

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CIÊNCIAS CRIMINAIS

YANNA RAISSA BRITO COUTO DA SILVA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA
TRIVIALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS.**

SALVADOR- BA
2018

YANNA RAISSA BRITO COUTO DA SILVA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA TRIVIALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS.

Monografia da Especialização submetida a Faculdade Baiana de Direito como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Grau de Especialização em Ciências Criminais.

Professor Orientador: Pablo Domingues.

SALVADOR- BA
2018

A Deus, sempre e por tudo. A seu Filho Jesus Cristo, a luz do mundo, que com suas palavras e exemplos legou o mais sublime códigos de condutas que a humanidade já conheceu.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me concedido a vida e a capacidade de superar as dificuldades.
A Nossa Senhora por ter me acolhido em Seus braços como filha, intercedendo em todos os momentos.

A família pelo estímulo, em especial a minha bisavó Odília (in memoriam), pelo exemplo de vida. A minha avó Áurea (in memoriam), pelo carinho e por ter me encorajado a ir em busca dos meus sonhos.

A minha mãe, Geonete, por todo amor, dedicação e amparo no transcorrer desse percurso. Ao meu pai, Jorge, pela compreensão e por ter me ensinado a ser forte diante das dificuldades.

Ao meu irmão Álvaro Matheus, pelo apoio e estímulo nessa jornada. Ao meu namorado, Daniel, por todo carinho, paciência e torcida pelo meu sucesso profissional.

Ao meu orientador, pelo incentivo, aprendizado e por toda confiança depositada. Aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas e pelos ensinamentos que levarei para sempre.

Aos meus amigos e colegas de classe pelos momentos inesquecíveis.
A todos que colaboram direta ou indiretamente para a concretização desse sonho.
Muito obrigado!

“Algumas pessoas marcam a nossa vida para sempre, umas porque nos vão ajudando na construção, outras porque nos apresentam projetos de sonho e outras ainda porque nos desafiam a construí-los”.

(Autor Desconhecido)

Dentre elas, a pobreza do preso é, sem dúvida, a que menos parece exigir compaixão. Como o leproso, o preso nos causa repugnância. Sua pobreza comparada à do pobre ou à do enfermo é imperceptível; ninguém chama um preso de pobre à primeira vista. Tudo muda, porém, quando, observado mais de perto, nele se descobre um pobre ao extremo, profundamente necessitado. Esta é a descoberta fundamental que a experiência penal propicia, para a nossa salvação. Por ela descobrimos as raízes da pobreza, da compaixão e da caridade.

Francesco Carnelutti.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade discutir a Audiência de Custódia como um possível mecanismo de redução ou até mesmo resolução do problema de encarceramento em massa, advindo da banalização das prisões provisórias. Primeiramente, mostrar-se-á a contextualização atual das prisões cautelares no sistema processual penal e as suas respectivas modalidades. Posteriormente, discutiram-se as medidas cautelares alternativas a prisão provisória, previstas na Lei n. 12.403/2011. Em um segundo momento, verificou-se a implementação da audiência de custódia e os seus possíveis obstáculos em relação à efetivação do referido instituto. Para o desenvolvimento do mesmo, foram utilizados dados oficiais que demonstrassem como se tem ocorrido o aprisionamento cautelar no sistema judicial brasileiro, conforme sua respectiva previsão legal; além do levantamento literário acerca da temática proposta.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Prisões Provisórias. Superlotação Carcerária.

ABSTRACT

The purpose of this work is to discuss the custody hearing as a possible mechanism for reducing or even solving the problem of mass incarceration, resulting from the trivialization of the provisional prisons. Firstly, it will be shown the current contextualization of the precautionary prisons in the penal procedural system and their respective modalities. Subsequently, the precautionary measures alternative to provisional arrest, provided for in Law 12.403/2011. In a second moment, the implementation of the custody hearing and its possible obstacles were verified in relation to the accomplishment of said institute. For the development of the same official data were used that demonstrated how the prisoner has been arrested in the Brazilian judicial system, according to its respective legal prediction; besides the literary survey about the proposed theme.

Keywords: Custody Hearing. Provisional Prisons. Prison Overcrowding.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADEPOL- Brasil- Associação dos Delegados de Polícia do Brasil.

