

CONTRADITÓRIO E PRISÃO PREVENTIVA: DIFÍCIL COEXISTÊNCIA!¹

***CONTRADICTORY AND PREVENTIVE DETENTION: DIFFICULT
COEXISTENCE!***

Yuri Felix

Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em
Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul; Graduado em Direito pela
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Ouvidor
do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim);
Advogado criminalista.

Felipe Lazzari da Silveira

Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS - Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Pós-
graduado em Derechos Fundamentales y Garantías
Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal
pela UCLM Universidad de Castilla-La Mancha
(Espanha); Especializado em Direito Penal e Direito
Processual Penal pela UNIRITTER - Centro Universitário
Ritter dos Reis; Advogado criminalista.
felipe_lsilveira@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo problematizar algumas questões relacionadas ao exercício do contraditório no caso da prisão preventiva após o advento da Lei nº 12.403/11, buscando, sobretudo, analisar o papel da audiência de custódia nesse contexto, como um meio de garantir efetivamente esse direito.

¹ Artigo recebido em 22/09/2015 e aprovado em 24/11/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva – Contraditório – Audiência de Custódia

ABSTRACT: The present paper aims to inquire some questions related to the remark of the contradictory in the case of preventive detention after the invention of the law nº 12.403/11, trying especially to analyze the function of the custody hearing in this context, as a way of ensuring this right.

KEYWORDS: Preventive Detention – Contradictory – Custody Hearing

Introdução

Vive-se, neste período histórico do final do Século XX início do XXI, uma quadra de movimento no que diz respeito à relação entre os homens e as instituições sociais. Por certo, tão ou mais importante quanto o estudo do que está a se mover é a própria percepção do movimento. Olha-se, fala-se da mudança, mas não se pensa nela, agi-se como se ela não existisse.² A compreensão da transição, ou da mudança, provoca, inegavelmente, grande impacto na sensibilidade humana e sua vontade sobre as coisas. Como apontou Bergson: “caso estivéssemos convencidos da realidade da mudança, e nos esforçássemos para resgatá-la, tudo se simplificaria.”³

Na complexidade contemporânea, a percepção é a de que o verdadeiro hoje corre o risco - altíssimo risco - de ser incerto, falso, descartado ou superado, ao alvorecer do próximo dia. Com isso, o futuro não é previsível, nem está escrito, mas é profundamente incerto,⁴ de modo que se pode constatar que todas as coisas que se encontram sob o Sol - inclusive o Sol de acordo com a teoria da evolução estelar⁵ - estão necessariamente em um fluxo perpétuo.

Levando em consideração que a construção do entendimento do que está a se mover e do próprio movimento se entrelaçam e que a percepção do movimento ilumina o estudo do que está, enfim, a se mover, busca-se compreender a qualidade do movimento das estruturas

² BERGSON, Henri. O pensamento e o movente. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 150-151.

³ Ibid., p. 150.

⁴ RAUX, Jean-François. Prefácio: Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p.11.

⁵ BAUMER, Franklin L. O pensamento europeu moderno. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, v. II, p. 99.

sociais que circundam a sociedade. Desta maneira, o que estaria a se encerrar, ou transformar-se, seria o próprio paradigma moderno, com toda a sua racionalidade e estruturalidade inerentes.

Com efeito, pode-se afirmar que a velocidade contrai a política, a liberdade, o espaço de reflexão e diálogo jurídico,⁶ tendo em conta que enquanto o universo supostamente se expande, o planeta terra contrai e oprime os seres humanos.⁷ Com isso, modificou-se a lógica dos conflitos sociais bem como de seus modos de dissolução,⁸ novos problemas, novas angústias.

Neste sentir, a velocidade, hoje aparece como o núcleo dos conflitos, suas deflagrações e soluções.⁹ Com efeito, a supremacia da velocidade é o aniquilamento do debate político e jurídico.¹⁰ Não há espaço para o diálogo, para o contraditório dos discursos de sentido.¹¹ A velocidade é o imperativo da destruição unilateral, é o não-espaço, a intromissão instantânea sem tempo-espaço para a resposta.¹²

Desta maneira, em uma configuração de aceleração crescente em que *distância\espaço* passa a ser *distância - tempo*, frente ao devaneio do real, a lógica do combate *defesa\ataque*, própria da circunscrição de uma arena geográfica, transmuda-se em penetração imediata e destruição instantânea, *onde não há defesa, não há dialogo*. A velocidade destrói a dialética, como prova das consequências dos efeitos colaterais de uma aceleração sem limites.¹³

Esta lógica persiste e permeia toda e qualquer instituição política/jurídica, de maneira que desde o primeiro momento de enfrentamento da questão penal - pelas agencias executivas de controle já que ao mais vulnerável somente lhe cabe conhecer o Estado-Polícia - até na fase de enfrentamento das questões de fato e de direito pelos Tribunais, a ideologia que subjaz a dinâmica é a de eficiência e números, mais números e mais eficiência/velocidade, afinal tem-se pressa.

