAL – PARTE GERAL**, revista, ampliada e atualizada, 17º ed. editora saraiva.2012. p. 306-307.

<sup>24</sup> Banco Nacional de Monitoramento de Prisões BNMP - 2.0, **CADASTRO NACIONAL DE PRESOS**, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 06 de agosto de 2018 – endereço eletrônico (<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/abc7c9d895ba4e6cd3e0518e6f840164.pdf>)

daquele sentenciado, regime esse mais benéfico ao então réu. Ora a incoerência é tamanha, pois como pode alguém enquanto inocente permanecer encarcerado preventivamente e após condenado ser posto em liberdade.

Para uma melhor elucidação do parágrafo anterior, digamos que tenha um indivíduo que foi preso e teve seu flagrante convertido em preventiva, por posse de arma de fogo de uso permitido, no qual a pena máxima em abstrato é 4 anos, e ele faz parte daquele grupo das 69.217 pessoas que estão presas a mais de 180 dias, mencionado no parágrafo acima, sem sentença em juiz de 1º grau, caso ele venha a ser condenado e seja lhe imposta a pena máxima de 4 anos, ele já cumpriu mais de 1/6 da pena, em um regime mais danoso do que aquele em que foi condenado.

Como se não fosse o bastante ter sua liberdade tolhida, essa pessoa vai carregar o estigma de ex-presidiário por sua vida, sem contar outros tipos de lesões provocadas pelo sistema penitenciário. Nesse exemplo ficou claro como a prisão preventiva vem sendo usada de forma punitiva e deletéria, sem respeitar garantias fundamentais, e atuando de maneira a antecipar o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Seguindo essa linha de pensamento o auto Tourinho Filho sustenta:

“[...] é natural que a segregação só possa ser admitida nos casos estritamente necessários, tal como dispõe o art. 310 e seu parágrafo único do CPP. [...]O castigo, entretanto, deve ser imposto após a apuração da sua responsabilidade; infligi-lo com antecipação é medida odiosa, desumana, cruel e atentatória do princípio da presunção de inocência.”<sup>25</sup>

Não cabe a medida cautelar, ter caráter de satisfação, ou seja, não se pode transformar em uma execução provisória da pena, nem uma antecipação da tutela do estado em punir. O STF demonstrou em sua decisão:

A Prisão Preventiva – Enquanto medida de natureza cautelar – Não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu. - A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (RTJ 180/262-264, Rel. Min. Celso de Mello).

O voto do nobre relator, trouxe apenas aquilo que já foi consagrado pela jurisprudência e doutrina, que o poder público não pode usar como instrumento de

---

<sup>25</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **PRÁTICA DE PROCESSO PENAL**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 70.

antecipação da pena, a medida cautelar, uma vez que prisão preventiva não deve ser confundida com a prisão decorrente da pena.

#### **4 BANALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PRISIONAL DENOMINADA PREVENTIVA E A VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.**

Não é segredo que a medida cautelar preventiva vem sendo usada de forma banalizada, a ponto de termos números exorbitantes de encarcerados, por força de tal medida. Sendo essa muitas vezes usada por pressão da mídia, da sociedade, no intuito de passar uma sensação de segurança. Com isso, se deixa de aplicar o princípio da intervenção mínima, também conhecida como “ultima ratio, e da presunção de inocência.

Diante disso, observa-se que a prisão preventiva vem sendo aplicada com caráter de antecipação da execução da pena, uma vez que sem qualquer fundamento cautelar.

Desse modo, vemos que há duas formas de banalização da prisão preventiva, uma quanto ao tempo, outra quanto a sua aplicação, ambas as formas trazem conseqüências irreparáveis na vida daqueles que são acometidos com essas medidas. De modo que a banalização da prisão cautelar denominada preventiva, esteja ligada intrinsecamente ao contexto social e político, em que se tenta recorrer ao direito penal como solução.

A banalização da prisão preventiva quanto ao tempo é no sentido de duração de tal medida, ora uma vez que não tem um lapso temporal de duração determinado. Assim desse modo fica ao livre arbítrio do magistrado a duração. Sendo por muitas vezes usada como forma de encarceramento até o final de todo processo penal. Nessa linha de pensamento Guilherme de Souza Nucci, trás em sua obra:

A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta se prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório. Se assim acontecer, configura constrangimento ilegal.<sup>26</sup>

Não cabe ao acusado arcar com sua liberdade o ônus da demora do processo. Uma vez que para se aferir o tempo da prisão preventiva, faz-se necessário aplicar a proporcionalidade, impedindo eventuais banalizações e violações aos direitos. Seguindo essa linha de pensamento Guilherme de Souza Nucci ensina que:

Proporcional é a prisão cautelar cujo período de duração não excede os limites da pena mínima prevista para o delito – e muito menos o máximo – nem tampouco chega a superar prazos relativos à concessão de benefícios de execução penal.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.362

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.363

A banalização da prisão preventiva quanto a sua aplicação é o que se mostra de forma mais preocupante, pois desencadeia a superlotação carcerária. Quando foram implantadas as audiências de custódia criou-se uma perspectiva que esse número iria diminuir no entanto, ele aumentou significativamente segundo dados do CNJ até abril de 2017, 125.965 casos resultara em decretação de prisão preventiva. Com esses dados podemos realmente dizer mais uma vez que a prisão preventiva vem sendo usada de forma banalizada.

