

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

JOÃO FRANCISCO VAZ KAIPER CRUZ

**A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO *EX LEGE***

Santa Rosa
2021

JOÃO FRANCISCO VAZ KAIPER CRUZ

**A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO *EX LEGE***

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o William Dal Bosco Garcez Alves

Santa Rosa
2021

JOÃO FRANCISCO VAZ KAIPER CRUZ

**A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EX LEGE.
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

William Garcez

William Garcez (Jul 21, 2021 00:32 ADT)

Prof.º Esp. William Dal Bosco Garcez Alves – Orientador

Bruno Pugjalli

Bruno Pugjalli Cerejo (Jul 21, 2021 08:39 ADT)

Prof. Ms. Bruno Pugjalli Cerejo

Roberto Laux

Roberto Laux Júnior (Jul 21, 2021 08:42 ADT)

Prof. Ms. Roberto Laux Júnior

Santa Rosa, 12 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que contibuiram direta e indiretamente em minha formação academica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram nessa jornada, em especial:

A minha família que sempre me apoiou incondicionalmente;

Ao meu Prof^o Orientador William Dal Bosco Garcez Alvez no auxílio da elaboração do trabalho;

A Gabriela por sempre me incentivar e apoiar nos momentos difíceis;

Aos meus colegas, em especial a Ana Luiza, pelo companheirismo e disponibilidade para me auxiliar sempre que preciso.

“Estar focado em resultados antigos e em cicatrizes, vingar-se e ficar por cima, sempre fazem de você menos do que você é”.

Malcolm Forbes

RESUMO

Esse trabalho discute a inconstitucionalidade da prisão ex lege no Estado democrático de direito. Para atingir a esse propósito busca-se apresentar o instituto da prisão que deve ser justificada e legal, no entanto, sabe-se que não tão raramente o Estado, por meio de seus agentes, cometem ilegalidades, colocando no cárcere inocentes. Como objetivos específicos discutiu-se os direitos fundamentais e a prisão, o instituto da responsabilidade civil e análise do tratamento jurisprudencial dado a questão da prisão ilegal. Baseando-se na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a metodologia explora os posicionamentos dos tribunais, com destaque para o Supremo Tribunal Federal que tem afastado sistematicamente as hipóteses de prisão ex lege, por entender que a prisão é uma medida excepcional e que a prisão ex lege representa uma ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *“due process of law”*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Dividido em três capítulos, além da introdução e da conclusão, concluiu-se que a culpa administrativa ou anônima se diferencia da culpa civil, uma vez ser esta diferenciada, ao passo que aquela relaciona-se ao serviço público, mais precisamente à sua inexistência ou mal funcionamento. Nessa ordem de ideias, o particular não precisaria identificar o causador do dano, bastando-lhe comprovar, tão somente, o mal funcionamento do serviço público, o que levou o fato a ser cognominado como culpa anônima ou falta do serviço. Essa falta poderia ser caracterizada pela ausência do serviço, por seu mau funcionamento ou por seu retardamento.

Palavras-Chave: Processo Penal. Estado. Prisão Ilegal. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This paper discusses the unconstitutionality of ex lege imprisonment in the democratic rule of law. To achieve this purpose seeks to present the institute of prison that must be justified and legal, however, it is known that not so rarely the State, through its agents, commit illegalities, placing in the innocent prison. Specific objectives discussed fundamental rights and imprisonment, the institute of civil liability and analysis of jurisprudential treatment given the issue of illegal imprisonment. Based on bibliographic and jurisprudential research, the methodology explores the positions of the courts, especially the Supreme Court that has systematically removed the chances of ex lege imprisonment, because it understands that prison is an exceptional measure and that ex lege imprisonment represents an offense to the constitutional postulates of the presumption of *innocence*, the *"due process of law"*, the dignity of the human person and proportionality. Divided into three chapters, in addition to the introduction and conclusion, it was concluded that administrative or anonymous guilt differs from civil guilt, since it is differentiated, whereas it relates to public service, more precisely to its non-existence or malfunction. In this order of ideas, the individual would not need to identify the cause of the damage, simply proving, only, the malfunction of the public service, which led to the fact being considered as anonymous guilt or lack of service. This lack could be characterized by the absence of service, its malfunction or its delay.

Keywords: Criminal Proceedings. state. Illegal Arrest. Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PRISÃO E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	12
1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	12
1.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PILARES DO PROCESSO PENAL	15
1.3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL	19
1.3.1 Dignidade da Pessoa Humana	20
1.3.2 Devido Processo Legal	20
1.3.3 Princípio da Presunção de Inocência	22
1.3.4 Contraditório e Ampla Defesa	24
1.3.5 Prevalência do Interesse do Réu (“<i>In dubio pro reo</i>”)	25
2. ORIGEM DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	26
2.1 ETAPAS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	30
2.1.1 Da Oitiva: Diferenças Entre Entrevista e Interrogatório	30
2.1.2 A Decisão Judicial e os Requisitos da Prisão Preventiva	33
2.1.3 A Demonstração dos Requisitos da Prisão Preventiva	34
2.1.4 Discussão do Mérito	35
3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO <i>EX LEGE</i>	37
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	37
3.2. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ALTERAÇÕES LEGAIS PROMOVIDAS PELO PACOTE ENTICRIME	38
3.3. PRISÃO ILEGAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	43
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

A prisão *ex lege* é a prisão imposta por força de lei, de maneira que o legislador prevê legalmente a impossibilidade de se conceder liberdade provisória com ou sem fiança para determinada hipótese. No entanto, essa prisão é motivo de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo assim, surge aqui o problema de pesquisa a ser elucidado, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão *ex-lege* é considerada inconstitucional?

Diante dos posicionamentos doutrinários e das jurisprudências analisadas, adota-se como hipóteses de pesquisa a relação das audiências de custódia e a inconstitucionalidade da prisão *ex lege* no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse trabalho tem por objetivo geral discutir a inconstitucionalidade da prisão *ex lege* no Estado democrático de direito e as audiências de custódia. Para atingir a esse propósito busca-se como objetivos específicos apresentar o sistema processual penal brasileiro e a origem das audiências de custódia. E, por fim, discute-se a (in)constitucionalidade da prisão *ex-lege*, o instituto da responsabilidade civil e análise do tratamento jurisprudencial do STF e STJ dado a questão da prisão ilegal.

Justifica-se, em termos acadêmicos, abordar o tema da prisão em flagrante pelo instituto permitir um maior conhecimento do Direito Processual e dos princípios constitucionais que norteiam os direitos de todos os cidadãos, sobretudo, do respeito à liberdade pessoal e, mais especificamente, à proteção jurídica dos interesses do acusado. Além disso, o estudo permitirá que os acadêmicos do curso de Direito possam conhecer as mudanças provocadas com o advento da Lei n. 12.403/2011 e obter um amplo conhecimento processual da liberdade e da prisão, através da análise de um caso real.

Para elaboração do trabalho a que propõem, a metodologia empresa se utiliza primariamente livros e artigos seja eles de periódicos, revistas especializadas em textos jurídicos. Utilizam-se livros de Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Direito Penal.

Recorre-se não só ao direito positivo como também à sua aplicação, usando-se de forma recorrente a jurisprudência com o objetivo de detectar as falhas do sistema processual penal cautelar em vigência, denunciá-las e, quando pertinente, sugerir as alterações que se fazem necessárias mesmo com o advento da reforma.

A responsabilidade civil do Estado pode ser resumida como a obrigação de reparação dos danos que seus funcionários públicos, como agentes do Estado, ocasionarem a outros indivíduos, seja por meio de um ato lícito ou ilícito. Se cabe indenização decorrente de um ato ilícito praticado pelo agente público, o fundamento da responsabilidade do Estado será o princípio da legalidade; se o dever ressarcitório decorrer de um ato lícito, o fundamento da responsabilidade será o princípio da isonomia, justificado na necessidade de repartição igualitária dos encargos sociais.

O estudo divide-se em três capítulos, além dessa introdução e das considerações finais. A seguir, no capítulo 1 o processo penal brasileiro é discutido em conjunto com as audiências de custódia; em seguida no capítulo 2 o destaque fica para a análise das etapas da custódia e, por fim, o capítulo 3 retrata a inconstitucionalidade da prisão *ex lege*.

1. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PRISÃO E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1. SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Iniciando esse capítulo importante se faz apresentar o sistema processual penal, que encontra consenso na literatura consultada (LENZA, 2015; NUCCI, 2012; RANGEL, 2020) que sua definição pode ser tida como um conjunto de princípios e regras constitucionais destinados a efetivar o direito penal no mundo fático concreto, pela fixação de meios e procedimentos jurídicos, a fim de tornar efetivo o ordenamento penal, podendo configurar-se no processo através de duas formas: inquisitiva e acusatória.

Para compreender o processo penal brasileiro, torna-se imprescindível fazer uma breve passagem pela história direito que mostra os sistemas processuais representam o momento político de cada Estado. Nesse sentido, Regimes autoritaristas têm como marca registrada a mitigação de direitos e garantias ao acusado, revelando quanto a esses reflexos mais ou menos acentuados relativamente às vítimas de crimes. O sistema inquisitivo, com vertente nos regimes monárquicos, aprimorou-se com a evolução e a influência do direito canônico, fazendo-se presente nos ordenamentos jurídicos europeus nos séculos XVI, XVII e XVIII (GRECO, 2017a).

As principais característica do sistema inquisitivo é que os princípios do contraditório e ampla garantia de defesa inexistem, mitigando garantias dirigidas e que tencionam sistemicamente um julgamento imparcial, cujo desfecho se aproxime da verdade da melhor forma possível. Outra característica marcante desse sistema é a prova tarifada ou legal, tendo a confissão como a de maior relevância ou peso (RANGEL, 2020).

Diante disso, pode-se concluir que o sistema inquisitivo afronta diversas garantias constitucionais estabelecidas sob o teto do Estado Democrático de Direito, haja vista que a figura do Estado-Juiz se confunde com a de autor e julgador, colocando em dúvida a imparcialidade esperada no ato de decidir.

Por sua vez, e mais importante, o sistema acusatório, tem como uma de suas características a imprescindibilidade de que o interessado provoque o Poder

Judiciário, a fim de que este se manifeste (*ne procedat iudex ex officio*). Não cabe, portanto, ao juiz iniciar a ação penal *ex officio*. No sistema acusatório forma-se o chamado *actum trium personarum*, constituído pelo tripé juiz, autor e acusado (acusado), deixando nítida a divisão de tarefas (NUCCI, 2021b). Como pode ser observado na jurisprudência descrita a seguir:

HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - SISTEMA ACUSATÓRIO - RENOVAÇÃO DA AUDIÊNCIA - PROVIDÊNCIA DO JUIZ Não se discute que adotado o sistema acusatório há clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, cabendo às partes a iniciativa probatória. O Juiz deve ser manter inerte com relação à produção da prova, decidindo com base no material produzido pelas partes no curso da instrução. Todavia, a legislação processual penal vigente não adota a regra do sistema acusatório pleno, eis que ainda atribui poderes instrutórios ao Juiz, sempre fundamentando aquela atividade ativa do Magistrado no princípio da verdade real, tudo isto inobstante a crítica de parte da doutrina. No caso concreto, a oitiva das vítimas foi requerida pelo Ministério Público que se realizou na ausência do acusado, o que impediu a realização do reconhecimento. O Juiz, sem inovar, apenas determinou a renovação da prova na presença do acusado, não ensejando tal decisão violação a qualquer princípio constitucional. Ordem denegada. (TJ-RJ - HC: 00555540320098190000, Relator: MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO, Data de Julgamento: 26/08/2009, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/09/2009)

Nesse contexto, o juiz é órgão imparcial que julga a partir de provocação do autor, titular da ação penal. O princípio acusatório tem por premissa conciliar o interesse público de repressão dos crimes. O Ministério Público não está sujeito ao ônus de persuasão quando sustenta a acusação, mas tem o dever de colaboração na descoberta da verdade para fins da sentença.

DIGNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PODER REQUISITÓRIO DO PARQUET. SISTEMA ACUSATÓRIO. Salvo hipótese de intervenção necessária do Poder Judiciário para assegurar direitos de terceiros, o Ministério Público tem poder requisitório e deverá tomar diretamente as providências necessárias para as diligências que interessar à ação penal. O controle jurisdicional diz respeito ao ingresso do resultado delas no processo, momento em que se verá de sua licitude e oportunidade. Trata-se da dignidade constitucional da instituição, assegurada pelo sistema acusatório da Carta de 1988. Correição improcedente. (Correição Parcial Nº 70008867558, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 03/08/2004) (TJ-RS - COR: 70008867558 RS, Relator: Aramis Nassif, Data de Julgamento: 03/08/2004, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

Aos acusados são garantidos todos os meios de prova admissíveis constitucional e processualmente, com o objetivo de exercer amplamente sua defesa e contraditório em plenitude. As garantias de defesa e o contraditório, que

informam o processo no Estado Democrático de Direito, somente se tornam viáveis na medida em que a devida publicidade dos atos processuais é observada. De fato, há exceções à regra, pois em verdade não se sustenta o exercício ilimitado de direitos ou princípios, tal como se extrai do art. 93, IX, da constituição brasileira (PACELLI; FISCHER, 2019).

O princípio da concentração é observado na fase judicial, em que todos os atos processuais são realizados em audiência. Nessa esteira, o que se extrai de antemão dos sistemas em voga antes referidos, analisados de forma a situar o leitor na temática, é que as garantias constitucionais e processuais existentes estão essencialmente assentadas na proteção dos direitos dos acusados (GRECO, 2017a).

No entanto, é justamente o convívio sistêmico das garantias protetivas dos acusados em harmonia com as das vítimas, especialmente o direito ao respeito à dignidade e o direito de não serem vitimizadas pelo processo penal, que possibilitará um juízo de maior certeza e justiça quanto ao fato objeto de acusação (RANGEL, 2020).

Entretanto, no que diz respeito ao objeto deste estudo, tem-se como insuperável que o sistema acusatório, para ser concebido como tal, não pode deixar de separar as atividades de acusar, defender, gerir a produção da prova e julgar (GRINOVER, 2006).

Cabe ao acusador a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa e o ônus processual de demonstrar a veracidade da alegação, sem que haja óbice a que o julgador, em caráter estritamente subsidiário, busque suprir as suas dúvidas, complementando as provas para a formação de seu convencimento, na fase processual, possibilidade essa que subsiste mesmo com as restrições contidas no art. 3º-A40 do CPP, introduzidas pela Lei 13.964/2019 prazo insuficiente para que os tribunais promovam as mudanças para possibilitar a implantação do juiz das garantias, o que impõe, à luz do princípio da razoabilidade, que o STF considere o prazo de 30 dias previsto no art. 20 inconstitucional, no tocante exclusivamente ao início do funcionamento do sistema de juiz das garantias (SOUZA, 2020).

1.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PILARES DO PROCESSO PENAL

A prisão, feita pelos agentes de segurança, precisa respeitar o que está previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988, que em seu artigo 5º, nos incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, possui previsão legal de vários direitos referentes aos indivíduos presos, exigindo a observância no âmbito processual onde a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre apreendidos, serão prontamente comunicados ao juiz competente e à família ou à quem ele informar, e ainda o indivíduo detido tem o direito de ser informado de todos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de seu defensor, seja ele público ou particular, além do mais a pessoa detida terá ainda o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, caso venha ocorrer a prisão ilegal, ela será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente, assim como não é permitido que nenhum indivíduo seja levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LENZA, 2015).

De tal modo, o descumprimento desses aspectos acarretará a emergência de outro direito do condenado, que é a apresentação de pedido de *habeas corpus* à autoridade judiciária competente por meio de advogado.

Faz-se necessário compreender a prisão, para então ter respaldo e poder analisar quando ela é ilegal. Grosso modo, pode-se afirmar que a prisão é sempre o privar da liberdade, ou seja, impedir o indivíduo de ir e vir fazendo uso da sua liberdade de escolha.

A doutrina pátria, majoritariamente, vê a prisão em flagrante como medida de cautela. ao referir-se à exigência do *periculum in mora* para a sua manutenção, parece colocar-se ao lado daqueles que nela não veem genuína manifestação de tutela cautelar. “Não há dúvida, aqui, de que se exige o *periculum in mora*, ou seja, a manutenção da custódia provisória ficará condicionada a um criterioso juízo de necessidade, tornando visível a sua condição de verdadeira medida cautelar”(SILVA; COSTA, 2006, p. 19).

Romeu Pires de Campos Barros (2016, p. 123) assinala que “a prisão em flagrante desenvolve uma função cautelar indireta ou mediata, através da qual se desenvolve a fase investigatória da persecução penal”.

Durante a história verifica-se que o conceito de prisão, ou melhor, dos requisitos para algum cidadão ser preso se alterou. No entanto, o que se sabe, através da leitura sobre a história da prisão é que ela existe porque o Estado, enquanto agente regulador, retira a liberdade do indivíduo, o incluindo onde ele possa ser vigiado e talvez ressocializado, ou seja, na prisão (GRECO, 2017b).

No entanto, atualmente, para que a prisão ocorra, ela precisa ser amparada pelo Direito Penal e Processual Penal e deve respeitar os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal, está por sua vez, embasada nos direitos humanos, não violando a liberdade individual, caso contrário, a prisão pode ser considerada ilegal (LIMA, 2016).

A conceituação do que seriam os direitos humanos não é resposta fácil, na medida em que a amplitude da expressão permite acesso às mais diversas áreas do conhecimento, como a filosofia, a ética, a história, a política e o próprio direito, o que levou Bobbio (2004, p. 17–18) “a admitir que os fundamentos para as definições dos direitos do homem acabaram se tornando tautológicas, se revelando infundada a busca por um fundamento absoluto para tal definição”.

Na concepção jusnaturalista, a definição dos direitos humanos passa pelo reconhecimento de que alguns direitos são inatos ao homem, inerentes a todo ser humano, independentemente de o Estado os reconhecer formalmente, sendo, portanto, antecedentes e sem subordinação ao direito positivo (RANGEL, 2020).

Por sua vez, na fundamentação historicista positivista, por mais fundamentais que possam ser, os direitos humanos são, de fato, direitos históricos, reconhecidos sob certas circunstâncias históricas, caracterizadas pelas lutas por maiores direitos que vão surgindo de forma gradual.

Já a noção dos direitos humanos com base em um fundamento ético e axiológico refuta a tese de que tais direitos são jurídicos, na medida em que não é o ordenamento jurídico que os cria, mas apenas os reconhece, diante de exigências que se revelam insuperáveis na obtenção de uma vida digna (GRECO, 2017b).

Aliás, não é a simples natureza humana que garante os direitos humanos, mas a natureza humana aliada a um padrão ético capaz de conduzir a uma existência com dignidade. Mas o que viria a ser a dignidade?

A resposta igualmente não é simples, mas não seria incorreto afirmar, com Rogério Greco (2017b, p. 65), que dignidade “é uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, como regra, irrenunciável e inalienável, inerente ao

próprio se humano; valor que não pode ser suprimido, por conta de sua própria natureza”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, dentre outros, como fundamentos da república, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e, nas relações internacionais se rege, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Assim, também, garante a proteção dos direitos individuais, com base na inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*). A compreensão dos direitos fundamentais remonta à precisão encontrada, por parte dos cidadãos,

em impor limitações referentes aos abusos cometidos pelo ente estatal, diante da utilização indiscriminada de seus próprios poderes, através de suas autoridades constituídas. Desse modo, os direitos fundamentais surgem em um contexto em que se buscava a garantia de direitos aos cidadãos em detrimento do poder exacerbado do Estado, pautando-se em princípios norteadores como o da igualdade e da legalidade, fundadores do Estado Constitucional (ANDRADE, 2019, p. 78).

Nesse sentido, apesar da existência de doutrinadores que defendam que as origens dos direitos fundamentais remontam há mais de 2000 anos antes de Cristo (a.C.), nas civilizações antigas e medievais, é certo que somente pode-se falar em direitos fundamentais a partir da existência de um Estado, na acepção moderna do termo (GRECO, 2017a).

Desse modo, segundo esclarece Dimoulis; Martins (2018), para se falar em direitos fundamentais torna-se imprescindível a coexistência de três elementos: o Estado, os indivíduos e o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos. Tais condições apresentaram-se reunidas apenas na metade do século XVIII, quando tomaram a feição de importantes documentos históricos, como a Carta Magna (1215), na Inglaterra; a Petition of Rights (1628); o Habeas Corpus Act (1679); o Bill of Rights (1689) e o Act of Settlement (1701). Acrescenta-se, aqui, a Declaração de Direitos da Virgínia já proclamava, expressamente, determinadas condições de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Caminhando no mesmo sentido, a Constituição dos Estados Unidos da América (1791), ao garantir direitos como a liberdade religiosa, inviolabilidade domiciliar, devido processo legal, julgamento pelo Tribunal do Júri, entre outros. Apesar dessa evolução encontrada diante da promulgação de diversos documentos estatais em defesa aos direitos

fundamentais, considera-se que foi na França, em 1789, que ocorreu a consagração normativa desses direitos, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vista como um marco ampliador do rol de direitos protegidos juridicamente. Nesse documento, destaca-se, por exemplo, a proteção do direito à segurança, à resistência, à opressão, à associação política, ao princípio da presunção de inocência, à livre manifestação de pensamento, entre outros (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 59).

Nessa época, os direitos eram considerados negativos, pois vedavam, ao Estado, intervir na liberdade de agir – e de contratar, possuir e dispor de bens – dos cidadãos. “As liberdades públicas, assim, são direitos subjetivos, oponíveis ao Estado, o que, antes de 1789, era desconhecido no direito positivo” (FILHO, 2016, p. 28).

Direitos fundamentais são limitações impostas aos poderes do Estado, inclusos nas declarações universais e reconhecidos pelas sociedades civilizadas, tendo, como fundamento de validade, o consenso dos homens acerca deles.

No cenário brasileiro, a Constituição de 1824 e, posteriormente, a de 1891 já continham previsões de diversos direitos fundamentais em seu texto constitucional, sendo o rol ampliado com a Constituição de 1937 – em que foram acrescentados direitos como a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, à segurança, à integridade do Estado, à guarda e ao emprego da economia popular. Já a Constituição de 1946 inovou, ao estabelecer diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e aos empregados, sendo seguida pelas Constituições de 1967 e pela Emenda Constitucional 1, de 1969, que, em contrapartida, estabeleceu uma ampla gama de restrições aos direitos e garantias fundamentais (MARMELSTEIN, 2019, p. 87).

