

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

PRISÕES, LIBERDADE
E CAUTELARES PESSOAIS
NOVA FORMATAÇÃO A PARTIR DE 2020



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS PRINCIPOLÓGICOS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	15
---	----

1. Reserva jurisdicional qualificada	15
2. Motivação e Fundamentação das decisões	17
3. Presunção de inocência.....	21
4. Reserva de lei	27
5. Contraditório	32
6. Provisionalidade ou situacionalidade: fatos novos, concretos ou contemporâneos.....	34
7. Duração razoável da medida cautelar: temporalidade	35
8. Proporcionalidade	39
9. Prisão como última e <i>extrema ratio</i>	42
10. Estrutura acusatória: vedação da imposição de medidas cautelares <i>ex officio</i> pelos magistrados.....	45

CAPITULO II

JUIZ DE GARANTIAS E A PRISÃO	49
1. Considerações gerais.....	49
2. Funções do juiz de garantias, em face da prisão e da liberdade	52

CAPÍTULO III

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	55
1. Normatividade supranacional.....	55
2. Antecedentes	57
3. Normatividade do CPP.....	58
4. Funcionalidade	59

CAPÍTULO IV

PRISÃO EM FLAGRANTE	61
1. Considerações iniciais	61
2. Funcionalidade pré-cautelar da prisão em flagrante.....	62
3. Situações de flagrância: “espécies”	63
4. Particularidades	65
4.1. Crimes permanentes e habituais.....	65
4.2. Código de Trânsito	66
4.3. Infrações penais de menor potencial ofensivo	67
4.4. Lei Antitóxicos.....	67
4.5. Imunidades funcionais	69
5. Falsos flagrantes: “forjado” e “provocado”	70
6. Situações sui generis: vigilância e acompanhamento.....	71
7. Formalidades constitucionais e legais.....	72
8. Opções da autoridade policial diante do flagrante.....	74
9. Opções do juiz diante da prisão em flagrante	75
10. Relaxamento da prisão em flagrante	78

CAPÍTULO V

LIBERDADE PROVISÓRIA	81
1. Considerações iniciais	82
2. Liberdade provisória sem fiança.....	82
3. Liberdade provisória mediante fiança	82

3.1. Funcionalidade	83
3.2. Arbitramento e incidentes na fiança	83
4. Vedação legal da liberdade provisória.....	84

CAPÍTULO VI

PRISÃO PREVENTIVA.....	87
1. Considerações iniciais	87
2. Pressupostos	88
2.1. Fatos novos ou contemporâneos	88
2.2. Prática de crime doloso.....	89
2.3. Pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos	90
2.4. Ausência de cominação de multa alternativa	91
2.5. Afastamento da liberdade provisória (pressuposto negativo)	92
2.6. Insuficiência das medidas cautelares menos gravosas.....	92
3. Requisitos.....	93
3.1. <i>Fumus commissi delicti</i>	94
3.1.1. Existência de um fato típico, ilícito e culpável	94
3.1.2. Indícios suficientes de autoria	94
3.2. <i>Periculum libertatis</i>	95
3.2.1. Garantia da ordem pública	96
3.2.2. Garantia da ordem econômica	97
3.2.3. Conveniência da instrução criminal	99
3.2.4. Assegurar a aplicação da lei penal.....	100
4. Legitimidade postulatória	101
5. Momentos da decretação da prisão preventiva.....	102
5.1. Antes da sentença penal	102
5.2. Pronúncia do réu.....	102
5.3. Sentença penal condenatória	103
5.3.1. Condenações pelo Tribunal do Júri.....	104

5.4. Nos Tribunais	105
6. Situações especiais	107
6.1. Por descumprimento de outra medida cautelar.....	107
6.2. Reincidência em crime doloso	107
6.3. Dúvida sobre a identidade civil	108
6.4. Lei Maria da Penha	109
6.5. Lei Antidrogas e crimes hediondos	111
7. Tempo da prisão preventiva e revisão periódica.....	113
8. Prisão domiciliar	114
9. Relaxamento e revogação da prisão preventiva	116
10. A lógica civilista e inquisitorial.....	117
CAPÍTULO VII	
MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE	119
1. Considerações iniciais	119
2. Natureza jurídica e objetivos	121
3. Pressupostos e requisitos.....	122
3.1. Requisitos especiais	123
4. Espécies e adequação	124
4.1. Comparecimento periódico em juízo.....	125
4.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	126
4.3. Vedação de manter contato com determinada pessoa.....	126
4.4. Permanência na Comarca	127
4.5. Recolhimento domiciliar	127
4.6. Suspensão do exercício da função pública ou de atividade	128
4.7. Internação provisória	130
4.8. Fiança	131
4.9. Monitoramento eletrônico.....	132
5. Duração da cautelar alternativa e revisão periódica.....	133