ADI- Ação Direita de Inconstitucionalidade.

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ANAMAGES- Associação Nacional dos Magistrados Estaduais.

APF- Auto de Prisão em Flagrante.

CADH- Convenção Americana de Direitos Humanos.

CF/88- Constituição Federal de 1988.

CIDH- Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CNJ- Conselho Nacional de Justiça.

CP- Código Penal.

CPP- Código de Processo Penal.

DPE- Defensoria Pública do Estado.

ECA- Estatuto da Criança e Adolescente.

HC- *Habeas Corpus*.

IDH- Índice de Desenvolvimento Humano.

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

INFOPEN- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

MJ- Ministério da Justiça.

MP- Ministério Público.

NAC- Núcleo de Audiências de Custódia.

NPF- Núcleo de Prisão em Flagrante.

ONU- Organização das Nações Unidas.

PIDCP- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

PNUD- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

PSOL- Partido Socialismo e Liberdade.

RE- Recurso Especial.

SSA- Salvador.

STF- Supremo Tribunal Federal.

STJ- Superior Tribunal de Justiça.

TJBA- Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 01- Índice de realização da Audiência de Custódia no Brasil.	49
GRÁFICO 02- Índice de execução da Audiência de Custódia no Estado da Bahia.	49
GRÁFICO 03- Índice de execução da Audiência de Custódia no Estado de Sergipe.	50
GRÁFICO 04- Índice das pessoas privadas da liberdade por sentença em caráter provisório e em definitivo.	51

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 01- DA CONTEXTUALIZAÇÃO ATUAL DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL	4
1.1- DA PRISÃO EM FLAGRANTE	7
1.2- DA PRISÃO PREVENTIVA	11
1.3- DA PRISÃO TEMPORÁRIA	18
1.4- DA PRISÃO PROVISÓRIA	22
1.5- DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO	23
CAPÍTULO 02- DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	27
2.1- DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO	27
2.2- DA DEFINIÇÃO, PROPÓSITOS E PREVISÃO LEGAL	34
2.3- DA DINÂMICA PROCEDIMENTAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	37
2.3.1- Da regulamentação de apresentação na Audiência.	38
2.3.2- Do prazo da Audiência de Custódia.	42
2.3.3- Da ausência de implantação da Audiência de Custódia.	44
CAPÍTULO 03- DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO PARA O PROBLEMA CRÔNICO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA.	47
3.1- DOS BENEFÍCIOS QUANTO A INTRODUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTEXTO BRASILEIRO.	51
3.2- DOS OBSTÁCULOS ACERCA DA INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PRISIONAL.	54
3.2.1- Da Trivialização das Prisões Provisórias e a limitação do seu lapso temporal.	55
3.2.2- Da ausência de estrutura física e funcionários para o procedimento.	56
3.2.3- Da falta de fiscalização no cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão.	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os desafios de implementação da Audiência de Custódia¹, a partir do contexto atual de superlotação carcerária, oriundo da trivialização das prisões provisórias. A proposta desta monografia se fundamenta na perspectiva epistemológica de uma ciência crítica social que tem como um dos seus pressupostos epistemológicos o princípio de que o conhecimento científico se valida, entre outras dimensões, na possibilidade de intervenção na realidade social em que o mesmo é construído.

Na realidade do sistema carcerário contemporâneo, que se caracteriza por uma densa concentração de presos provisórios, o que corrobora gradativamente para a superlotação carcerária, torna-se cada vez mais difícil a efetivação dos direitos e garantias atinentes à dignidade da pessoa humana, pois de nada servem tais garantias que se detêm nas portas dos presídios. Diante disso, de que forma a audiência de custódia pode contribuir como mecanismo de resolução ou até mesmo de redução para o problema crônico de encarceramento em massa?