Por fim, a Constituição vigente, promulgada em 1988 e conhecida como Constituição Cidadã, ampliou o escopo e a relevância conferida aos direitos fundamentais protegidos. A localização, após o preâmbulo e os princípios constitucionais, sua inclusão no rol de cláusulas pétreas e sua aplicabilidade imediata são exemplos da relevância constitucional conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais têm, como característica essencial, o fato de serem, a um só tempo, considerados um direito objetivo e subjetivo, detendo, portanto, duplo caráter. Assim, em linhas gerais, a faceta objetiva conferida aos direitos fundamentais significa que as normas que preveem direitos subjetivos possuem natureza autônoma, reconhecendo conteúdos normativos e expressando determinados valores objetivos fundamentais da sociedade, bem como deveres de proteção estatal, enquanto o viés subjetivo possibilita que o titular de um direito

fundamental possa impor, juridicamente, seus interesses tutelados perante o destinatário (MARMELSTEIN, 2019).

A defesa da efetivação dos direitos fundamentais não pode implicar o desprezo aos aspectos econômicos, porém, esses não podem ser usados como mero assunto para eximir da responsabilidade do Estado. O custo dos direitos sociais não pode ser embasado genericamente para recusar a sua aplicação. Há um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que possuem uma presunção de intangibilidade, sobre a qual a atuação restritiva estatal deve ser fortemente justificada e proporcional. A consolidação do Estado Democrático Brasileiro, quanto aos seus fins sociais, está atrelada à fruição efetiva dos direitos fundamentais, de forma definitiva, real e ampla.

A inconstitucionalidade, buscando relacioná-la com os princípios constitucionais penais, possui embasamento de alegação entre alguns princípios, sendo eles: o Princípio da Presunção de Inocência, a Dignidade da Pessoa Humana, o Contraditório e Ampla Defesa e o Princípio do Devido Processo Legal. Sendo assim, nos seguintes pontos, explicitarei os princípios, seus conceitos, suas bases constitucionais e demais especificações.

Aqui serão objeto de análise a evolução histórica desse princípio e a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de demonstrar sua relevância para o equilíbrio do sistema penal. Em absoluto, no sentido literal do termo, o princípio da presunção de inocência significaria a proibição de medidas restritivas à liberdade e ao patrimônio da pessoa, quando de natureza penal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Porém, como se verá a seguir, referido princípio verdadeiramente não tem esse cunho absoluto, já que ele é balizado por outros princípios do ordenamento jurídico que informam a necessidade de sua relativização frente a valores como a segurança pública e a própria justiça.

1.3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Os princípios são as normas que dão sustentação aos institutos jurídicos. Apresentam-se, na maioria das vezes, como normas abstratas e possuem o firme

propósito de orientar aplicação das regras estabelecidas no processo penal. Na sequência, serão abordados principais princípio do processo penal brasileiro.

1.3.1 Dignidade da Pessoa Humana

Segundo Ana Flávia Messa, é a partir do cristianismo que surge a ideia de que o ser humano possui direitos fundamentais, uma dignidade, cuja qual o estado deve reconhecer e respeitar. E ainda, a violação a dignidade do ser humano, por parte do Estado, se inicia na punição sem base concreta dos fatos. (MESSA, 2020, p. 70) Partindo para base legislativa constitucional, esse princípio, encontra embasamento no artigo 1º, inciso III, da nossa Constituição Federal de 1988, e é expresso como sendo um dos fundamentos para a constituição do Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988)

O princípio da dignidade da pessoa humana, expresso por Nucci como sendo a base do Estado Democrático de Direito, segundo ele é um princípio que resguarda a missão de garantir a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, de modo que lhe possibilite autoestima e lhe garanta o mínimo existencial. (NUCCI, 2015, p. 31)

Podemos encontrar relação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com a inconstitucionalidade, uma vez que violado o princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade, com uma aplicação de sanção antecipada para o cumprimento da pena. Essa sanção não se compadece sem que haja decisão condenatória transitada em julgado. Como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, em seu parecer do HC 103.986/SP, “Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana, enquadrada como postulado essencial da ordem constitucional (CF, art. 1º, III)”. (BRASÍLIA, 2011).

1.3.2 Devido Processo Legal

Expressão derivada do inglês “due process of law”, pode ser conceituado como o rigor de obediência ao previamente estabelecido em lei, sendo o conteúdo

da jurisdicionalidade a legalidade. É o que define Mougenot em seu livro Curso de Processo Penal. (MOUGENOT, 2019, p.95)

O princípio do Devido Processo Legal é dividido em dois distintos aspectos, o material e o formal ou processual, que na visão de Nucci

[...] possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal. No 8 primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes. (NUCCI, 2015, p.61)

Voltando ao pensamento de Mougenot, no aspecto material, a conceituação do princípio tende a se manter aberta, uma vez que seu conteúdo não é definido “a priori”. Consoante a isso, para que o princípio seja aplicado, cada caso tem de ser apreciado individualmente, para que possam ser consideradas as peculiaridades de cada um, analisando se houve afronta do Estado ao direito particular. (MOUGENOT, 2019, p. 96)

E em relação ao devido processo legal formal ou processual, Mougenot nos traz o seguinte

A cláusula do devido processo legal estabelece a garantia do acusado de ser processado segundo a forma legalmente prevista, reconhecendo no processo penal, além de sua instrumentalidade, também sua natureza constitucional. O Estado está obrigado, na busca da satisfação de sua pretensão punitiva, a obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador, vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual ou o desrespeito à ordem do processo. À guisa de exemplo, o funcionário público acusado da prática de um crime funcional afiançável deverá ser processado conforme o rito previsto nos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade do feito. (MOUGENOT, 2019, p. 96)

O devido processo legal, no uso de seus aspectos relacionados ao crime, tem caráter aplicativo, objetivando a efetiva aplicação dos princípios penais constitucionais, ou seja, que para a aplicação da pena ser dada ao criminoso, ela tenha que ser fundamentada e adequada ao devido processo legal. (NUCCI, 2015, p.62) Também deve ser observado que o princípio do devido processo legal, possui base legal expressa pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, onde

é expresso que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988)

O principal ponto a ser discutido quando se trata de processo penal é o respeito ao devido processo legal. Segundo o art. 5º, LIV, da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, o Estado poderá exercer seu direito de punir somente através de um processo penal que atente para a legalidade, aqui concebida num sentido amplo: respeito ao procedimento previsto em Lei, bem como a todos os direitos e garantias do acusado estampados na Constituição e na legislação.

Nas palavras de Paulo Rangel (2020, p. 22), “a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que ao prevista em lei”. Desta forma, há de se frisar que uma das possibilidades de impetração da Revisão Criminal, está calcada na inobservância do princípio em tela, haja vista, ferir garantia constitucional do indivíduo.

Trata-se do princípio do devido processo legal, norteador de todo o processo penal. Para que o devido processo legal seja observado, necessária a atenção aos princípios dele decorrentes: juiz natural, ampla defesa, contraditório, estado de inocência, direito ao silêncio e duplo grau de jurisdição (RANGEL, 2020).

Com todo esse amparo legal não deveria ocorrer prisões ilegais, no entanto, não é o que ocorre, há casos de inocentes presos por crimes que não cometeram, assim como, existem situações que o réu poderia responder em liberdade, no entanto, se encontra preso. Fora isso, há prisões feitas pelas instituições policiais que ocorrem fora da legalidade e, todas essas situações são passíveis de responsabilizar o Estado. E, sobre essa responsabilização do Estado por prisões arbitrárias, que o próximo capítulo passa a debruçar iniciando uma discussão sobre o instituto da responsabilidade civil e sua aplicabilidade em ações contra o Estado.

1.3.3 Princípio da Presunção de Inocência

Seguindo para os princípios constitucionais penais, buscando expressar a sua relação com o caso em questão, chegamos ao princípio da presunção de inocência, cujo qual é trazido por Nucci que, se seguirmos a base do Estado

Democrático de Direito, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, o estado natural do ser humano é a inocência, ou seja, no cenário penal, sem que haja prova do crime, reputa-se inocente a pessoa não culpada. (NUCCI, 2015, p.333)

Ele é também denominado de princípio da não culpabilidade, encontra base legal em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, onde expressa-se “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988) E, para Mougenot, o termo “presunção de inocência”, é tecnicamente incorreto, e é utilizado de maneira vulgar, e o que se tem, basicamente, é um princípio de “não culpabilidade”, pois como já fora citado anteriormente no inciso LVII, não há uma afirmação de presunção de inocência, mas sim, que ninguém será considerado culpado antes do julgamento. Sendo assim, o princípio possui um respaldo constitucional, mas referido ao um “estado de inocência”, ou de “não culpabilidade”. (MOUGENOT, 2019, p.101)

E dentro ainda do princípio da presunção de inocência, referindo-se ao pensamento de Nucci, ele expressa que “O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana.” (NUCCI, 2015, p.333)

Indo ao encontro do pensamento de Nucci em relação ao princípio da presunção de inocência, Capez, em seu Código de Processo Penal Comentado, cita o art. 44 da Lei de Drogas e o HC 104.339 julgado pelo STF, alegando

Apesar de o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 proibir expressamente a liberdade provisória para o tráfico de drogas e assemelhados, o Supremo Tribunal Federal declarou tal dispositivo inconstitucional, no julgamento do HC 104.339, seguindo nosso entendimento aqui expresso. Entendemos que ele é inconstitucional, assim como fundamentado pelo Ministro Gilmar Mendes, por força de a vedação geral ex lege ser incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal. O Ministro afirmou ainda que, ao afastar a concessão de liberdade provisória de forma genérica, a norma retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, “analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais”. (CAPEZ, 2017, p.332)

Para encerrar, podemos usar o entendimento de Mougenot, a respeito do conteúdo do princípio, cujo qual nos traz que

Este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido status processual permanece enquanto não

houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. (MOUGENOT, 2019, p.101)

1.3.4 Contraditório e Ampla Defesa

Considerado um dos princípios mais importantes no mundo jurídico, o contraditório e a ampla defesa, é classificado por Mougenot como

Na definição de Canuto Mendes de Almeida, é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”, pelo que representa uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da formação da convicção do juiz. De certa forma, pode ser dito, como bem lembra a melhor doutrina, que se encontra inserido no conjunto das garantias que constituem o princípio do devido processo legal. (MOUGENOT, 2019, p. 97)

Tendo como base outro pensador, Fernando Capez, temos o princípio do contraditório e ampla defesa como

implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). (CAPEZ, 2019, p.66)

Para MESSA, para que esse princípio seja ressalvado, não basta apenas as partes terem acesso a defesa, mas sim, que essa defesa seja material e efetiva. Assim ela explica A defesa formal não satisfaz o princípio da ampla defesa. Além da defesa realizada pela atuação pessoal do próprio acusado, consubstanciada nos direitos de audiência, de presença ou participação, é imprescindível a existência de uma efetiva defesa material, concretizada com a assistência do réu por profissional legalmente habilitado. (MESSA, 2020, p.78)

E indo ao encontro do pensamento de MESSA, que defende que para que o princípio seja ressalvado é imprescindível uma efetiva defesa material, Mougenot expressa que a defesa técnica é indisponível, e é exercida por um profissional habilitado, garantindo a igualdade de defesa entre as partes. E na impossibilidade de o réu contratar um advogado, o juiz nomeia um advogado dativo ou, se possível, um defensor público. Sem a defesa técnica de fato, qualquer ato praticado torna-se nulo. (MOUGENOT, 2019, p. 97)

