

Existe liberdade não provisória?

17/11/2020

Neste artigo, pretendemos alertar sobre uma prática comum, porém equivocada, nas audiências de custódias brasileiras: o acoplamento imediato de medidas cautelares diversas da prisão, todas as vezes em que o juiz reconhece que não há necessidade de decretar a prisão preventiva.

Para se ter uma dimensão empírica do tema, cita-se a recente pesquisa publicada pelo IDDD onde, após a análise de dados colhidos em 392 audiências de custódia no Rio de Janeiro observadas entre setembro e dezembro de 2018, foi constatado que em apenas um caso houve deferimento de liberdade desvinculada de qualquer medida cautelar^[1].



Ao tentar compreender essa prática, a questão jurídica subjacente

nos pareceu simples, razão que nos faz pensar que talvez ela seja decorrente mais do populismo penal que permeia o sistema de justiça criminal aliado a uma leitura das medidas cautelares radicada em um sistema ultrapassado do que de uma incompreensão propriamente dita da legislação processual penal.

Como se sabe, conforme o artigo 310 do CPP, ao receber um auto de prisão em flagrante o magistrado deverá, em 24 horas, exercer um juízo bifronte sobre a prisão: analisar o "passado" para concluir pela (i)legalidade da prisão e, superada essa fase, avançar para a análise do "futuro", ou seja, sobre a necessidade da conversão da medida pré-cautelar em medida cautelar (prisão preventiva ou medidas cautelares diversas da prisão). Existe ainda uma terceira via que hoje parece um verdadeiro estranho no ninho: a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por que estranho? Porque até o advento da Lei nº 12.403/2011, vigorava uma situação esdrúxula que justificava o reconhecimento de uma natureza jurídica à liberdade provisória que hoje não existe mais. A prisão em flagrante travestia-se de medida cautelar, prolongando-se no tempo mesmo diante da inexistência de uma decisão judicial sobre a necessidade da privação pré-processual de liberdade. À pseudo-cautelaridade da prisão em flagrante contrapunha-se a liberdade provisória, com ou sem fiança, como medida de contra-cautela, vinculando o autuado ao processo por meio de um ônus financeiro ou outras condições como forma de compensar sua liberdade. Assim, a liberdade era provisória não porque limitada no tempo, mas porque atrelada a condições que, se descumpridas, justificavam o retorno do autuado ao cárcere.

Ocorre que, com a reforma produzida pela Lei 12.403/2011, o CPP passou a prever a já referida necessidade de prolação de uma decisão judicial acerca do *status libertatis* da pessoa presa em flagrante no prazo de 24 horas, retirando da prisão em flagrante sua característica de medida cautelar. Hoje a prisão em flagrante é largamente considerada uma medida pré-cautelar, existente e válida juridicamente apenas enquanto não for proferida uma decisão pela autoridade competente[2].

Assim, apesar do CPP ter mantido a Liberdade Provisória separada das demais medidas cautelares, o fato é que não faz mais sentido tratá-la como medida de contra-cautela. Ora, se a prisão em flagrante perdeu sua característica cautelar e a Liberdade Provisória só pode ser concedida pelo Juiz, que deverá ser analisada juntamente com a adequação e necessidade das demais cautelares, onde está a natureza de contra-cautela?[3] A Liberdade Provisória, portanto, tal como se encontra nos arts. 321 e seguintes do CPP, deve ser lida como mais uma medida cautelar[4], já que, apesar de 'liberar' o autuado, impõe condições à liberdade, podendo ser revogada ou substituída por outras medidas cautelares em caso de descumprimento (CPP, artigo 282, §4º).

Nesse contexto, a pergunta que fazemos — se existe liberdade desvinculada de compromissos processuais — não encontra resposta na Liberdade Provisória. Uma vez que esta, tal como prevista, será sempre vinculada a alguma condição. O que procuramos com a presente investigação é saber se ainda existe alguma forma de liberdade desvinculada do cumprimento de condições.

Antes da reforma havia tal forma de liberdade durante o processo estabelecida no artigo 321 do CPP, concedida aos conduzidos "que se livrassem soltos", isto é, aos não reincidentes cuja infração não possuísse pena privativa de liberdade ou, se possuísse, não ultrapassasse 03 meses. Nesses casos, o autuado era liberado sem que houvesse a necessidade de imposição de qualquer condição. Era, afinal, verdadeira liberdade. Com a reforma, no entanto, não sobrou previsão expressa sobre a essa liberdade desvinculada. O artigo 310, §1, do CPP, por exemplo, mesmo diante do reconhecimento antecipado de uma excludente de ilicitude, impõe comparecimento obrigatório a todos os atos processuais sob pena de revogação da liberdade. É mais branda que uma fiança, mas continua sendo uma condição que, se descumprida, permite a conversão da medida em uma cautelar mais gravosa. Igualmente, mesmo nos casos onde há dispensa do pagamento da fiança nos termos do artigo 350 do CPP, o autuado ficará sujeito às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do CPP e a outras medidas cautelares.