⁶VIRILIO, Paul; LOTRINGER, Sylvere. Guerra Pura: militarização do cotidiano. Tradução Elza Miné e Laymert Garcia. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984. p.75.

⁷ Idem.

⁸ Ibid., p. 123.

⁹ Ibid., p. 125-126.

¹⁰ Ibid., p.51.

¹¹ Ibid., p.35.

¹² Ibid., p.52.

¹³ Ibid., p. 123-125.

Esta conjuntura da sociedade globalizada, irremediavelmente, conduz a decisões apressadas - ao atropelo de direitos e garantias fundamentais consagradas no Estado de Direito -, dando-se cada vez mais platéia ao discurso da celeridade processual, construído de modo atravessado; enfim, um potencializado utilitarismo com o ingrediente da mercantilização do processo penal,¹⁴ em que a privatização e o abandono do público é nota caracterizadora do capitalismo rentista.

Quando a discussão do tema prisão (precária) preventiva surge a lume a reflexão fica ainda mais delicada. Não obstante os Tribunais Supranacionais já terem enfrentado de forma clara e vigorosa a problemática da prisão cautelar e suas nocivas consequências - ver: TEDH - *Schiesser* vs. Suíça; *Aquilina* vs. Malta; *Brogan e Outros* vs. Reino Unido; *Ikincisoy* vs. Turquia; *Ilijkov* vs. Bulgária; *Neumeister* vs. Áustria; *Letellier* vs. França, dentre outros. CIDH - *Suarez Rosero* vs. Equador; *Tibi* vs. Equador, dentre outros. - em terras nacionais, lamentavelmente, ainda se está engatinhando, ainda mais quando se observa a prática cotidiana onde prevalece a velocidade e se aniquila o contraditório. Este é o debate aqui proposto.

1 Considerações sobre as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11

A Lei nº 12.403/11 alterou drasticamente o sistema das prisões cautelares. Como principais modificações, podemos destacar a perda da autonomia da prisão em flagrante e a adoção de um novo regime em relação à prisão preventiva que, após a vigência da referida lei, teve sua decretação condicionada à observância de inúmeros fatores, restando colocada definitivamente na posição de última medida cautelar a ser aplicada nos feitos criminais. O texto legal dispõe claramente que a prisão preventiva somente será adotada nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrem insuficientes,¹⁵ procedimento que deverá ser aplicado inclusive nos casos que envolvam a prática de crimes hediondos.¹⁶

¹⁴ Sobre a temática: GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: Diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical. in: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (Org.). 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 225 e ss.

¹⁵ Artigo 310, II da Lei 12.403/11: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] 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; [...]”.

¹⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 44.

Após a reforma, a prisão se tornou a última medida cautelar à disposição dos magistrados não apenas sob o argumento utilizado anteriormente, fundamentado na leitura constitucional do processo penal a partir do Princípio da Presunção de Inocência, mas devido às próprias regras do Código de Processo Penal (CPP). Conforme o texto do artigo 282, a aplicação das medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva, deverá sempre respeitar as necessidades de cada situação, bem como estar destinada a assegurar a instrução processual, a aplicação da lei penal ou a evitar a reiteração criminosa. Além disso, determina que as medidas sejam adequadas ao caso concreto, considerando a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do imputado.¹⁷ Após as inúmeras exigências para sua aplicação, a determinação da prisão preventiva como *ultima ratio* restou definida pelo disposto no parágrafo 6º do inciso II, que preceitua: “*A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).*” Tal regra foi coerentemente seguida pelo artigo 310, inciso II, do CPP que, conforme já destacamos, determinou que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva seja procedida somente quando as medidas descritas no rol do artigo 319 do mesmo diploma legal se mostrarem inadequadas ou insuficientes para resguardar os interesses processuais.