Analisando o respaldo desse princípio na Constituição Federal, temos o artigo 5º, inciso LV, expressando que “aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. (BRASIL, 1988) E novamente no artigo 5º, mas em seu inciso LXXIV, é expresso com relação a assistência gratuita, onde releva-se que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”. (BRASIL, 1988)

E com base nos entendimentos expressos dos doutrinadores citados a respeito do princípio do contraditório e ampla defesa podemos relacioná-lo a inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória de artigos como o art. 44 da 11.343/06, de forma que a condenação do réu pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, seja sempre revisada efetivamente de maneira técnica por um profissional habilitado- contratado pelo réu ou nomeado pelo Estado-, sendo esse um direito do réu, e gerando assim, com interposição de recurso, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

1.3.5 Prevalência do Interesse do Réu (“*In dubio pro reo*”)

Correlacionado ao princípio da presunção de inocência, o “in dubio pro reo” expressa que, se houverem dúvidas, sempre será decidido em favor do réu, pois conforme Nucci, não se trata de um favor, no sentido de se agradar o mesmo, mas sim, de um dever legal para declarar primordial o estado de não culpabilidade do réu. (NUCCI, 2015, p. 340)

Apesar desse princípio soar de maneira esplendorosa, segundo Mougnot, em nosso sistema ele somente possui aplicação em específicas oportunidades:

[...] quando do oferecimento da inicial acusatória (denúncia ou queixa), porquanto não se cobra certeza definitiva quanto à autoria criminosa, somente indícios de autoria; e nos processos do Júri, quando do encerramento da primeira fase (*judicium accusationis*), no momento da decisão de pronúncia pelo juiz (art. 413 do CPP). (MOUGNOT, 2019, p.103)

Entretanto, no parágrafo seguinte, Mougnot releva que, em se tratando de sentença em sentido estrito, não importando qual for o tipo de procedimento, será utilizado o princípio *in dubio pro reo*. (MOUGNOT, 2019, p. 104)

2. ORIGEM DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Diversas iniciativas pontuais foram manejadas antes do Provimento Conjunto 03/2015 do Conselho Nacional de Justiça, o qual será, daqui a pouco e amiúde, objeto de aprofundamento. Magistrados vanguardistas, sozinhos ou em colegiados, se destacaram na aplicação da audiência de custódia como fase processual própria, sendo quimérica a possibilidade de citá-los todos, certamente merecedores de exaltação pelo arrojo e domínio do inolvidável controle de convencionalidade a que submete nossa legislação nacional (PAIVA, 2018).

Pode-se dizer que a audiência de custódia é algo novo apenas na realidade prática e operacional dos tribunais, na medida em que, sob a ótica normativa, sua concepção se verificou décadas atrás. A audiência de custódia tem previsão no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que foram editados, respectivamente, em 1966 e 1969 (PACELLI; FISCHER, 2019).

Em 1992, tais documentos foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro (Decretos 592 e 678/1992), quando, então, passou a haver no direito pátrio a obrigação geral de condução do preso, sem demora, à presença autoridade judiciária. Vale destacar que os tratados internacionais em comento asseguram ao preso uma garantia processual em maior escala do que a prevista no art. 5º, LXII, da Constituição da República e no art. 306, caput e §1º, do Código de Processo Penal, que contemplam tão somente a comunicação imediata da prisão à autoridade judiciária competente, não exigindo a apresentação do custodiado para audiência (LIMA, 2014).

Todavia, não há, em absoluto, incompatibilidade entre os diplomas normativos em análise, mas sim uma relação de complementariedade. Isso porque num sistema jurídico destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais, nada mais coerente do que a promoção do diálogo das fontes, como exigido pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República, com a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

Para evitar a utilização de normas que estabeleçam menor proteção ao ser humano, consolidou-se, no Direito Internacional, o chamado princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. De acordo com tal princípio, nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade, já reconhecida

por outra norma internacional ou nacional. Assim, caso haja dúvida na interpretação de qual norma deve reger determinado caso, impõe-se que seja utilizada a norma mais favorável ao indivíduo, quer seja tal norma de origem internacional ou mesmo nacional (LIMA, 2014, p. 78).

Na mesma linha, confira-se o posicionamento da jurisprudência:

Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica (STF – 2ª T. – HC 96772/SP – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 09.06.2009).

Conforme já se verificou, apesar da longevidade da previsão normativa insculpida nos pactos internacionais de direitos humanos devidamente internalizados, dotada, segundo o Supremo Tribunal Federal - STF, de força supralegal, bem como de precedentes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos que reforçavam a sua obrigatoriedade, a garantia processual da audiência de custódia não vinha sendo observada no Brasil até os últimos anos (FILHO, 2016).

Na tentativa de mudar esse cenário, foi proposto o PLS 544/2011, que buscou

“alterar o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal para dispor que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública” (LIMA, 2014).

O panorama começou, de fato, a mudar a partir de 2013, quando alguns julgados dos Tribunais brasileiros passaram a sinalizar, no bojo de casos concretos, a necessidade de implementação da audiência de custódia. Em seguida, com apoio do Conselho Nacional de Justiça, alguns Tribunais editaram atos normativos internos disciplinando a realização da audiência de custódia, tendo o STF avalizado a constitucionalidade dessa regulamentação (GIACOMOLLI, 2014).

É notável a decisão do magistrado José Henrique Rodrigues Torres, Juiz de Direito Titular da 1ª Vara do Júri da Comarca de Campinas/SP, no ano de 2014, em sede de audiência de custódia, no bojo dos autos do processo n. 0006926-58.2014.8.26.0114179. Sublinhe-se que o caso concreto citado não foi o único, havendo constância do sobredito juiz em determinar a realização de audiências de

custódia em sua Vara. Tal circunstância chamou a atenção do mundo jurídico e acabou por ser perenizada devido à intervenção de veículos de comunicação que se interessaram em entrevistar o magistrado. Convicto de que “não inventou nada”, trechos dessa memorável manifestação encontram-se a seguir replicados:

[...] Já realizo as audiências de custódia há aproximadamente dois anos. Faço constar de todos os mandados de prisão que, nos termos do art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o réu, ao ser preso, dever ser apresentado, sem demora, ao juízo expedidor da ordem ou ao juízo da comarca onde for realizada a prisão, para a realização da audiência de custódia. [...] [...] houve um caso de homonímia. Um homem foi preso e, ao ser realizada a audiência de custódia, foi possível verificar que ele e o réu tinham o mesmo nome. O homem preso por equívoco foi colocado em liberdade imediatamente; se a audiência de custódia não tivesse sido realizada, esse homem teria ficado preso por muito tempo, injustamente. Em outro processo, suspenso há vários anos com fundamento no art. 366 do CPP, aconteceu o seguinte: a prisão preventiva estava decretada, o réu foi preso em outro estado da federação, comunicada a prisão, solicitei a realização da audiência de custódia. Nessa audiência, ficou constado que o réu morava há alguns anos na cidade onde ocorreu a prisão e, também que era casado, tinha filhos e trabalhava com registro em carteira, na referida cidade. Assim, com base nessas informações, convicto de que a prisão preventiva era desnecessária, revoguei a prisão e o processo prosseguiu, mas ao réu foi garantido o direito de acompanhar o processo em liberdade. Há inúmeros outros exemplos.

Dentro do mesmo contexto, são dignos de referência os acórdãos dos Tribunais Regionais Federais da 4ª e da 2ª Região, ambos no ano de 2014 e em sede de *habeas corpus*, os quais determinaram a realização de audiência de custódia, sendo que o último caso, e ao final da providência, houve revogação da prisão preventiva do paciente surpreendido na posse de cédulas de dinheiro falso, substituindo a privação de liberdade antecedente por duas medidas cautelares alternativas (GONÇALVES, 2019).

A seu turno, no âmbito estadual, convém a indicação do *habeas corpus* (HC 0064910-46.2014.8.19.000183) julgado pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos estertores de 2014, no qual foi ordenada a realização de audiência de custódia para paciente suspeito por tráfico de drogas, associação para a mesma finalidade, além de porte de arma de fogo e participação de 2 (dois) adolescentes. Mas, o primeiro movimento verdadeiramente coletivo, empreendedor de maneira coordenada, com o fito de lançar efeitos a todos os jurisdicionados de um estado-membro, foi o Ofício-Circular 33/03-CGJ, de 2 de abril de 2003, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal estadual do Rio Grande do Sul. Neste documento houve genuína recomendação aos magistrados gaúchos para que

observassem o teor do art. 7, item 5, primeira parte, da Convenção Americana de Direitos Humanos, isto é, para que obrassem no sentido de viabilizar a audiência de custódia na prática (GONÇALVES, 2019).

De igual sorte, principalmente no tocante à extensão, outra ação civil pública de relevo restou aforada pela Defensoria Pública da União junto ao Poder Judiciário Federal de Manaus/AM, em junho de 2014, no desiderato de permitir aos presos de todo o país o direito à audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas.

Fundada em argumentos sólidos, como a autoaplicabilidade dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a natureza da sentença foi resolutória sem julgamento de mérito, pois, em síntese, a Defensoria Pública careceria de legitimidade para representar todas as pessoas em circunstância prisional no país, porquanto parte delas não estaria em situação de hipossuficiência. O concerto fático aduzido, embora dos mais censuráveis, fez com que o Tribunal de Justiça do Maranhão buscasse na disciplina da audiência de custódia no estado, algum lenitivo à melancólica situação carcerária assinalada (GONÇALVES, 2019, p. 131).

No entanto, sobreveio em 5 de dezembro de 2014 o Provimento 24/2014, o qual foi adaptado em 2015 por força da assinatura do convênio alusivo ao “Projeto Audiência de Custódia”. Aliás, pode-se dizer que o ponto de partida para a efetividade empírica – não a jurídica – da audiência de custódia no Brasil, de forma organizada e global, foi Provimento Conjunto 03, de 22 de janeiro de 2015, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a participação do Ministério da Justiça, além da aquiescência da Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público (PAIVA, 2018).

Esta iniciativa foi encetada, de fato, no Estado de São Paulo no dia 6 de fevereiro de 2015, com a nomenclatura “Projeto Audiência de Custódia”, no Estado do Amapá foi somente em setembro do mesmo ano que foi dado início ao projeto (CNJ, 2015b). Sobre isso, finaliza-se esse tópico com a seguinte declaração da presidente do Tribunal de Justiça do Amapá:

"Já não se trata de um projeto, e sim de um programa, pois não tem mais volta. Tem que dar certo e já deu", observou a presidente do TJAP, desembargadora Sueli Pini. Para a magistrada, mesmo com um atraso de 23 anos, o Brasil precisava dar cumprimento ao Pacto de San José da Costa Rica, que determina a apresentação do preso a um juiz no menor prazo possível. "Faz muita diferença olhar só um papel ou olhar isso na presença do preso. Em um país com tantas urgências, defender a causa do encarcerado é para poucos", disse, ao elogiar a atual gestão do CNJ (CNJ, 2015a).

2.1. ETAPAS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1.1 Da Oitiva: Diferenças Entre Entrevista e Interrogatório

A oitiva do imputado na audiência de custódia deve ser bem distinta daquela verificada no processo de conhecimento, já que ocorre em diferentes fases do processo. Embora em ambos os casos o imputado preste depoimento a uma Autoridade Judiciária, na presença do Ministério Público e da Defesa Técnica, tendo seus direitos assegurados (notadamente os decorrentes do princípio do *nemotenetur se detegere*), a audiência de custódia ocorre imediatamente após a prisão, o que faz com que a defesa não disponha de todas as informações necessárias ao exercício de um contraditório pleno (GIACOMOLLI, 2014).