Lembrando que, para que seja decretada a prisão do indivíduo se faz necessário 3 requisitos, que são bem determinados pelo nobre autor Guilherme de Souza Nucci, os quais são a) fato criminoso, b) indícios suficientes de autoria, C) Hipóteses autorizadoras que vem elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal. Vejamos.

Em terceiro, a prisão preventiva possui requisitos, que precisam ser preenchidos para a sua decretação. [...]

Os seus requisitos são, no mínimo, três, cumulados: prova da materialidade do fato criminoso, indício suficiente de autoria, garantia da ordem pública *ou* garantia da ordem econômica *ou* conveniência da instrução criminal *ou* assegurar a aplicação da lei penal.<sup>28</sup>

Cabe dizer que a má utilização dos requisitos autorizadores constante no art. 312 do Código de Processo Penal, por parte dos magistrados levam a banalização da medida, que aplicada de maneira errônea vem a ocasionar violações as garantias constitucionais do cidadão acusado, ferindo não só o cidadão, mais também o carta magna no que tange o princípio do estado de inocência.

O princípio em questão está positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, de 1988, in verbis:

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: (...)

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

Diante disso, tal garantia constitucional frisa que não pode ser considerado culpado quem ainda responde a uma ação penal, de modo que qualquer ato que constituir violação a um direito fundamental deverá ter natureza estritamente cautelar. Isso, para afastar qualquer tipo de execução antecipada de pena.

Nessa esteira, refere Alexandre Morais da Rosa:

---

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza **Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da legalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito**, Guilherme de Souza Nucci- artigos - processo penal. Disponível em [ <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/presuncao-de-culpa-pena-antecipada-e-paradigma-da-ilegalidade-antiteses-estado-democratico-de-direito> ].

No campo do Direito Penal o manejo do poder no Estado Democrático de Direito deve se dar de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Desta forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado.<sup>29</sup>

Na mesma seara, é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.<sup>30</sup>

Ante exposto, a banalização da prisão preventiva viola diretamente os direitos fundamentais do acusado, pois vai ter sua liberdade cerceada por um ato cautelar, que é arraigado de vícios e autoritarismo. A ameaça das decisões provenientes do autoritarismo causa uma insegurança social, bem como os delitos supostamente praticados pelos imputados, há de se lembrar que decisões judiciais provenientes de autoritarismo vão de encontro a um estado de direito, até porque,

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo.

Diante de tudo mostrado se faz necessário que o país tenha uma urgente mudança cultural acerca da cultura do encarceramento no Brasil, no que diz respeito aos operadores do direito e aqueles que possuem legitimidade para aplicar e decreta a prisão preventiva. Assim deverá ocorrer uma aplicação de forma de razoável e proporcional da prisão preventiva, combinada com uma maior aplicação das medidas cautelares, incluídas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, fator que tem grande capacidade para alterar o caos inerente ao sistema prisional brasileiro.

---

<sup>29</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 38

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2012, p. 15-17



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo partiu da reflexão de que, diante do número alarmante de pessoas que são encarceradas no Brasil, por meio da prisão preventiva, a medida tem se banalizado, deixando de ser usada em sua essência, como exceção. Assim mostra-se a pertinência de discutir acerca da aplicação da medida cautelar preventiva, bem como a aplicação das medidas cautelares incluídas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011.

Como demonstrado no presente artigo, a prisão preventiva é uma medida cautelar de cerceamento de liberdade, no qual deve ser usada como “ultima ratio”, uma vez que em nosso estado democrático de direito vigora o princípio da presunção de inocência, no qual a liberdade é a regra. Para uma aplicação legítima da medida prisional preventiva ela deve ser compatibilizada de acordo com essa garantia individual postulada na nossa Carta Magna.