Contudo, o que muitos parecem esquecer é que a própria natureza e finalidade das medidas cautelares exige para sua imposição um substrato fático e fundamentação concreta no risco que a liberdade do autuado pode apresentar. Não é porque uma medida impacta a liberdade do autuado de forma menos intensa que pode ser usada indiscriminadamente. Toda medida cautelar — e aqui incluímos a liberdade provisória — deve ser justificada, seja por uma finalidade estritamente cautelar (garantia do resultado útil do processo), seja pela admissibilidade da finalidade preventiva de novos delitos.

Assim, existe, sim, liberdade não provisória. É aquela que decorre da inexistência dos pressupostos para imposição de uma medida cautelar.

Vejam. Se, diante de uma prisão em flagrante, o juiz vislumbra *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, cabe-lhe aplicar a medida cautelar suficiente ou adequada para a sua finalidade. Se, por outro lado, a liberdade do autuado não apresentar qualquer risco — sim, essa possibilidade existe —, qual a justificativa normativa para se impor restrições à liberdade da pessoa antes da prolação da sentença?

Assim, a resposta judicial à prisão em flagrante terá como fonte um espectro de medidas. Seu ponto de partida, no entanto, não será a liberdade provisória, mas a ausência de necessidade de restrições à liberdade, caminhando gradativamente até a necessidade da prisão, que será decretada apenas na hipótese das outras medidas não serem suficientes ou adequadas (CPP, artigo 282, §6). É o que Franco Cordero chama de '*progressividade aflitiva*' das medidas cautelares[5].

Trata-se de uma construção teórica razoavelmente simples, mas, como sempre, é deturpada na prática da justiça penal. Na saga de provar à mídia e à sociedade — nessa ordem — que o Judiciário não é leniente com a criminalidade, os magistrados costumam carimbar todos que passam pelas Audiências de Custódia com, no mínimo, alguma medida cautelar Além da Liberdade Provisória. Afinal, diriam eles, se a pessoa foi trazida a Juízo porque foi presa em flagrante, algo deve ser feito, sob pena de se comunicar impunidade.

É interessante perceber que na cultura do grande encarceramento e do desapego aos direitos fundamentais, a prisão preventiva é vista como regra[6], consequência natural de uma prisão em flagrante, o que faz muitos julgadores e julgadoras acreditarem que estão concedendo uma "chance" ao autuado ao converter a prisão em flagrante em medida cautelar alternativa. Um verdadeiro favor. Aliás, os verbos utilizados pela legislação caminham no mesmo sentido. Enquanto se 'decreta' a prisão preventiva e se 'aplicam' medidas cautelares, a liberdade é 'concedida'.

Não estamos defendendo a impossibilidade de aplicação de cautelares. O nosso objetivo é tão somente lembrar que a restrição da liberdade do autuado antes da prolação de uma sentença, por mais branda que seja, não é uma consequência necessária da prisão em flagrante, e sim do reconhecimento do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*[7]. Assim, a regra deveria ser a concessão de liberdade desvinculada de condições e, apenas diante do risco, fixada uma medida cautelar.

A bem da verdade, no cotidiano judicial brasileiro, sempre vigorou uma verdadeira banalização das prisões cautelares, aplicadas muitas vezes com cariz de pena antecipada, para suprir a ineficiência estatal no seu papel de garantir a segurança pública da sociedade e combater a criminalidade. Hoje, paralelamente à banalização das prisões preventivas, vemos a vulgarização das medidas cautelares diversas da prisão.

Indo além, cabe lembrar que, não raro, juízes decretam prisão preventiva e não explicitam o porquê de não serem suficientes as cautelares diversas da prisão. Prova disso é que Pacote Anticrime reconheceu a necessidade de prever expressamente no §6º do artigo 282 do CPP o que já era exigível por ser uma decorrência lógica dos 'direitos processuais fundamentais'[8]: que o juiz fundamente, com elementos do caso concreto, a real necessidade da prisão e das

medidas cautelares diversas, fustigando de nulidade a decisão que não atender a essa exigência (art. 564, V, do CPP).