A Resolução 213/2015 do CNJ trata da oitiva do imputado na audiência de custódia como uma “Entrevista” (art. 8º), que não pode ser confundida com o “Interrogatório”, previsto no art. 185 do Código de Processo Penal. Conforme princípio básico de hermenêutica, a lei não utiliza palavras inúteis, de modo que a diferenciação terminológica deve ter implicações práticas. A entrevista realizada na audiência de custódia é, como regra, inicial e limitada. Inicial porque é a primeira oportunidade de o imputado falar perante um juiz, e acontece quando o feito ainda está em fase preliminar (GRECO, 2017b).

Limitada porque não é todo e qualquer assunto que pode ser tratado na audiência de custódia, uma vez que a Resolução 213/2015 do CNJ impede a discussão sobre o mérito dos fatos, restringindo o escopo do ato processual à análise da legalidade da prisão, do tratamento dispensado ao preso, de suas condições pessoais e da possibilidade de ter restituída sua liberdade, com ou sem a aplicação de medidas cautelares (PACELLI; FISCHER, 2019).

De outro lado, o interrogatório do acusado é final e ilimitado. Com o advento da Reforma do Processo Penal promovida pela Lei 11.719/2008, a nova redação do art. 400 do CPP fez com que o interrogatório, que antes era realizado logo após a citação, se tornasse o último ato a ser praticado na audiência de instrução e julgamento, de maneira a possibilitar que o réu só preste esclarecimentos após ter conhecimento de tudo o que foi produzido nos autos (GRECO, 2017a).

É no interrogatório que a autodefesa será exercida em sua plenitude, notadamente porque todos os elementos produzidos no processo passaram pelo crivo do contraditório, sendo, assim, de conhecimento do acusado, que terá a oportunidade de confrontá-los e falar por último no feito. O direito à última palavra é, assim, fundamental para a Defesa, pois lhe garante acesso prévio às informações e, por conseguinte, melhores condições de traçar suas estratégias (RANGEL, 2020).

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal fixou orientação de que mesmo nos procedimentos regidos por lei específica que estabeleça a realização do interrogatório como primeiro ato de instrução (como ocorre no art. 302 do Código de Processo Penal Militar, no art. 57 da Lei de Drogas e no art. 359 do Código Eleitoral), deve ser aplicada a ordem prevista no art. 400 do CPP, por ser mais adequada ao sistema acusatório e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. (...) Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei 11.719/2008, em detrimento do art. 302 do Dec.-Lei 1.002/1969. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado (...). Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (...). A Lei 11.719/2008 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Dec.-Lei 1.002/1969), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. (...) Fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (STF – Tribunal Pleno – HC 127.900/AM – Rel. Min. Dias Toffoli – j. em 03.03.2016)

Em suma, construiu-se todo um movimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial para ressaltar a importância de o imputado falar por último no processo, prestigiando a máxima efetividade da ampla defesa e do contraditório, essenciais no sistema acusatório e no processo penal democrático. Em meio à consolidação desse entendimento, porém, começaram a ser realizadas as

audiências de custódia, com a apresentação do preso à Autoridade Judiciária logo após a prisão, quando, então, será entrevistado, mesmo tendo pouco ou nenhum conhecimento sobre os elementos que podem ser produzidos em seu desfavor no curso do processo que se seguirá (SANTOS, 2020).

Naturalmente, tal situação despertou preocupação dos idealizadores da Resolução 213/2015 do CNJ, razão pela qual buscaram vedar peremptoriamente que o mérito dos fatos entrasse em debate na audiência de custódia. Assim, não apenas o juiz precisa se abster de “formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”, como também tem o dever de “indeferir as perguntas das partes relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação” (art. 8, VIII e § 1º da Resolução 213/2015 do CNJ) (LIMA, 2019).

HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP – 1. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTOS DA DECISÃO E DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR – VIABILIDADE - INADMISSÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO DA PRISÃO EX LEGE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DOS REQUISITOS QUE INSTITUCIONALIZAM A PRISÃO PREVENTIVA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - ORDEM CONCEDIDA.
1. A segregação cautelar é medida excepcional e a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal, constitui condição absoluta de sua validade. Nesse sentido, diante da ausência de elementos concretos que justifiquem a necessidade da custódia, a concessão do presente mandamus é medida que se impõe. (TJ-MT - HC: 00248768520138110000 MT, Relator: RONDON BASSIL DOWER FILHO, Data de Julgamento: 20/03/2013, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/04/2013)

Essa limitação cognitiva na audiência de custódia é lógica e decorre, como visto, de compreensível e legítima preocupação com o retorno ao modelo de matriz inquisitiva anteriormente vigente. No entanto, a regra em questão, pensada, em última instância, para resguardar o preso e preservar o seu direito de falar por último sobre o mérito do processo, pode nem sempre lhe ser favorável (NUCCI, 2021b).

Com efeito, em algumas situações pode ser de interesse da Defesa antecipar a discussão de mérito, sobretudo para demonstrar a ausência dos requisitos da prisão cautelar, o que é uma das principais finalidades da audiência de custódia. Portanto, é necessário examinar os casos em que a discussão meritória deve, ainda que excepcionalmente, ser admitida na audiência de custódia, e como

compatibilizá-la com o fato de ser a entrevista realizada, como regra, no início do processo.

2.1.2 A Decisão Judicial e os Requisitos da Prisão Preventiva

Nas audiências de custódia decorrentes de prisão em flagrante, o art. 8º, § 1º, da Resolução 213/2015 do CNJ, as partes podem requerer o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória, sem ou com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação da prisão preventiva e ainda a adoção de medidas necessárias à preservação dos direitos da pessoa presa.

A decisão sobre a situação prisional do custodiado, dessa forma, deverá avaliar, em cada caso concreto, a presença os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, quais sejam: (i) admissibilidade da medida (arts. 311 e 313 do CPP); (ii) existência de prova da ocorrência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti* – art. 312, parte final, e art. 314 do CPP); (iii) necessidade de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (*periculum libertatis* – art. 312, primeira parte, e art. 282, I, do CPP); (iv) homogeneidade (ou proporcionalidade) da prisão cautelar face ao resultado que pode advir de eventual sentença condenatória (art. 282, II, do CPP); e (v) não cabimento de outra medida cautelar menos gravosa (art. 282, § 6º do CPP) (NUCCI, 2021a).

O *periculum libertatis* é a demonstração, através de circunstâncias concretas, de que a manutenção da liberdade ou sua concessão colocará em risco a ordem pública ou a ordem econômica, bem como a percepção de que o cerceamento da liberdade é indispensável para a conveniência da instrução criminal ou para aplicação da lei penal (LENZA; REIS; GONÇALVES, 2020).

Trata-se, portanto, do juízo de necessidade acerca da aplicação da prisão. Já o risco à ordem econômica estará presente quando demonstrado que em liberdade o agente praticará novas infrações que afetem o mercado. A necessidade da prisão por conveniência da instrução criminal existirá quando há indicações concretas de que o agente, caso colocado em liberdade, possa ameaçar testemunhas ou colocar em risco à produção de outras provas. Por fim, a prisão para assegurar a aplicação da lei penal será possível quando demonstrado que o

agente pretende se evadir, não sendo possível sua posterior localização para o cumprimento de eventual pena aplicada. Além da presença do *periculum libertatis*, é indispensável que exista, concomitantemente, o *fumus commissi delicti* para a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2021a).

O *fumus commissi delicti* – composto pelos requisitos prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – consiste em um juízo de probabilidade razoável da ocorrência do crime e sua autoria, não sendo, porém, exigida a certeza acerca de sua prática pelo agente. Ante a necessidade da prova da existência do crime (art. 312, parte final, do CPP), é indispensável que estejam presentes todos os elementos que compõem a estrutura do crime de modo a possibilitar a decretação da prisão preventiva, eis que, caso ausente quaisquer deles, o fato não será criminoso e a prisão preventiva será vedada (NUCCI, 2021a).

Conforme expressa previsão legal (art. 314 do CPP), a prisão preventiva é inadmissível quando evidenciado que o agente praticou a conduta acobertado por causa excludente de ilicitude. A existência de indícios da ocorrência de uma excludente é suficiente para que não seja possível a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2021a).

No mais, rememoram-se os já pacificados entendimentos pelos quais a gravidade abstrata das imputações delitivas não é apta a ensejar a decretação da prisão preventiva (STF, HC 126.003/STF e HC 139.325), bem como ilações e suposições sem respaldo concreto acerca do *periculum libertatis* não são motivos suficientes a embasar a prisão processual (STF, HC 130.803 e HC 143.065).

2.1.3 A Demonstração dos Requisitos da Prisão Preventiva

Deve ser colocada em debate a limitação cognitiva da audiência de custódia e a completa aferição dos requisitos da prisão preventiva, notadamente o *fumus commissi delicti*, que envolve o exame da prova da existência do crime e dos indícios suficientes de autoria. A normativa hoje vigente acerca da audiência de custódia, conforme já salientado, veda a produção de provas a respeito da ocorrência do crime e da participação do preso neste ato ilícito (art. 8º, inc. VIII e § 1º da Resolução 213/2015 do CNJ), evitando-se que o ato processual seja utilizado como uma forma de antecipar o interrogatório do preso (PAIVA, 2018).

Todavia, existem situações que podem ser de interesse da própria Defesa antecipar a discussão sobre o mérito da causa, no intuito de afastar os requisitos da prisão preventiva. Nesse sentido, para a análise do dolo ou culpa do preso, muitas vezes é importante que se discutam aspectos relativos à ocorrência do crime. Exemplificando, não há como ser efetuada a análise do dolo do agente nas prisões decorrentes da prática do crime de tráfico de drogas sem que sejam discutidas a propriedade e a destinação dos entorpecentes. Tal debate é essencial para a conclusão acerca da possibilidade ou não da prisão preventiva: caso os indicativos sejam no sentido de que a droga era destinada ao consumo pessoal, o flagrante deverá ser relaxado e será vedada a prisão preventiva, em virtude da previsão legal estabelecida no art. 48, § 2º, da Lei 11.343/2006.

2.1.4 Discussão do Mérito

Outra questão crucial acerca da discussão do mérito durante a audiência de custódia diz respeito às consequências advindas caso o depoimento do custodiado adentre o mérito de futura ação penal. Já ressaltamos que de acordo com a Resolução 213/2015 do CNJ, audiência de custódia tem a finalidade de analisar as circunstâncias da prisão e a necessidade da prisão preventiva ou aplicação de medida cautelar diversa, evitando-se a discussão acerca do mérito ou questões que sejam utilizadas como prova em eventual ação penal (NUCCI, 2021a).

Todavia, adota-se o posicionamento segundo o qual a Defesa, e somente ela, teria legitimidade para contornar o óbice regulamentar e questionar os fatos ao custodiado, visando afastar a imposição da prisão preventiva. Em sendo assim, é imperiosa a discussão sobre a possibilidade de utilização do depoimento de preso que aborde o mérito durante a audiência de custódia como elemento de prova em eventual ação penal, seja ele dado em virtude de uma iniciativa da Defesa, seja em decorrência de indagações, em nosso ver, equivocadas, do Magistrado ou do membro do Ministério Público (PAIVA, 2018).