A natureza cautelar da prisão preventiva não restou alterada após a alteração do CPP, do contrário, restou reforçada na medida em que a constrição restou consagrada como uma medida de exceção de caráter instrumental, com aplicação permitida somente em casos extremos, quando não existam outras formas de assegurar o trâmite e a conclusão do feito criminal, em hipótese podendo servir a outros fins, sobretudo como uma antecipação da pena.¹⁸

A utilização da prisão preventiva apenas em casos de extrema necessidade é sinal de respeito aos direitos fundamentais, uma vez que intervenção estatal na esfera dos direitos individuais deve ser mínima, restando justificada somente nos casos em que exista realmente o risco de que o imputado possa interferir ilicitamente na persecução (ameaçando testemunhas, subornando agentes estatais, destruindo documentos e etc.) ou se ausentar da

¹⁷ Artigo 282, I e II da Lei 12.403/11: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. [...]”

¹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

aplicação da Lei Penal. Na verdade, a prisão preventiva tem como função precípua garantir a efetividade do poder público que restará materializada pela sentença e seu devido cumprimento após a conclusão do processo.

Dentro dessa lógica de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, atendendo, sobretudo à exigência constitucional, a Lei nº 12.403/11 inseriu o princípio do contraditório e da ampla defesa no artigo 282, §3º do CPP,¹⁹ prevendo que a aplicação da medida cautelar será submetida à outra parte, que será intimada e receberá vista das peças que instruíram o requerimento, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, hipótese em que o magistrado decidirá de plano sobre a aplicação da medida, como é possível observar no caso da prisão preventiva, onde em alguns casos, ao saber da decretação de sua prisão, o imputado poderia empreender fuga frustrando a efetivação da medida.

Contudo, a Nova Lei de Medidas Cautelares deixou algumas lacunas quanto à forma de resposta do acusado, assim, nada impede que o juiz, buscando efetivar os direitos do acusado, adote formas diversas de prover o contraditório, podendo conferir prazos para manifestações escritas ou aprazar uma audiência para ouvir o acusado. Nesse sentido, Gomes sustentou que:

Ouvir a parte contrária (leia-se o imputado) significa abrir, para o juiz, a possibilidade de maior acerto na medida decretada. O contraditório ora determinado pela lei parece burocrático, mas, na verdade, é ele que vai iluminar a decisão do juiz, na sua tarefa de fazer justiça.²⁰

Nesse diapasão, é preciso registrar que ao proporcionar o contraditório através das referidas formas, o juiz não estaria respeitando o disposto na Lei nº 12.403/11, mas também a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) que, em seu artigo 7.5²¹ determinou que toda vez que o juiz marcar a prisão do acusado sem ouvi-lo, deverá aprazar a audiência

¹⁹ Artigo 283, §6º do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 76.

²¹ Artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

para a oitiva do mesmo, considerando que a apresentação imediata do indivíduo preso a um juiz é uma garantia inarredável que, caso seja desrespeitada, tornará a prisão arbitrária.²²

Diante do novo regime de medidas cautelares inaugurado pela nova lei, que busca a adequação do nosso processo penal ao que está previsto nos tratados internacionais, nossa cultura jurídica deverá evoluir, se adaptando as modificações mais profundas que, tecnicamente, encontravam-se presentes desde a adoção da Constituição de 1988, que impôs uma maior densidade na proteção das garantias individuais dos indivíduos que estejam sendo investigados ou processados. Em síntese, a partir da vigência da Lei nº 12.403/11, o exercício do contraditório surge como regra em relação às medidas cautelares, podendo ser diferido ou postergado para momento posterior a execução da medida somente quando os riscos quanto à ineficácia da mesma restarem demonstrados.²³

2 A problemática acerca do exercício do contraditório na prisão preventiva

Como bem referiu Lopes Jr., atualmente, qualquer discussão relacionada ao processo penal que se pretenda profícua deve, antes de tudo, ser acompanhada de uma reflexão acerca dos fundamentos que justificam sua existência. Desse modo, deverão ser respondidos alguns questionamentos como, por exemplo: a) porque o processo existe? b) porque precisamos do processo penal? c) para quem ou a quem ele serve? No raciocínio do autor, as respostas para tais perguntas possibilitarão o estabelecimento de uma definição lógica do sistema que orientará a interpretação e aplicação das normas processuais penais dentro de um determinado paradigma de leitura do processo. Aqui, registramos nossa opção pela leitura constitucional do processo, aderindo ao pensamento de Lopes Jr., no sentido de que se os direitos naturais foram recebidos pelas constituições democráticas, o grande desafio do processo penal do nosso tempo é promover a efetivação desses direitos, o que deverá ser procedido através do respeito às garantias processuais.²⁴

²² GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 76.