6. Descumprimento da cautelar	135
7. Revisão, substituição e cumulatividade.....	136
8. Críticas	137
CAPÍTULO VIII	
REMÉDIOS JURÍDICOS IMPUGNATIVOS.....	139
CAPÍTULO IX	
PARTICULARIDADES	143
1. Uso de algemas	143
2. Formalidades do mandado de prisão e seu cumprimento	144
3. Prisão especial em quartéis e separação de presos	146
4. A insubsistência da prisão temporária	148
5. Detração.....	151
6. Indenização pela prisão indevida	152
Bibliografia	155

APRESENTAÇÃO

A presente obra labora na perspectiva do trinômio Liberdade, Justiça e Segurança, em face da nova formatação da prisão preventiva e das demais medidas cautelares, a partir de 2020, com a denominada “Lei Anticrime”. Liberdade e prisão ou prisão e liberdade é um binômio em superação na complexidade contemporânea, inclusive pelo legislador ordinário, apesar das resistências da práxis forense. Os direitos fundamentais de liberdade, como afirma Jürgen Wolter, antecedem aos interesses estatais, por serem direitos de proteção (*abwehrrechte*), os quais encontram fundamento na dignidade humana e nos direitos humanos indisponíveis (*unveräußerlich*), vinculantes ao legislador.¹ A restrição da liberdade, antes da declaração definitiva de culpa do sujeito, sempre será processual, mesmo que de “execução provisória” o legislador e alguns julgados queiram nominá-la. Os altos índices de encarceramento preventivo, mesmo com a incorporação ao ordenamento jurídico das medidas alternativas à prisão, em 2011, não recuaram significativamente, comprovando que a estratégia normativa apenas ocupa um dos lugares na cadeia aplicativa. Isso demonstra que as leis não vão realizar o que seus aplicadores não querem, salvo sancionamento à desobediência. Quiçá a proposta chilena da “Lei do Caramelo” seja a melhor alternativa. As situações carcerárias no Brasil, salvo honrosas exceções, laboram na desintegração do recluso, em sua totalidade: física, mental, familiar, social. Isso atinge o núcleo essencial do complexo de liberdade física e moral, ou seja, a liberdade pessoal, pressuposto do desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.²

O preso há de saber acerca dos motivos de fato e sobre a base jurídica de

1. Em WOLTER, Jürgen (organização de Luís Greco). *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Madri: Marcial Pons, 2018, p. 199.

2. Em CHIAVARIO, Mario. *Problemi attuali della libertà personale, tra “emergenze” e “quotidiano” della giustizia penale*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 7.

seu encarceramento (motivação e fundamentação), o qual encontra limite na razoabilidade do tempo de duração (temporalidade), a ser reexaminado a cada noventa dias. A restrição da liberdade, plena ou parcial, há de submeter-se à medida que menos sacrifício cause ao direito fundamental atingido (proporcionalidade), com respeito à dignidade da pessoa, separação dos presos provisórios dos condenados definitivamente, recolhimento ao cárcere como medida de *extrema ratio* (critério de Justiça). A retomada do controle dos cárceres pelo Estado é uma questão de segurança e reconhecimento do Estado de Direito. As organizações criminosas, facções, milícias acabam ocupando o *locus* do Poder Público, em toda dimensão do sistema criminal, desde a investigação até a execução a pena. O reconhecimento público dos problemas internos dos cárceres e do abandono cruel e desumano do sistema penitenciário, com o restabelecimento do direito à vida, à dignidade das pessoas encarceradas, são exigências da contemporaneidade. O direito a um juiz independente, imparcial e inserido no círculo vital de sua comunidade, alheio aos interesses das partes, despido de pré-compreensões inautênticas também interfere na retomada do rumo da Liberdade, Segurança e Justiça. Essas são algumas exigências de civilidade e de democracia republicanas. Alguns avanços foram dados, nesse sentido, pela Lei 12.403/2011, cuja resistência e restrição em sua aplicabilidade normativa fez emergir, mais uma vez, a genética formativa da crença no encarceramento preventivo, da antecipação da tutela penal material pelo processo. Mesmo antes da introdução das medidas alternativas ao cárcere (art. 319, CPP) em 2011, o trato digno, humanitário, proporcional e da prisão processual como *extrema ratio*, advindo da incorporação da normatividade da Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH) e da Constituição Federal de 1988, mormente da presunção de inocência, sofria severas e nítidas resistências ao seu reconhecimento e integração normativa. Porém, a compreensão de parcos níveis de convencionalidade e de constitucionalidade ainda requer leis ordinárias para dar eficácia à normatividade constitucional e supranacional.