EMENTA: HABEAS CORPUS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. CRIME DE DESERÇÃO. PRISÃO CAUTELAR. CONVERSÃO. PGJM. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRISÃO EX LEGE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. MÉRITO.

PRISÃO CAUTELAR. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. JUÍZO DE PERICULOSIDADE. IMPLEMENTO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. SOLTURA. CRIAÇÃO DE REGRA JURÍDICA GENÉRICA. NÃO RAZOABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO POR UNANIMIDADE. Há questões que devem ser examinadas antes, pois a sua solução precede logicamente à de outra. O saudoso processualista Barbosa Moreira considerava que melhor seria a menção a "questões prioritárias", exatamente para que não houvesse dúvida de que a precedência é lógica e não cronológica. A preliminar é uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de determinada questão. É como se fosse um semáforo: acesa a luz verde, permite-se o exame da questão subordinada; caso se acenda a vermelha, o exame torna-se impossibilitado. O cumprimento de liminar satisfativa, de per si, não ocasiona o esvaziamento do objeto da ação originária, no âmbito do STM, porquanto necessita de referendo do Plenário da Corte Castrense, em homenagem ao princípio da colegialidade, sob pena de a liminar adquirir roupagem de verdadeiro julgamento antecipado do mérito. In casu, não há de falar em expiração do prazo de 60 (sessenta) dias, constante do art. 453 do CPPM, fator que poderia ensejar discussão acerca da eventual perda de objeto. Preliminar rejeitada por unanimidade. No momento em que o Juízo converte a segregação cautelar em prisão preventiva, e devidamente a fundamenta, não se impõe prazo para a sua manutenção, desde que presentes os seus pressupostos autorizadores. A melhor exegese doutrinária segue a linha de que a prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, ao passo que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas de periculosidade. Vigê no Ordenamento Jurídico brasileiro o princípio da duração razoável da prisão cautelar, o qual impõe, nessa medida constritiva da liberdade, a observância de prazo razoável, não bastando, para sua manutenção, a presença da estrita tipicidade legal. Quando ficar demonstrada a exigência de manutenção do encarceramento processual, para o crime de deserção, até o recebimento da denúncia, outra exegese não há senão a de que estar-se-ia a criar regra jurídica genérica, obstando a soltura de todo indiciado, sob a espera do implemento da condição de procedibilidade, o que se mostra irrazoável. Concessão da ordem. Decisão por unanimidade (STM - HC: 70000853920217000000, Relator: LEONARDO PUNTEL, Data de Julgamento: 18/03/2021, Data de Publicação: 29/03/2021)

Como visto, se o debate meritório foi provocado pelo Juiz ou pelo Ministério Público, não há margem para dúvidas: os elementos obtidos com as respostas do custodiado são ilícitos (art. 157 do CPP), pois colhidos em violação ao art. 8º, VIII e § 1º da Resolução 213/2015, além de ofenderem o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o sistema acusatório. Ademais, mesmo em relação aos questionamentos de mérito suscitados pela Defesa, não há a possibilidade de utilização em eventual decreto condenatório (LIMA, 2019).

A audiência de custódia, quando decorrente de prisão em flagrante de delito, será realizada imediatamente após o ato construtivo de liberdade, sendo que os elementos informativos existentes quando da realização de tal ato são inquisitórios, produzidos, na quase totalidade das vezes, sem que seja oportunizado o exercício

da ampla defesa e do contraditório. Em sendo assim, quando o preso é questionado acerca de aspectos detalhados da conduta delitiva, ainda nos casos em que a iniciativa parte da Defesa, ele não tem plena ciência de todas as provas produzidas contra si, nem tampouco pôde produzir elementos que viessem a corroborar a versão por ele apresentada.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO *EX LEGE*

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para entender a respeito da (in)constitucionalidade da prisão *ex lege*, primeiro precisamos esclarecer que o instituto se refere aos casos em que a prisão prescinde de análise pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, a prisão *ex lege* é “imposta por força de lei, de maneira que o legislador prevê legalmente a impossibilidade de se conceder liberdade provisória com ou sem fiança para determinada hipótese.” (GOMES, 2011)

Na busca do conceito de liberdade provisória, Renato Brasileiro de Lima nos traz que “A liberdade provisória funciona como medida cautelar que permite ao investigado (ou acusado) permanecer em liberdade durante o curso da persecução penal, desde que cumpra determinados vínculos.” (LIMA, 2016, p.65). Segundo o autor referido, em sua concepção mais atual a respeito da liberdade provisória,

[...] se o juiz verificar a ilegalidade da prisão em flagrante, deverá relaxá-la, o que, no entanto, não impede a decretação da prisão preventiva, desde que presentes seus pressupostos legais. Todavia, caso a prisão em flagrante seja legal, e desde que ausentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva, deverá o juiz conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança. (LIMA, 2020, p.1055)

Na Constituição Federal, a liberdade provisória possui respaldo no artigo 5º, inciso LXVI, onde é expresso “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL, 1988) A liberdade provisória, também trazida no Código de Processo Penal em seu artigo 321, caput, segundo o artigo, deve ser concedida pelo juiz quando ausentes os

requisitos que autorizam a decretação de prisão preventiva, podendo também impor as medidas cautelares previstas no art. 319 do mesmo código. (BRASIL, 1941)

Nesse cenário constitucional, qualquer prisão imposta pela lei, sem análise das peculiaridades do caso concreto, exsurge ilegal.

3.2. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ALTERAÇÕES LEGAIS PROMOVIDAS PELO PACOTE ENTICRIME

A oitiva do preso é fundamental para que o Juiz, mediante o contato pessoal, possa avaliar a regularidade da restrição da liberdade. Com isso, a Autoridade Judiciária colherá dados concretos para fundamentar a manutenção da prisão ou conceder a liberdade provisória.

Sob esse olhar, vale destacar que em um caso em que a própria Constituição determina a inafiançabilidade do tráfico de drogas (artigo 5º, XLIII, CF), crime inclusive equiparado a hediondo (artigo 2º da Lei nº 8.072/90), o Supremo Tribunal Federal julgou desproporcional a prisão ex lege.

Na esteira dessa constatação, com muito mais razão, deve ser considerada inconstitucional a prisão automática do acusado reincidente (artigo 310, §2º, Código de Processo Penal), não podendo ser admitida sem a fundamentação adequada por parte do magistrado.

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. MANTENÇA DE PRISÃO EX LEGE COM ESTEIO NOS ARTIGOS 452 E 453, C/C O ARTIGO 255, TODOS DO CPPM. LIMINAR DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS DO ARTIGO 255 DO DIPLOMA ADJETIVO CASTRENSE. MÉRITO. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. Na prisão obrigatória prevista no artigo 452 do CPPM, o restabelecimento do status libertatis do desertor não está necessariamente condicionado ao exaurimento do lapso temporal de 60 (sessenta) dias citado no artigo 453 do mesmo diploma legal e é razoável que a manutenção da mencionada constrição cautelar ocorra em consonância com os elementos subjetivos elencados no artigo 255 da lei adjetiva castrense, observadas as peculiaridades de cada caso. Precedentes do STF e desta Corte Castrense. Nesse compasso, a simples alegação de não haver transcorrido o prazo de 60 (sessenta) dias previstos no artigo 453 do CPPM e de que o preso por deserção única e reapresentação voluntária tenderia a desertar caso cessasse a custódia, com a consequente perda do status de militar e da condição de

prossequibilidade da ação, não encontra ressonância nesta Corte para justificar a segregação. Argumentos insustentáveis, a emergir o constrangimento ilegal. Ordem concedida por maioria. (STM - HC: 00002051720157000000 MS, Relator: Francisco Joseli Parente Camelo, Data de Julgamento: 15/10/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 12/11/2015 Vol: Veículo: DJE)

Na ocasião, o STF entendeu que a prisão processual *ex lege* do indivíduo que pratica crime de tráfico de drogas constituía “*inequívoca antecipação de pena*” (STF, 2012, p. 6), bem como invertia a regra constitucional que exige a fundamentação dos decretos prisionais (artigo 5º, LXI, CF), pois estabelecia uma presunção de necessidade da prisão, “*afastando a valoração de seu aplicador*” (STF, 2012, p. 11).

Ainda, sobre este particular, vale rememorar que a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) foi reafirmada no julgamento do RE 1.038.925, com repercussão geral. No mesmo sentido, alinhou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 44 DA LEI 11.343/06. INOCORRÊNCIA. PRISÃO EX LEGE. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADI 3.112/DF. MEDIDA EXCEPCIONAL QUE DEMANDA FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 312 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Sexta Turma se posiciona no sentido de que não basta a vedação legal para que seja mantida a prisão processual, pois, tratando-se de medida de caráter excepcional, deve ser imposta ou mantida apenas quando atendidas as exigências do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1105272 PR 2008/0278506-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 10/04/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2012)

A negativa de liberdade em favor do preso em flagrante delito não dispensa a exigência de fundamentação concreta, mesmo sob o signo da hediondez delitiva, como é o caso do tráfico ilícito de drogas, considerado um catalisador de outras ações delituosas, visto que a segregação cautelar é medida excepcional e a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade.

PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ILEGALIDADE DA R. DECISÃO QUE INDEFERIU O

PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 - INADMISSÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO DA PRISÃO EX LEGE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS QUE INSTITUCIONALIZAM A PRISÃO PREVENTIVA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - ORDEM CONCEDIDA. (...) O art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, embora preveja a insuscetibilidade de concessão da liberdade provisória àqueles acusados da prática de tráfico de substância estupefacientes, conflita com a Carta Política de 1988, que não autoriza a prisão ex lege, em razão dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, motivo por que o indeferimento do beneplácito legal não dispensa a demonstração concreta de qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP. Insubsistente a fundamentação a especar a negativa de concessão da liberdade provisória e não evidenciado qualquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, resta configurado o constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus. Ordem concedida. (TJ-MT - HC: 00113295120088110000 MT, Relator: CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, Data de Julgamento: 27/02/2008, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/04/2008)

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS – CRIME DO ARTIGO 155, § 4.º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXCEPCIONAL ANTE A CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – VIABILIDADE - INADMISSÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO DA PRISÃO EX LEGE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DOS REQUISITOS QUE INSTITUCIONALIZAM A PRISÃO PREVENTIVA – INVOCAÇÃO EXCLUSIVA DO FATO DA PACIENTE POSSUIR PROCESSOS EM CURSO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – LIMINAR RATIFICADA - ORDEM CONCEDIDA. - A segregação cautelar é medida excepcional e a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal, constitui condição absoluta de sua validade; - A Carta Política de 1988 não autoriza a prisão “ex lege”, em razão dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. (HC 151244/2013, DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 25/02/2014, Publicado no DJE 03/03/2014) (TJ-MT - HC: 01512444220138110000 151244/2013, Relator: DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO, Data de Julgamento: 25/02/2014, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/03/2014)

Em que pese a sedimentação da jurisprudência nacional sobre a vedação da prisão *ex lege*, a Lei 13.964-2019 (pacote anticrime) parece ter reavivado o instituto na redação do art. 310, §2º, do Código de Processo Penal, muito embora tenha se

incluído a audiência de custódia do expresso no ordenamento jurídico pátrio. Veja-se:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

§1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou 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 obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, **deverá denegar a liberdade provisória**, com ou sem medidas cautelares. (sem grifo no original)

§3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.”