²³ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 71.

²⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

Dentro desse prisma, o contraditório possui fundamental importância na lógica do devido processo legal, um direito inerente ao sistema processual acusatório, que é o modelo mais adequado ao regime democrático. O sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório,²⁵ sendo que tal sistema pode ser considerado uma resposta do processo penal frente às exigências do Estado Democrático. É importante salientar que o sistema acusatório predomina nos países que se respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática, ao contrario do sistema inquisitório, que normalmente é adotado em regimes autoritários e totalitários. Na concepção de Lopes Jr., o sistema acusatório pode ser considerado um imperativo do processo penal diante da estrutura social e da política do Estado na atualidade, uma vez que assegura o juiz imparcial, possibilitando um tratamento digno do acusado, que não deverá mais ser tratado como um objeto. Para o autor, tal modelo também conduz a uma maior tranquilidade social, na medida em que limita o poder de punir do Estado, buscando evitar abusos como ocorre nos casos onde os magistrados abandonam a posição de imparcialidade para atuar ativamente na investigação, buscando elementos para fundamentar a iminente condenação ao final do procedimento.²⁶

Sobre as características do modelo acusatório, Fenoll sustentou que:

Este modelo supone la presencia de un juez y de un acusador em el proceso, siendo el acusador diferente del juez. La finalidad de esta presencia autónoma de la acusación seria garantizar la imparcialidad . del juzgador, lo que, además, dotaria a las partes enfrentadas de una igualdad de armas em el proceso.²⁷

Logicamente, o sistema acusatório pressupõe que cada parte exerça delimitadamente o que lhe for competente, ou seja, acusadora cumpre a incumbência de investigar e acusar, restando ao juiz imparcial a função de julgar, sendo oportuno referir que a separação de funções é um fator essencial para garantir a igualdade entre as partes e também o contraditório.²⁸ Na verdade, a importância do contraditório encontra-se vinculada uma das

²⁵ Ver PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57-58-61.

²⁷ FENOLL, Jordi Nieva. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Madrid: Edisofer, 2012. p. 9.

²⁸ SENDRA, Vicente Gimeno. Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª Ed. Madrid: Colex, 2010. p. 30.

principais funções do processo no contexto democrático, ou seja, assegurar o direito a liberdade do imputado.²⁹

Fazzalari explicou que o contraditório é uma condição do processo, uma estrutura dialética que viabiliza um movimento em que a acusação e a defesa exercem um conjunto de escolhas, de ações e reações, onde ambas as partes estão expostas aos reflexos das ações da outra.³⁰ Neste sentido, o contraditório é vinculado ao fato de que as partes possuem interesses antagônicos em relação à conclusão do processo, e por isso estabelecem uma relação conflitante onde cada ator busca, no jogo do processo, fazer com que sua versão, mais favorável, venha a prevalecer por meio da captura psíquica do julgador que concretizará a jurisdição por intermédio do exercício de seu livre convencimento motivado.

Contudo, mesmo sendo fundamental no processo acusatório, em alguns casos o exercício pleno do contraditório resta prejudicado, como ocorre no caso da prisão preventiva, considerada uma medida de urgência, o que conforme veremos à seguir, não significa que o contraditório não deva ser proporcionado. É natural que algumas medidas cautelares revelem urgência e acabem se tornando ineficazes caso sejam comunicadas previamente ao imputado, situação que pode limitar, mas não impedir o exercício do contraditório. Resta evidente que o contraditório faz-se necessário em sede de medidas cautelares, sobretudo se quisermos alinhar o Código de Processo Penal com as disposições presentes na Convenção Americana dos Direitos Humanos. É por isso que, conforme explicou Câmara, caso não seja possível o contraditório prévio, obrigatoriamente deverá se implantar o contraditório diferido, oportunizando ao sujeito passivo da medida manifestar-se acerca de seu cabimento e legalidade através da assistência de um advogado.³¹

Na verdade, a adoção do contraditório postergado em casos excepcionais, como nos casos de urgência e perigo de ineficácia da medida, conforme previsto no artigo 282, § 3º do CPP³² que, segundo parte da doutrina, justifica-se em virtude dos interesses do Estado no

²⁹ Ibid., p. 37.