A nossa estrutura processual, entretanto, é da década de quarenta, e os atores jurídicos foram nutridos por essas fontes, transpiram o processo que vemos na *law in action*. A existência de aproximadamente 800.000 presos no Brasil e, destes, mais de 40% sem condenação,³ é apenas uma demonstração da forma como a realidade é compreendida. Como já advertia Chiavario, não existe somente a Constituição, também existem leis ordinárias e algumas remontam ao período fascista, mas também existe uma práxis aplicativa.⁴ As reformas parciais de 2008 (provas, procedimentos, júri, e seus reflexos na sentença penal, na prisão e na liberdade para recorrer da pronúncia e da sentença condenatória,

3. Dados fornecidos pelo CNJ ao G1 (g1.globo.com), acesso em 05/02/2020.

4. Em CHIAVARIO, Mario. *Problemi attuali della libertà personale, tra "emergenze" e "quotidiano" della giustizia penale*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 11.

dentre outros), bem como a Lei 12.403/2011 abriram alguns sulcos no modelo de Justiça Criminal. Todavia, estão longe de inverter a lógica inquisitorial que permeia as regras processuais e a práxis forense, salpicadas por leis de emergência e no endeusamento redentor do cárcere.

Mesmo antes da eleição do atual presidente, o país foi tomado por uma campanha de alteração da legislação penal e processual penal. Nessa perspectiva de recrudescimento da legislação penal material e de novas medidas processuais, o denominado “*pacote anticrime*” recebeu uma nova formatação no Poder Legislativo e alguns vetos do Presidente da República. Contudo, inovações estão sendo questionadas no STF, por meio das ADI 6.298 (Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juizes Federais do Brasil – Juiz de Garantias), ADI 6.299 (partido Político PODEMOS e CIDADANIA – prova ilícita), ADI 6.300 (Diretório Nacional do Partido Social Liberal – juiz de garantias) e ADI 6.305 (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – juiz de garantias, ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia e questões relativas ao arquivamento do inquérito policial). Inicialmente, o Presidente do STF, Min. Dias Toffoli, havia adiado por 180 dias a implementação do Juiz de Garantias, a partir de 23/01/2020. Posteriormente, o Min. Luiz Fux suspendeu a aplicação do referido instituto até decisão do Plenário da Corte, tendo constado, expressamente: “*a criação do juiz de garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país*”. Com razão na questão da refundação, pois a disposição do art. 3º-A, do CPP é clara: “*o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação*”. A suspensão, além dos arts. 3º-A a 3º-F, do CPP (juiz de garantias) abarcou também importantes avanços científicos do processo penal: a ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia (art. 310, § 4º, CPP), as novas regras ao arquivamento do inquérito policial (art. 28, *caput*, CPP) e a vedação de o juiz julgar o processo onde atuou com conhecimento da prova ilícita (art. 157, § 5º, CPP).

No que tange às medidas cautelares pessoais, objeto da presente monografia, destacam-se as seguintes inovações legislativas, as quais não integravam o nosso ordenamento jurídico: a) controle da prisão pelo juiz de garantias – suspenso liminarmente pelo STF; b) a audiência de custódia (art. 3º-B, II e art. 287, CPP); c) duração da prisão durante a investigação preliminar, por no máximo 15 dias após esgotado o prazo para sua conclusão, que é de 10 dias a partir da prisão (art. 10, CPP), com as particularidades, como no art. 51 da Lei nº 11.343/2004 – drogas –, e no art. 66 da Lei nº 5.010/1996 – crimes federais; d) reexame da prisão em até 10 dias após o recebimento da denúncia (art. 3º-B, § 2º, CPP); e) novas causas da proibição da liberdade provisória

(art. 310, § 3º, CPP); f) base fática da prisão preventiva em fatos idôneos, ou seja: concretos, novos ou contemporâneos (arts. 312, § 2º e 315, § 1º, CPP); g) previsão exemplificativa de uma base fática inidônea à prisão (art. 315, § 2º, CPP); h) revisão da prisão a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único, CPP); g) prisão obrigatória (“*execução provisória*”) quando o réu for condenado a uma pena igual ou superior a 15 anos, em julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 492, I, “e”, CPP); h) vedação do decreto de prisão fundado somente em declarações do delator (art. 4º, § 16, I, Lei 12.850/2013); i) cumprimento da prisão preventiva do delator, em estabelecimento diverso dos corrêus (art. 5º, VI, Lei 12.850/2013).