Percebe-se a mudança substancial ocorrida no dispositivo, o qual não mais se limita a tratar da análise do auto de prisão em flagrante e das possibilidades legais de relaxamento, concessão de liberdade provisória ou conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Agora a audiência de custódia é tratada de forma direta e, por eu turno, é aplicada como instrumento de verificação da legalidade da prisão e seus consectários, porém, como apontado, o §2º, veda a liberdade do preso quando este for reincidente ou integrar organização criminosa armada ou milícia.

Conforme já referido, a audiência de custódia, visando apresentar o preso ao juiz, constitui instrumento de controle de legalidade e de verificação da situação do agente quanto à necessidade de manutenção da constrição de sua liberdade.

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. PRISÃO EX LEGE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DISPENSADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS A CAPTURA DO AGENTE. NOVO TÍTULO PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I - O crime de deserção, por sua própria natureza evasiva, mereceu especial atenção do legislador, o qual vedou expressamente a concessão de liberdade provisória, nos termos do art. 270, parágrafo único, alínea b, c/c os arts. 452 e 453, todos do CPPM. II - A referida audiência, em razão de situação fática e devidamente embasada em decisão do Juízo, poderá ser dispensada - art. 5º, § 4º, da Resolução nº 228, de 26.10.2016, do STM. III - A prisão preventiva, decretada posteriormente à captura do agente, nos termos dos arts. 254 e 255, alínea d, ambos do CPPM, perfaz novo título prisional. Este deve satisfazer os requisitos legais e constitucionais para dar suporte à manutenção da custódia do agente. Ordem de Habeas Corpus denegada. Decisão unânime. (STM - HC: 00000590520177000000 RJ, Relator: Marco Antônio de Farias, Data de Julgamento: 11/04/2017, Data de Publicação: Data da Publicação: 28/04/2017 Vol: Veículo: DJE)

E, a prisão preventiva, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, exige a verificação, no caso, de algum dos fundamentos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. ART. 44 DA LEI 11.343/2006 (LEI DE DROGAS). INEXISTÊNCIA DE PRISÃO EX-LEGE. 1. A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, dita no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não é aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por considerá-la incompatível, não se podendo levar em consideração a gravidade objetiva do delito. 2. A prisão preventiva, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, exige a constatação, em concreto, de pelo menos um dos fundamentos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Vale dizer que a prisão somente se legitima com apoio em base empírica idônea, reveladora da efetiva necessidade da constrição do status libertatis do indiciado ou acusado. 3. Gravidade em abstrato do crime não pode ser adotada como fundamento da prisão processual, pois a prisão pelo crime em si, e não para assegurar a realização do processo ou a garantia da utilidade de seus resultados, viola o princípio constitucional da presunção de inocência. 4. Se não for atendido o princípio da necessidade, violado estará o princípio da inocência consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). 5. Ordem de Habeas Corpus concedida. (TRF-1 - HC: 00035776920104010000, Relator: JUIZ TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 23/02/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/03/2010)

A análise de alguns julgados, têm-se mostrou que é admissível a concessão, em tese, da liberdade provisória, mesmo para o crime de tráfico ilícito de drogas.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRISÃO EX LEGE 1. É admissível a concessão, em tese, da liberdade provisória, mesmo para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, desde que verificada, no caso concreto, a ausência da necessidade da manutenção da prisão provisória. 2. Inexistência no sistema penal brasileiro de prisão ex lege. 3. Ordem concedida. Unanimidade. (TJ-MA - HC: 132008 MA, Relator: JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS, Data de Julgamento: 18/03/2008, SAO LUIS)

A oitiva do preso é fundamental para que o Juiz, mediante o contato pessoal, possa avaliar a regularidade da restrição da liberdade. Com isso, a Autoridade Judiciária colherá dados concretos para fundamentar a manutenção da prisão ou conceder a liberdade provisória.

Sob esse olhar, vale destacar que em um caso em que a própria Constituição determina a inafiançabilidade do tráfico de drogas (artigo 5º, XLIII, CF), crime inclusive equiparado a hediondo (artigo 2º da Lei nº 8.072/90), o Supremo Tribunal Federal julgou desproporcional a prisão ex lege.

Na esteira dessa constatação, com muito mais razão, deve ser considerada inconstitucional a prisão automática do acusado reincidente (artigo 310, §2º, Código de Processo Penal), não podendo ser admitida sem a fundamentação adequada por parte do magistrado.

3.3. PRISÃO ILEGAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A prisão ilegal é aquela decretada sem fundamento legal ou com inobservância das formalidades exigidas em lei. Os casos mais comuns de prisão ilegal são as decretadas por autoridade incompetente, a por erro judicial e a por excesso de prisão (prisão além do cumprimento da pena). Trata-se aqui de responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes.

Segundo o que dispõe o § 6º do art. 37 da CF, fica a administração pública objetivamente responsável pelos atos de seus agentes que, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurando-se lhes o direito de regresso contra os responsáveis em caso de dolo ou culpa. O CPP, ao versar sobre a revisão criminal, dispõe que o Tribunal, ao julgá-la procedente, poderá alterar a classificação do delito, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo (DEMERCIAN e MALULY, 2009, p.51).

E em seu art. 630 assim dispõe: Art. 630. O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

É de se observar, todavia, que não cabe indenização àquele acusado que tem sua prisão processual cautelar (temporária ou preventiva) decretada e que posteriormente vem a ser absolvido, por exemplo, por insuficiência de provas. É que neste caso havia fundadas razões para a imposição de privação de liberdade do réu. Aqui observa-se a tensão entre dois princípios constitucionais, o da presunção de inocência e o da eficaz persecução da prática delitiva.

O fundamento da responsabilidade objetiva estatal reside na natureza da atividade administrativa, que se desenvolve em benefício de todos, exigindo-se na hipótese de eventual dano aos administrados uma verdadeira espécie de solidarização do risco.

0009513-17.2011.8.19.0029 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA 1ª Ementa Des(a). RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 09/05/2018 - TERCEIRA CÂMARA CÍVELAPELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA FULCRADA ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRISÃO ILEGAL. PRETENSÃO EXECUTÓRIA PRESCRITA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. MANDADO DE PRISÃO NÃO RECOLHIDO QUE PROVOCOU A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DO DEMANDANTE POR 62 DIAS. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA COMPENSATÓRIA RAZOAVELMENTE FIXADA. MANUTENÇÃO SENTENÇA. (...) A quantificação da indenização devida a título de compensação por danos morais deve considerar a gravidade da lesão, sendo, portanto, o valor compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado, na perspectiva de restaurar o interesse violado, obedecendo ainda razoabilidade, proporcionalidade, equidade e justiça, atendendo as funções punitiva, pedagógica e compensatória. In casu, a despeito da manifestação do Parquet pela redução, mostra-se razoável a manutenção do quantum compensatório em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), considerando não só a flagrante ilegalidade da prisão, seja em razão do regime prisional inicialmente fixado, seja, por óbvio, em razão da prescrição, mas também a longa duração da privação da liberdade do autor. Recurso desprovido.

Assim leciona Demercian e Maluly (2009) que a privação cautelar da liberdade é admissível em caráter provisório e segundo o critério da estrita necessidade, devendo concorrer os pressupostos de qualquer medida cautelar, a saber: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

0005388-45.2015.8.19.0003 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA 1ª Ementa Des(a). ANDRE EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH - Julgamento: 10/04/2018 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. Demandante condenado em primeiro grau de juízo criminal ao cumprimento de pena reclusiva no regime fechado. Punição minorada em segundo grau, com a diminuição da pena e substituição do cárcere por penas restritivas de direitos. Demandante que permaneceu aprisionado sob título cautelar até o julgamento de seu recurso, perfazendo um período de segregação até superior à pena definitiva. Detração. Extinção da punibilidade. Falha de processamento no juízo criminal. Decisão convertendo a pena restritiva de direitos em reclusão, anos depois. Detração não computada. Autor aprisionado novamente após a extinção da punibilidade. Procedência do pedido indenizatório. Condenação do Estado ao pagamento de verba compensatória no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Apelos de ambas as partes. Recurso do Estado. Pretensão de reforma total do julgado. Demandante contemplado, em segundo grau de jurisdição penal, com a reforma do julgado para reduzir a sentença e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos. Nesse contexto, o demandante deixou de atualizar seu endereço perante o juízo, o que constituiu a causa eficiente do decreto prisional. Conduta própria do demandante, o que elide qualquer nexo de causalidade hábil para estabelecer, para o Estado, o dever de indenizar. Recurso do autor. Argumentos prejudicados. Reversão da sucumbência. PROVIMENTO DO RECURSO DO ESTADO. DESPROVIMENTO DO APELO DO AUTOR

O art. 1.550 do CC/1916 dispunha que a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistiria em pagamento de perdas e danos que sobreviessem ao ofendido, e no pagamento de uma soma calculada sobre o dobro do grau máximo da multa criminal cominada à conduta. Daí já se pode observar que, no tocante às perdas e danos, tratava-se de indenização de dano material e reparação por dano moral, tendo como parâmetro a multa penal nos mesmos moldes daquelas então cominadas aos delitos de injúria ou calúnia (GABURRI, 2018).

421605-41.2014.8.19.0001 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS - Julgamento: 31/01/2018 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO CIVIL INDEVIDA. DANO MORAL. Recebimento de voz de prisão em delegacia policial. Ordem prisional fundada na decretação de prisão preventiva, há muito revogada. Extinção da punibilidade já reconhecida por sentença. Ordem prisional expedida por erro judiciário. Privação infundada da liberdade. Grave conduta ensejadora de violação à dignidade do autor. Acautelamento ilegal pelo período de dois dias. Pretensão recursal restrita ao patamar da indenização por dano moral. Sua majoração, a fim de conformá-lo com a extensão do dano suportado. Fixação da verba em montante compatível com a relevância do bem jurídico violado e a repercussão na esfera jurídica do ofendido. Alegação de abusos físicos e psicológicos sofridos no período de acautelamento. Fatos não deduzidos na inicial. Impossibilidade de inovação da causa de pedir nesta sede, em face do princípio da estabilização objetiva da demanda (art. 264, do CPC de 1973). Observância dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Recurso provido.

A jurisprudência tem assim decidido:

0000423-47.2013.8.19.0018 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 06/12/2017 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PRETENSÃO OBJETIVANDO O PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO INDEVIDA. NÃO RECOLHIMENTO DOS MANDADOS DE PRISÃO ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, COM A CONDENAÇÃO DO ESTADO EM DANO MÓRAL. RECURSO DE AMBOS OS DEMANDANTES. 1. Apelo do Autor interposto antes da decisão dos embargos de declaração. Ausência de ratificação. Intempestividade. Inteligência da Súmula n 418, do C. STJ. Apelo prepostero. Acolhimento da preliminar suscitada pelo Réu. Recurso do Autor que não se conhece. 2. A hipótese é de responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, consubstanciado no não recolhimento dos mandados de prisão, o que culminou na prisão indevida do autor. Portanto, é indubitável que a indenização por danos morais é devida. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Conduta, dano e nexos de causalidade devidamente comprovados. Dever de indenizar decorrente do defeito do serviço público (faute du service). Inteligência do art. 9º e inciso nº 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Danos morais, na forma do art. 5º, LXXV, da CF. 3. Valor da indenização que considerou o tempo de permanência no cárcere, além da repercussão e da intensidade do dano causado pela manutenção da prisão ilegal na vida do autor. 4. Nas condenações não tributárias impostas à Fazenda Pública, juros de mora e correção monetária são contados como disposto no art. 1.º-F, da Lei 9.494/97, consoante modulação dos efeitos do julgamento das ADI's 4.357/DF e 4.425/DF. 5. Recurso do réu a que se nega provimento.