³⁰ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120-121.

³¹ CÂMARA, Luiz Antonio. Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória. 2ª Ed. São Paulo: Juruá, 2011. p. 74.

³² Artigo 282, § 3º do Código de Processo penal: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

exercício do *jus persecutionis*, considerando que nesses casos a tutela não perderá o efeito surpresa que, em tese, garantirá a eficácia da medida.³³

É o caso da prisão preventiva, onde o contraditório pleno poderia prejudicar a efetivação da medida. Nesse caso, a ausência do contraditório pelo pode ser amenizada pelo contraditório diferido ou postergado, momento em que deve ser adotado o disposto no artigo 7.5 da CADH, no sentido de que o indivíduo preso seja imediatamente apresentado perante um juiz. Segundo Giacomolli, o direito a audiência previsto na CADH é um desdobramento do direito a ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que, nessa solenidade, o preso poderia expor suas razões defensivas, para que após, o juiz reavaliasse o caso, decidindo pela manutenção da prisão ou pelo deferimento da liberdade.³⁴

No mesmo sentido, Lopes Jr. sustenta que o contraditório imediato não se aplica nos casos de prisão preventiva, sobretudo nos casos onde é fundamentada no risco de fuga, contudo, o ideal seria que, nesses casos, ao decretar a prisão preventiva o juiz imediatamente aprazasse uma audiência para ouvir o imputado, possibilitando ao mesmo exercer o direito ao contraditório quanto a (dê)s necessidade da medida.³⁵

Nesse diapasão, Pacelli sustenta que o mais acertado seria que o direito ao contraditório por parte do preso preventivo fosse exercido no momento processual onde o juiz decide sobre a manutenção da prisão do acusado preso em flagrante, previsto no artigo 310, II do CPP.³⁶ Conforme o autor, as disposições previstas no referido artigo corroboram com o disposto nos artigos 5º, LXIII da Constituição Federal e 306, I do Código de Processo Penal, uma vez que indicam que o detido devesse ser assistido por um advogado constituído ou pela defensoria pública, ou seja, por analogia, seria o momento mais adequado para se

³³ CÂMARA, Luiz Antonio. Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória. 2ª Ed. São Paulo: Juruá, 2011. p. 74-76.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 30

³⁵ LOPES JR., Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16

³⁶ Artigo 310 do CPP: 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.”

realizar a oitiva do indivíduo preso também por força de prisão preventiva logo após a efetivação da medida.³⁷

Diante das soluções apresentadas pela doutrina, todas em acordo com os tratados internacionais, acreditamos que, no caso da prisão preventiva, a ausência do pleno contraditório possa restar suprida pelo contraditório postergado, desde que seja proporcionado através de audiência realizada imediatamente após a prisão, onde deverá ser procedida a oitiva do imputado, o que muitos casos certamente evitaria até mesmo o ingresso do mesmo em um estabelecimento prisional superlotado, insalubre e repleto dos mais diversos tipos de violência.

3 A audiência de custódia: Uma possível solução (?)

Lopes Jr. ironizou ao salientar que, até bem pouco tempo atrás, defender a possibilidade do contraditório em sede de cautelares era um posicionamento que enfrentava severas críticas, entretanto, no contexto atual, diante do texto da Lei nº 12.403/11, o exercício desse direito tornou-se indispensável. Para o processualista, mesmo antes da alteração no CPP o contraditório poderia ser proporcionado ao imputado preso preventivamente, restando postergado para o momento de sua apresentação perante um juiz que, em audiência, decidiria sobre a manutenção ou não da custódia, conforme prevê a CADH.³⁸ Nas palavras de Lopes Jr.:

Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito à audiência” e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, se a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”.

³⁷ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 69-70

³⁸ LOPES JR., Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14-15.

Recentemente, com a elaboração do “Projeto Audiência de Custódia” pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁹, apresentado inicialmente ao Ministério da Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o debate sobre o tema contraditório e prisão prevento debate sobre o tema retornou a pauta. Como vimos, a doutrina já sugeria que o contraditório diferido sfosse proporcionado através da imediata apresentação do preso ao juiz, desse modo, após a iniciativa do CNJ e da recepção da ideia de forma favorável pelo Ministério da Justiça e alguns tribunais, é chegado o momento do processo penal brasileiro buscar uma melhor adequação sistema internacional de proteção aos direitos humanos e, definitivamente, instituir o procedimento da audiência de custódia nos casos de prisão preventiva.