Ainda, merecem destaque: a) o contraditório como regra antes de ser decretada a prisão (art. 282, § 3º, CPP); b) a vedação do decreto da prisão *ex officio* (arts. 282, § 2º e 311, CPP); c) o reforço de que a prisão preventiva se constitui na *ultima e extrema ratio* (art. 282, § 4º, CPP); d) a necessidade de motivação e fundamentação, de forma individualizada, do descabimento das alternativas ao cárcere, constantes no art. 319 do CPP (art. 282, § 6º, CPP); e) a obrigatoriedade de motivar e fundamentar o decreto de prisão preventiva (art. 312, § 2º, CPP), bem como a decisão que substituir ou denegá-la (art. 315, CPP); d) a reserva jurisdicional qualificada na prisão: ordem escrita, fundamentada e por autoridade competente (art. 283, CPP); e) a expressa inclusão do *periculum libertatis* no art. 312 do CPP.

A busca do difícil equilíbrio entre as exigências de eficiência e as de garantia, entre Liberdade, Segurança e Justiça, as quais permeiam as medidas cautelares, é um dos objetivos deste trabalho. A presente obra parte de uma ancoragem constitucional e convencional dos princípios aplicáveis às medidas cautelares, mormente à prisão preventiva. Após abordar a prisão em flagrante e a liberdade provisória, o trabalho enfrenta o tema da prisão preventiva, com todas as suas especificidades, para, então, analisar as medidas cautelares alternativas ao cárcere. A Lei 13.964/2019 deu uma nova formatação normativa à prisão preventiva, ao flagrante e às demais medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere, que a mera atualização da obra “*Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*”, publicado em 2013, pela Marcial Pons, revelou-se inadequado e insubsistente. Na época, ainda vivíamos a novidade das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, diverso do novo formato dos cautelares pessoais, mormente da prisão preventiva. Há uma nova formatação legal acerca das medidas cautelares de caráter pessoal. Por isso, a opção por uma nova obra, como outro título: “*Prisões, Liberdade e Cautelares Pessoais: nova formatação jurídica a partir de 2020*”.

Porto Alegre, fevereiro de 2020.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS PRINCÍPIOLÓGICOS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

1. Reserva jurisdicional qualificada

A prisão no Brasil somente terá aderência constitucional quando resultar de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judicial competente. É o que se infere do art. 5º, LXI, da CF, o qual também excepciona os casos de transgressão militar e os crimes militares definidos em lei (não mais se admite a prisão “*para averiguações*”). Em seu art. 282, § 2º, o CPP estrutura-se na perspectiva constitucional, ao preconizar que as medidas cautelares serão decretadas pelo Juiz. A prisão pode decorrer do flagrante, mas este não possui potencialidade suficiente para manter a prisão, depois de cumprida a sua funcionalidade. Assim, a prisão em flagrante poderá deter, prender, mas não possui entidade legal e jurídica para manter o sujeito preso além das vinte e quatro horas (arts. 306, § 1º e 310, *caput*, do CPP).¹ Sua potencialidade, no que tange aos efeitos, é limitada e restrita. Por isso, se faz mister a intervenção judicial, não só para controlar a legalidade do flagrante, do auto de prisão em flagrante, mas também para preservar os direitos fundamentais do flagrado, mormente o de ir e vir. Isso ocorre, pela primeira vez, na audiência de custódia (art. 310, *caput* e seus parágrafos, CPP). A prisão advinda do flagrante é uma

1. O que restou suspenso pelo STF, até decisão pelo plenário, foi o efeito da ilegalidade da prisão, caso não seja realizada a audiência de custódia no prazo de 24 horas após a realização da prisão (art. 310, § 4º, CPP)

medida pré-cautelara, antecedente não necessário da prisão preventiva. Portanto, a intervenção judicial, na hipótese do flagrante, direciona-se ao controle da legalidade da prisão e também dos direitos fundamentais do flagrado. Por isso, ao magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, se apresenta uma série de atividades jurisdicionais direcionadas à preservação do *status libertatis*, antes de optar pela manutenção da prisão. Portanto, o flagrante, por si só, não mantém a pessoa presa legal e constitucionalmente, por mais de vinte e quatro horas.

O próprio art. 283 do CPP alinha o sistema legal ao princípio constitucional da reserva jurisdicional qualificada (competência, forma escrita e fundamentação). Qualquer do povo poderá, e as autoridades policiais e seus agentes deverão, prender quem se encontre em flagrante delito, mas os efeitos dessa prisão, por carecer de jurisdicionalidade, circunscrevem-se à detenção, não subsistindo sem o controle jurisdicional da constitucionalidade, convencionalidade e legalidade, bem como da necessidade de o flagrado continuar preso provisoriamente.