Como exposto, se faz necessário uma análise de três pilares para decretação da prisão preventiva, que são eles: o crime (fato criminoso), os indícios de autoria (não necessita de comprovação, mas provas que tenham Constancia e robustez), e os elementos variáveis que são expostos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, cabendo ao douto magistrado que valore e interprete a legislação para aplicação da medida penal. No entanto, cabe observar uma lacuna legislativa que não impõe limites em sua interpretação, em que o nobre legislador continuou tolerando que o magistrado fosse protagonista na conceituação e adequação perante o caso concreto, quanto à garantia da ordem pública. Que por muitas vezes tem sua convicção pautada pelo estardalhaço da mídia e opinião pública, deixando de lado os princípios e garantias individuais do cidadão.

Uma vez não delimitado isso, nada impede um uso comum e desenfreado desse elemento para fundamentar as decisões de cerceamento de liberdade, e conseqüentemente a banalização de um meio de encarceramento do acusado.

A audiência de custódia foi implantada com o intuito de suprir alguns abusos de autoridades, se adequarem aos pactos de direitos humanos a qual o Brasil é signatário, mas o mais importante foi diminuir o número de encarceramento. Essa medida foi imposta no Brasil com algumas ressalvas uma vez, que em seu regimento ela trás um rito próprio, uma regulamentação variável de acordo com cada estado. Levando tudo isso em consideração bem como os dados apresentados no trabalho mais da metade dos casos da audiência de custódia até abril de 2017, resultaram em conversão da prisão em flagrante em preventiva. Aumentando a população carcerária sem que tenha se quer uma condenação em 1º grau.

Restou-se assim comprovado que a prisão preventiva vem sendo usada cada dia como uma forma de cumprimento antecipado da pena, banalizando-se, e sendo aplicada como regra. Uma vez que o acusado permanece preso por toda persecução penal, sendo violado seu direito fundamental, nessa esteira é que se verifica que o cerceamento da liberdade através da preventiva está agindo de maneira a antecipar uma sanção penal, que não teve seu desfecho; causando uma injusta lesão a aquele cidadão. Uma vez que veda nosso ordenamento jurídico a antecipação de pena, bem como a pretensão punitiva estatal, que deve obedecer a um devido processo legal.

Na situação atual das violações constitucionais, não há como um estado de direito se prevalecer uma vez que o judiciário segue as leis, e, com isso, fere as garantias fundamentais dos cidadãos. Entretanto com o advento das medidas cautelares incluídas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, que são nove, possibilita-se o cumprimento do princípio constitucional da presunção da inocência e, também, das garantias constitucionais do processo.

Tendo uma aplicação correta das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, será percebido as conseqüências, uma vez que irá diminuir a população encarcerada preventivamente, e se evitará um cumprimento antecipado de pena privativa de liberdade, deixando de se banalizar a preventiva, não ficando o magistrado obrigado a se estender na interpretação dos dispositivos legais, pois terá uma reprimenda de forma a não violar a liberdade do acusado.

Por fim, a aplicação de tais medidas cautelares pessoais diversas da prisão, bem como o uso de proporcionalidade e razoabilidade para decretação da prisão preventiva, não fugindo da legislação por parte do magistrado. Irá trazer ao estado democrático de direito a perfeita harmonia, sem que haja violação ao princípio constitucional da presunção da inocência, postulado de extrema importância para nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

Banco Nacional de Monitoramento de Prisões BNMP - 2.0, **CADASTRO NACIONAL DE PRESOS**, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 06 de agosto de 2018 – endereço eletrônico <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/abc7c9d895ba4e6cd3e0518e6f840164.pdf>> .pdf. >

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, revista, ampliada e atualizada, 17º ed. editora saraiva.2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988**.

——— **Código de Processo Penal**, Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, art.312, *caput*.

———, **Resolução N° 213 de 15/12/2015**, do CNJ, art.8º,§1º I ao IV.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 831.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva 2016.

MOREIRA, Rômulo. **Curso Temático de direito Processual Penal**. Salvador. Juspodivm, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4º ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014.

——— Guilherme de Souza, **Prisão e Liberdade**, - 4º ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense, 2014.

———, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

———, Guilherme de Souza **Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da legalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito**, Guilherme de Souza Nucci-artigos - processo penal. Disponível em

<<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/presuncao-de-culpa-pena-antecipada-e-paradigma-da-ilegalidade-antiteses-estado-democratico-de-direito>>.

ROSA, Alexandre Morais da. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013,.

TÁVORA, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar – **Curso de Direito Processual Penal** – 8. Ed. rev. Ampl. e atual. Salvador, Bahia, editora JUSPODIVM, 2013.

———, Nestor, ROQUE, Fábio Araújo, **Código de Processo Penal**, para concurso, doutrina, jurisprudência e questões de concurso. 7º ed. editora juspodivm. 2016..

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

———, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

YROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Vingança coletiva- **Prisão preventiva não deve ter fins punitivos**. *Revista Consultor Jurídico* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>. > Acesso em: 19 abr.,2015.