O objetivo do projeto apresentado pelo CNJ é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Outra questão importante é que, a audiência de custódia possibilitaria que o juiz poderá avaliasse também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades no momento da efetuação da prisão por parte dos agentes estatais.⁴⁰

Segundo Lopes Jr. e Moraes da Rosa⁴¹ a audiência de custódia prevista no Projeto apresentado pelo CNJ não pode ser considerado uma “invenção”, uma vez que o procedimento não era aplicado por uma questão cultural, por um descaso apoiado em falsas alegações como ausência de previsão no ordenamento jurídico pátrio e a falta de estrutura

³⁹ Sobre o Projeto Audiência de Custódia elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “O “Projeto Audiência de Custódia” consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>, Acesso em 18 abr.2015.

⁴⁰ Objetivos expostos no web site do Superior Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283498>>, Acesso em 18 abr.2015.

⁴¹ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Quem tem medo da audiência de custódia ? (Parte 1). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>, Acesso em 19 abr.2015.

do sistema de justiça, tendo em vista que a audiência de custódia já era prevista pela CADH.⁴²

Na verdade, a audiência de custódia poderia ter sido adotada bem antes, em virtude da ratificação de Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, pois o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, seguido pelo Brasil, por exemplo, estabelece em seu artigo 9.3 que:

[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.⁴³

Mesmo que tardiamente, a adoção de custódia no cotidiano do sistema de justiça criminal, conforme destacou a Human Right Watch, pode ser considerada uma medida que alinhará o processo penal brasileiro ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, uma vez que as solenidades poderiam evitar casos como os constatados pela ONG, onde pessoas detidas aguardaram meses em prisões superlotadas até serem levados à presença de um juiz pela primeira vez, muitas delas expostas a intensa pressão para se juntarem a facções criminosas.⁴⁴

Independentes dos projetos que tramitam no Congresso, a estrutura do procedimento, ou melhor, a ritualística a ser seguida na audiência de custódia é de tranqüila compreensão.

⁴² Conforme já expusemos anteriormente, a CADH, popularmente conhecida como Pacto São José da Costa Rica, leciona em seu artigo 7.5 que: “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

⁴³ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>, Acesso em 19 abr.2015.

⁴⁴ Human Right Watch. Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma. Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciaria-impulsiona-reforma>, Acesso em 19 abr.2015.

É preciso lembrar que a essa audiência não poderá ser um momento destinado à colheita de provas, já que deverá ser um espaço democrático onde o objeto a ser analisado será restringir a avaliação da prisão. O ato que antes era praticado exclusivamente pelo magistrado, sem a participação das partes (mais precisamente no momento previsto pelo artigo 310 do CPP), agora deverá assumir outro formato, consistindo em uma audiência ou acusação e defesa se manifestarão perante o juiz expondo seus motivos para a manutenção ou não da medida.⁴⁵

Ao nosso juízo, no caso de prisão em flagrante, a audiência de custódia deverá ser proporcionada em uma sala junto ao plantão dos foros, momento em que o juiz oportunizará as partes expor suas razões e decidirá sobre a prisão. Já no caso da prisão preventiva, após ser efetivada a medida, o imputado preso deverá ser conduzido imediatamente ao juiz que decretou a medida, momento em que as partes serão ouvidas e restará decidido se a segregação seguirá ou não. Evidentemente, por questões de horário de expediente forense, caso não seja possível apresentar o preso ao juiz imediatamente após a prisão, a audiência deverá ocorrer no dia seguinte. Alguns certamente irão criticar nossa sugestão, alegando que se o magistrado decretou a prisão preventiva e em seguida a prisão foi efetivada (diferente de casos onde transcorre algum tempo entre a decretação e a efetiva prisão do imputado) não teria motivos para revogá-la logo em seguida. Discordamos de tal posicionamento, uma vez que a decisão certamente poderia ser modificada após o exercício do contraditório postergado, quando o imputado, por meio de sua defesa, demonstrasse que os motivos que ensejaram a prisão, normalmente os explanados no pedido de prisão por parte da acusação, não são verdadeiros.

Conforme já mencionamos, a audiência de custódia também é uma questão de respeito aos direitos humanos, considerando que se trata de uma oportunidade em que o juiz poderá detectar casos de abusos no momento da prisão, sobretudo torturas e maus tratos, que posteriormente deverão ser devidamente processados e responsabilizados pelas violações que supostamente praticaram.