O art. 283 do CPP também limita a intervenção jurisdicional sobre o direito de liberdade, ao estabelecer que a ordem judicial para prender alguém somente poderá ocorrer nas hipóteses de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado, sempre por autoridade competente, por escrito e de forma fundamentada. Não mais se justifica a prisão *ex lege* ou com efeitos automáticos após a prática de determinado delito, constituindo-se, tal obrigatoriedade, nos casos de condenação pelo Tribunal do Júri, a pena superior a 15 anos, em manifesta inconstitucionalidade, por ofensa ao estado de inocência (art. 5º, LVII, CF). Embora o art. 492, I, “e”, introduzido pela Lei 13.964/2019 se refira a “*execução provisória*”, trata-se de prisão processual e não de prisão-pena, na medida em que ainda não houve o trânsito em julgado.

A determinação judicial, diferentemente da ordem de prisão em flagrante (verbal), há de ser escrita. Essa formalização escritural garante a aderência da prisão aos diplomas internacionais firmados pelo Brasil (convencionalidade), à Constituição Federal e aos ditames legais. Por isso, a ordem judicial de prisão há de seguir o devido processo penal, atendendo aos fundamentos da imparcialidade e do contraditório. Este, sempre que o ato não possuir entidade para frustrar a sua efetividade. Em suma, a decisão judicial há de ser qualificada.

Além de escrita, a ordem há de ser fundamentada (arts. 283, 310, 315, CPP), isto é, justificada na motivação fática e jurídica, devidamente racionalizada, vinculativa do suporte fático ao motivo legal (conveniência da instrução criminal, por exemplo). Nessa modalidade exemplificada, a decisão há de dizer quais os fatos e quais as circunstâncias congruentes com a conveniência da instrução criminal. As expressões padronizadas, desvinculadas da concretude fática dos autos não oferecem um substrato legítimo (convencional, constitucional

e legal) à prisão.² Ademais, meras referências à espécie do delito praticado, às consequências típicas deste e ao dispositivo legal desvirtuam a garantia da motivação e da fundamentação da prisão.

A autoridade judicial exerce a sua função dentro de certos limites territoriais, segundo as regras do reparto da competência, determinadas pela CF, pelo CPP, pela legislação específica (Código de Organização Judiciária, por exemplo) e pelos regimentos internos dos Tribunais. Em se tratando de um crime militar, o juízo comum não possui competência para decretar a prisão preventiva ou outras medidas cautelares, por não ser a autoridade competente. Caso tenha sido firmada a prisão preventiva por um magistrado da Justiça Comum Estadual, por exemplo, com processamento na respectiva Justiça, o deslocamento da competência fulminará o *decisum*, em razão da incompetência da autoridade.

Portanto, por reserva jurisdicional qualificada se compreende que a prisão preventiva somente será decretada por escrito, por uma autoridade judicial competente, de forma motivada e fundamentada sob bases fáticas e jurídicas idôneas (fatos novos ou contemporâneos – art. 315, § 1º, CPP), sob pena de haver constrangimento ilegal, a ser remediado mediante habeas corpus.

2. Motivação e Fundamentação das decisões

Dos arts. 5º, LXI e 93, IX, da CF infere-se que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Portanto, a falta de fundamentação do decreto da prisão preventiva produz um defeito, um vício, cuja consequência é a invalidade da decisão, a qual implica na soltura do sujeito.

Ademais, a Lei 13.964/2019 manteve a exigência de motivação no decreto de prisão preventiva (arts. 312, § 2º e 315, CPP). Contudo, acrescentou o termo fundamentação à anterior redação. Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento. Não só a exteriorização escritural e pública do convencimento do magistrado possui relevância constitucional, mas também o grau de aceitabilidade produzido nos agentes envolvidos no caso penal e na comunidade jurídica. Isso possibilita a compreensão do *decisum* pelos sujeitos e pelas partes, propiciando uma impugnação adequada, eficaz e plena. Não é suficiente a mera declaração de conhecimento acerca do conteúdo dos autos, e nem a simples emissão volitiva, mas a demonstração argumentativa (*ratio dicendi*) dos pressupostos fáticos e jurídicos da exigência cautelar.

2. Ainda se pode observar na *Law in action* a utilização das seguintes expressões: “zelar pela credibilidade das instituições” ou do “Poder Judiciário”; “o crime é grave”; “evitar a sensação de impunidade”; “insegurança do meio social”, “acautelamento do meio social”, etc.