A respeito, preciosas são as lições de Nereu Giacomolli:

"Uma das graves crises do processo penal é a falta de fundamentação das prisões processuais e, dentro delas, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva... Assim, mesmo quando o auto de prisão em flagrante for homologado, com a satisfação de todos os requisitos legais genéricos e específicos, a prisão ainda não está fundamentada"[9].

Ora, se prisões ilegais e desnecessárias são decretadas, quiçá as cautelares alternativas. Assim, uma vez reconhecida a natureza cautelar da liberdade provisória, é importante lembrar que, também ela, exigirá fundamentação concreta para sua aplicação ou a preferência por cautelares mais gravosa (em especial a prisão).

Por fim, e por excesso de zelo, é preciso que se diga que o juiz também não pode, de ofício, decretar medidas cautelares diversas da prisão. Tal exigência é decorrente da adoção do sistema acusatório no ordenamento penal brasileiro, reforçado, inclusive, por mudanças importantes implementadas pelo Pacote Anticrime, como a nova redação do artigo 282, parágrafo 2º, do CPP, que é expresso em estabelecer que tais medidas restritivas de direito precisam de requerimento das partes para serem implementadas.

Em arremate, concluímos: a regra deve ser a liberdade sem vinculações. Presentes o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, a decretação de qualquer medida cautelar está sujeita a prévio pedido das partes, sob pena de violação do sistema acusatório, e à demonstração da adequação, necessidade e proporcionalidade da restrição da liberdade. De outro lado, ausentes os requisitos autorizados da prisão preventiva, o juiz não pode decretar, ainda que haja pedido do Estado-acusação, medidas cautelares diversas da prisão, pois estar-se-ia infligindo o princípio da presunção de inocência enquanto norma de tratamento.

As decretações de medidas cautelares fora dos permissivos legais contrariam até mesmo a *ratio essendi* da audiência de custódia, que deve servir como filtro para evitar restrições desnecessárias ao direito de liberdade do autuado.

Ademais, é de suma importância pontuar que os preceitos constitucionais alocados em um Estado Democrático de Direito precisam ser arraigados na mentalidade dos juristas. Pouca serventia tem o reconhecimento do sistema acusatório ou princípio da presunção de inocência, se a cultura dominante propugna por um Estado Penal repressivo onde os "criminosos" devem ser alvo de uma árdua persecução penal em defesa da sociedade, admitindo-se que os ranços inquisitórios permeiem a práxis da justiça penal.

Outrossim, os magistrados precisam, ainda que disso resulte fortes críticas da mídia e da sociedade, exercer o seu papel contramajoritário, e garantir direitos fundamentais dos grupos vulneráveis. Como ensina Alexandre Moraes da Rosa: "*Cabe aos operadores nacionais do Direito lutar pela implementação da audiência de custódia em patamares democráticos, convencendo parcela da magistratura da relevância do ato*"[10].

Referências

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020, p. 490.

Infopen (2017). Levantamento nacional de informações penitenciárias – Atualização: Junho 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

[1] https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/11/prisacc83o-como-regra_final.pdf

[2] Em mais uma das medidas de reforço ao sistema acusatório que foram suspensas pela famosa liminar Fux, o §4º do Art. 310 do CPP estabelecia que, se transcorridas 24 horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** (24 horas após a prisão em flagrante), a não realização de audiência de custódia ensejaria a ilegalidade da prisão.

[3] Ao que tudo indica, a única característica de contra-cautela que lhe resta é a impossibilidade de ser decretada fora dos casos de prisão em flagrante. Ainda assim, o reconhecimento dessa característica parece depender do reconhecimento da prisão em flagrante como medida cautelar, o que foi superado.

[4] Não descuramos que muitos doutrinadores seguem reconhecendo a natureza de medida de contra-cautela. Apenas não concordamos.

[5] APUD, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. Cit. p.1005

[6] Prova disso é que mesmo após a reforma, o percentual de presos cautelares não apenas não diminuiu, como efetivamente aumentou mais de 20% entre 2011 e 2016 (INFOPEN, 2017)

[7] Recorremos à lição de Gustavo Badaró, para quem, se não houver necessidade de proteção da investigação ou instrução (cautela instrumental) ou de assegurar a aplicação da lei penal (cautela final), ou de evitar a reiteração criminosa, nenhuma medida cautelar poderá ser imposta. (Op. Cit. p. 1005)

[8] Expressão de J. J. Gomes Canotilho colhida em sua obra **Direito Constitucional e teoria da Constituição** (p.446).

[9] Op. Cit., p. 259-260.



[10] **Op.Cit.** p. 490.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-nov-17/tribuna-defensoria-existe-liberdade-nao-provisoria/>