Outro ponto a ser destacado é que as audiências de custódia poderão amenizar de alguma forma o elevado número de presos provisórios no país, tendo em vista que uma de suas funções é verificar a legalidade e as circunstâncias da prisão, possibilitando a aplicação

⁴⁵ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Quem tem medo da audiência de custódia ? (Parte 3). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>, Acesso em 19 abr.2015.

de uma medida alternativa ou o deferimento da liberdade. Evidentemente, com a realização da solenidade, o juiz terá contato com o imputado em até 24 horas após a sua prisão, tendo maiores subsídios para decidir no caso concreto. Nesse sentido, Lopes Jr. e Moraes da Rosa sustentaram que:

Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação.⁴⁶

Diante de tudo o que foi exposto, concluímos no sentido de que a adoção e realização sistemática da audiência de custódia é uma medida que urge e que deve ser implementada de pronto (mesmo que ainda existam questões a serem ajustadas), tendo em vista que além de adequar o processo penal brasileiro ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos estabelecidos pelos tratados, leis e acordos, importará rapidamente em impactos positivos no nosso sistema, tendo em vista que diversas prisões desnecessárias certamente serão evitadas, diminuindo o sofrimento e aumentando a proteção direta de muitos indivíduos que, contexto atual, sobretudo diante do quadro da banalização da prisão preventiva, acabam sendo recolhidos em estabelecimentos prisionais superlotados e insalubres, restando expostos aos mais diversos tipos de violência.

Considerações Finais

Em breve síntese uma primeira constatação que se pode chegar é a de que é preciso resistir. O exercício da recusa, da reflexão, da preservação do espaço da crítica é o passo inicial para a preservação de princípios essenciais em um Estado Democrático e de Direito.

⁴⁶ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Quem tem medo da audiência de custódia ? (Parte 1). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>, Acesso em 19 abr.2015.

Parece singelo, beirando até o mais do mesmo, mas a preservação das garantias constitucionais é uma luta diária em nome da cidadania, principalmente dos mais fracos, excluídos e não convidados da festa de consumo do capitalismo de acúmulo e barbárie.

Nesta senda, mais do que uma mera e fria técnica processual, a preservação e exercício do contraditório, principalmente em sede de medidas cautelares, visa a proteção e garantia de direitos fundamentais e da própria democracia. Este é o sentido do que está sendo exposto aqui, pois um sistema somente poderá ser tido como democrático na medida em que consagra seus ditames constitucionais, na prática do mundo-da-vida, complexo, veloz e alucinante. Esta é a *ratio*, a lógica das coisas aqui ventiladas.

Desta forma, em atenção aos tratados internacionais que o Brasil é signatário, mais ainda, em observância a própria Constituição Federal de 1988 e as bases epistemológicas de um processo penal democrático e contemporâneo, a garantia e o exercício pleno do contraditório, mesmo em sede de prisão - precária - preventiva (bem diferente de prisão pena) é um imperativo e um exercício cotidiano de resistência democrática, que somente no mundo contemporâneo é autorizado, além disso, mais que permitido é necessário para o próprio aperfeiçoamento do sistema penal e da própria cidadania, onde a liberdade, lembre-se, é regra e assim deve vigorar para além de afirmações falaciosas - ou maliciosas - de eficiência, aceleração e velocidade. Este é o desafio, esta é a resistência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 mai. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.
- BAUMER, Franklin L. O pensamento europeu moderno. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, v. II.
- BERGSON, Henri. O pensamento e o movente. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CÂMARA, Luiz Antonio. Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória. 2ª Ed. São Paulo: Juruá, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: Diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical. in: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (Org.). 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011*. In: FERNANDES, Og. *Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAUX, Jean-François. Prefácio: Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Colex, 2010.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

_____; LOTRINGER, Sylvere. *Guerra Pura: militarização do cotidiano*. Tradução Elza Miné e Laymert Garcia. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

SÍTIOS ELETRÔNICOS

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>, Acesso em 18 abr. 2015.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283498>>, Acesso em 18 abr. 2015.

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>, Acesso em 19 abr. 2015.

<<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>, Acesso em 19 abr. 2015.

<<http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciaria-impulsiona-reforma>>, Acesso em 19 abr. 2015.

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>, Acesso em 19 abr. 2015.