Segundo o disposto no art. 1.551 do CC/1916, consideravam-se como atos ofensivos à liberdade pessoal o cárcere privado, a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e a prisão ilegal. Mas aquele rol não era taxativo, daí por que, sempre que algum ato atentatório à liberdade pessoal de outrem fosse praticado, surgiria o dever de indenizar com fundamento nos princípios gerais de reparação, então constantes do art. 159 daquele Código (GABURRI, 2018).

'HABEAS CORPUS' - PRISÃO EM FLAGRANTE - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - LIBERDADE PROVISÓRIA - VEDAÇÃO - ART. 44, DA LEI N.º 11.343/2006 - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - ANÁLISE TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA - NECESSIDADE. 1. O fato de tratar-se de crime hediondo, ou de ter a Lei 11.343/2006, em seu art. 44, vedado a liberdade provisória aos delitos previstos nos arts. 33, § 1.º, e 34 a 37, por si só, não obsta a concessão da liberdade provisória aos acusados por esses delitos, já que a Constituição Federal não permite a prisão 'ex lege', por violação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, sendo, portanto, imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do artigo 312 do CPP, pois a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção. 2. Ordem

concedida, com expedição de alvará de soltura clausulado.(TJ-MG - HC: 10000100602309000 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 16/11/2010, Câmaras Criminais Isoladas / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/03/2011)

De maneira análoga, assim prevê o art. 954 do CC/2002: Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente (GABURRI, 2018).

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE ERROS EM INQUÉRITO POLICIAL E TERMO CIRCUNSTANCIADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636 DO STF. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. TEMA 339. AI 791.292. TEMA 660. ARE 748.371. TEMA 880. ARE 945.271. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APLICAÇÃO DE PRECEDENTES DESTA CORTE PROFERIDOS NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO CONHECIDO, NESSA PARTE. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTETÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (STF - ED-AgR ARE: 1067117 SC - SANTA CATARINA 0001173-43.2008.8.24.0064, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/09/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-219 15-10-2018)

O parágrafo único do art. 953, a que o art. 954 se refere, trata da indenização por injúria, difamação ou calúnia, e preceitua que, na impossibilidade de o ofendido provar ter sofrido dano material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Ao contrário do que uma apressada leitura dos dispositivos acima invocados poderia deixar transparecer, e como já se frisou em outras oportunidades, é perfeitamente possível a cumulação de dano material com moral, em caso de ofensa à liberdade pessoal (GABURRI, 2018).

O parágrafo único do art. 954 do CC, sem esgotar as possibilidades, assim elenca as hipóteses de ofensa à liberdade pessoal: Art. 954 [...] Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III – a prisão ilegal (GABURRI, 2018).

CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos afirmar que: (i) é necessário interpretar o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal em consonância com o instituto da prisão preventiva e não como modalidade de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante. Daí se tem que (ii) a reincidência, pela letra fria da lei, geraria uma presunção absoluta de *periculum libertatis*, culminando na prisão *ex lege*, o que se mostra (iii) manifestamente inconstitucional, haja vista que é vedada a prisão sem fundamentação idônea e concreta, sob pena de se ferir de morte os princípios da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), bem como da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Por fim, observa-se que (iv) a reincidência possui forte apego ao denominado Direito Penal do autor, em frontal oposição ao Direito Penal do fato, o que culmina em violação aos princípios da legalidade e do *ne bis in idem*.

Se a responsabilidade por ação estatal evoluiu da culpa anônima para a teoria objetiva, com base no risco administrativo, a responsabilidade por omissão ainda é encarada sob a ótica da teoria subjetiva, baseada na culpa anônima. No texto do art. 37, § 6º, da CF/1988, não há nenhuma referência à responsabilidade do Estado por omissão. A jurisprudência firmou entendimento no sentido de ser subjetiva a responsabilidade do Estado em caso de falha ou mau funcionamento do serviço público trata-se da já estudada teoria da culpa anônima.

Tendo assinalado em sua própria rubrica (Lei 13.964/2019), em tom pretensioso e pouco usual, que a lei “aperfeiçoa a legislação penal e processual”, diversas normas foram incluídas no Código de Processo Penal, no Código Penal e em leis esparsas. No que tange às disposições legais que regem o tema “juiz das garantias”, percebe-se claramente a intenção da lei em aniquilar, de vez, a ativa participação do juiz penal no campo da persecução penal, em sua fase investigatória. Cumpre assinalar, embora seja repetitivo, que o novo instituto do “juiz das garantias” é composto de normas que tiveram a sua eficácia suspensa.

Com a inclusão do Juiz das Garantias, irá surgir casos sem instrução e julgamento finalizados, o direito (ampliação das garantias) de ser julgado por um

Juiz imparcial (objetiva, subjetiva e cognitivamente). Sendo assim, não haverá um direito processual adquirido ao Juiz contaminado. Logo, será preciso sanear todos os processos em tramitação, demonstrando claramente assim a inaplicabilidade dessa figura jurídica e a crença que ela se torne apenas figurativa.

Não se justifica a aplicação dessa figura, diante da possibilidade de revisão criminal que tem princípios constitucionais que autorizam a revisão da coisa julgada material, por meio da Ação de Revisão, quando houver inobservância a esses Princípios, sendo eles o Princípio do devido Processo legal, da Ampla defesa e Contraditório e do Duplo grau de Jurisdição.

O Princípio do Devido Processo Legal é a base sobre a qual repousam todos os demais direitos fundamentais, visto que, a luz deste princípio constitucional deve-se respeitar todas as formalidades previstas em lei para que se possa privar alguém de sua liberdade ou para privá-lo de seus bens.

No que diz aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, pode-se dizer que estes são garantias dadas ao réu no que diz a possibilidade de defender-se e contraditar a acusação imposta a si, com condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos que julgar esclarecer a verdade dos fatos, sendo defeso a ele omitir-se ou calar-se quando julgar necessário sem prejuízo a si.

Preleciona o primeiro que na omissão, o Estado não causa o dano, mas tão somente o enseja. Explica que, se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. E, não sendo o autor, o Estado só pode ser responsabilizado se tiver o dever de impedir sua ocorrência. Assim sendo, o interessado deverá demonstrar que o Estado descumpriu dever legal de evitar o evento lesivo. Inexistindo esse dever de evitá-lo, o Estado não poderia ser responsabilizado.

Logo, a responsabilidade por omissão derivaria de um comportamento ilícito. Sendo ilícito o comportamento, a responsabilidade, segundo aquele autor, só poderia ser subjetiva, havendo que se demonstrar a intenção (dolo) ou a negligência, imperícia ou imprudência (culpa) do Estado. Conclui-se que a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, é o principal na doutrina e na jurisprudência e deve ser o seguido em provas objetivas.

A prisão “ex-lege” não é mais admitida no ordenamento jurídico. A maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 no tange a proibição da liberdade provisória foi julgada inconstitucional. Em que pese o julgamento estar relacionado ao crime de tráfico de

drogas, os ministros sinalizaram pela não admissibilidade de qualquer legislação que veda a concessão de liberdade sem que o juiz possa examinar o caso concreto.

Com isso fica proibida qualquer prisão obrigatória por lei. Não deve o legislador estabelecer regras que ofendam a liberdade de convicção jurídica das autoridades judiciárias. Agora, a prisão preventiva poderá ser decretada ou não nos crimes de tráfico de drogas, ficando a critério da análise jurídica do julgador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, M. F. **Juiz das Garantias**. 1^{aa}edição ed. [s.l.] Juruá Editora, 2019.
- BARROS, R. P. DE C. **Processo Penal Cautelar**. 2^a edição ed. [s.l.] Gazeta Jurídica, 2016.
- BOBBIO, N. N. **A Era dos Direitos**. 2^a edição ed. São Paulo: GEN LTC, 2004.
- BRASIL. **Presidência da República. Constituição Federal de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 21 de set. 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Código de processo penal comentado** / Fernando Capez, Rodrigo Colnago. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CNJ. **Amapá avança nos preparativos para instalar audiências de custódiaPortal CNJ**, 11 set. 2015b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/amapa-avanca-nos-preparativos-para-instalar-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 20 maio. 2021
- CNJ. **Judiciário do Amapá celebra consolidação da Audiência de Custódia no país**. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/236503742/judiciario-do-amapa-celebra-consolidacao-da-audiencia-de-custodia-no-pais>>. Acesso em: 20 maio. 2021a.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direito Fundamentais**. 6^a edição ed. [s.l.] Revista dos Tribunais, 2018.
- FILHO, M. G. F. **Direitos humanos fundamentais - 15^a edição de 2016**. 15^a edição ed. [s.l.] Saraiva Jur, 2016.
- GIACOMOLLI, N. J. **O Devido Processo Penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 1^a edição ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por prisão “ex lege”? **Jusbrasil**, 2011. Disponível em: . Acesso em: 22 de set. 2020.
- GONÇALVES, F. D. DE M. **Audiência de Custódia - Desafios de sua Implantação no Brasil**. 1^a edição ed. [s.l.] Juruá Editora, 2019.
- GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio: uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 10^a edição ed. [s.l.] Impetus, 2017a.

GRECO, R. **Sistema Prisional - Colapso atual e soluções alternativas**. 4ª edição ed. [s.l.] Impetus, 2017b.

GRINOVER, A. P. **A Marcha Do Processo**. 1ª edição ed. [s.l.] Forense Universitária, 2006.

LENZA, P. **Direito Processual Penal - Coleção Esquematizado**. 4ª edição ed. [s.l.] Saraiva, 2015.

LENZA, P.; REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Esquematizado - Direito processual penal**. 9ª edição ed. [s.l.] Saraiva Jur, 2020.

LIMA, A. J. A. V. Responsabilidade do Estado. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 23, n. 02, abr. 2016.

LIMA, R. B. D. **Manual De Processo Penal - Volume Único - 9ª Edição**. [s.l.] JusPodivm, 2019.

LIMA, R. B. DE. **Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência E Prática**. 3ª edição ed. [s.l.] Juspodivm, 2014.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8ª edição ed. [s.l.] Atlas, 2019.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. - 3. ed. atual. de acordo com a Lei n. 13869/2019, Lei de Abuso de Autoridade. São Paulo: Almedina, 2020.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal / Edilson Mougénot**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, G. DE S. **Código de Processo Penal Comentado**. 20ª edição ed. [s.l.] Editora Forense, 2021a.

NUCCI, G. DE S. **Código Penal Comentado**. 21ª edição ed. [s.l.] Editora Forense, 2021b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. - 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

NUCCI, N. A. G. A construção de uma vida e de seu fim. **O Mundo da saúde**, v. 36, n. 1, p. 59–64, 30 mar. 2012.

PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 11ª edição ed. [s.l.] Atlas, 2019.

PAIVA, C. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo, SP: Kindle Editor, 2018.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 28ª edição ed. [s.l.] Atlas, 2020.

SANTOS, J. C. DOS. **Direito Penal - Parte Geral, 9ª Edição**. 9ª edição ed. [s.l.] Tirant Lo Blanch Brasil, 2020.

SILVA, M. A. M.; COSTA, J. DE F. **Direito Penal Especial, Processo Penal E Direitos Fundamentais**. 1ª edição ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUZA, S. R. DE. **Prova Penal e Tecnologia**. 1ª edição ed. [s.l.] Juruá Editora, 2020.