A premissa aqui adotada é que com a efetivação da audiência de custódia no contexto pré-processual, haja a redução da decretação de prisão em caráter provisório, pois com a implementação desse instituto estabelecerá um espaço democrático de discussão sobre a legalidade e necessidade da prisão, ou seja, um âmbito em que se reflita a garantia dos direitos do detido, a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário. Nesse sentido, haverá uma diminuição significativa da população carcerária, uma vez que o Departamento de pesquisas judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conjuntamente com os órgãos internacionais constataram que há um grande

¹ Então, é uma apresentação destinada a apurar o fato punível em tese praticado, em lugar de ser uma apresentação voltada a averiguar a legalidade daquela prisão e o tratamento que o tratamento que o sujeito preso recebeu por parte das autoridades envolvidas, até o momento, em sua restrição de liberdade. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 21.

A audiência de Custódia é um procedimento mais adequado para a tutela do direito individual à liberdade, na sua perspectiva de não intervenção indevida do Estado, porque a apresentação do preso ao juiz permite um controle efetivo das circunstâncias da prisão, pelo magistrado, do que a mera comunicação escrita da prisão pela autoridade policial, tanto porque o flagrado será entrevistado pelo juiz, como porque estará na presença do seu defensor. PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017, p. 21.

percentual de presos provisórios no sistema, sendo este um dos grandes fatores que influencia o problema crônico de encarceramento em massa.

No contexto atual de superlotação carcerária, conforme as últimas estatísticas, o Brasil tornou-se a terceira maior população carcerária do mundo. Entretanto, a implementação das audiências de custódia representa um dos avanços contemporâneos para reduzir o ingresso de pessoas no sistema prisional, mesmo que esta não deva ser uma iniciativa isolada. Tal instituto é um mecanismo de natureza pré-processual, que tem previsão normativa em documentos internacionais, o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º)² e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Artigo 9º, item 3)³; como também na Resolução 213 do CNJ, que busca promover efetividade ao que dispõem os referidos Tratados Internacionais de Direitos Humanos acerca da temática.

Diante disso, pretendeu-se investigar a audiência de custódia como um possível instrumento para a redução ou até mesmo a resolução do problema de superlotação carcerária, oriundo da banalização das prisões provisórias. Para tanto, buscou-se a análise do contexto atual do sistema prisional brasileiro e as modalidades de prisões provisórias, como também os possíveis efeitos da audiência de custódia em relação à aplicação de medidas cautelares.

A opção pela análise do instituto da audiência de custódia justifica-se pela constatação de que atualmente enfrentamos um estágio avançado de superlotação carcerária com o uso de políticas de encarceramento em massa. A implementação da audiência de custódia tornou-se uma medida contra esse fenômeno.

Nessa perspectiva, a execução de tal instituto reforça o objetivo dessa análise na medida em que auferi diversas vantagens como a redução do encarceramento em massa do país, tendo em vista que através da audiência se promove um encontro do juiz com o preso, o que possibilita à autoridade judiciária a apreciação da legalidade da prisão. Sendo assim, há a superação do mero envio do auto de

² “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

³ “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

prisão em flagrante e conseqüentemente minimiza a possibilidade de prisões manifestamente ilegais. Isso porque, no contexto da audiência de custódia, os juízes obtêm mais informações para decidir se alguém foi detido legalmente e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória.

Ressalta-se que os juízes devem decidir apenas sobre a aplicabilidade da prisão em caráter provisório e não sobre a suposta responsabilidade do agente pelo delito de que está sendo imputado. Isso demonstra a reverência às garantias constitucionais como também a consolidação do direito de acesso à justiça do réu preso, com a ampla defesa e contraditório garantidos em momento crucial da persecução penal.

A realização da audiência de custódia demonstra um ajuste do Processo Penal Brasileiro com os Tratados Internacionais, especificamente o Pacto de São José da Costa Rica que prevê tal instituto. Essa efetivação é fundamental, pois inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais que violam os direitos fundamentais dos cidadãos.

Na escolha da metodologia, optou-se pela pesquisa de método dedutivo que se inicia da compreensão da regra geral para então compreender os casos específicos. A pesquisa foi planejada e executada em conformidade com as normas estatuídas para cada método de investigação. Assim, temos aqui um estudo descritivo e analítico, uma vez que pretendeu descrever com exatidão os fatos e fenômenos de determinada realidade que neste caso em tela será o contexto prisional baiano.⁴

Inicialmente, a técnica de pesquisa realizada foi uma análise do material bibliográfico atinente à temática proposta, ressaltando-se as obras jurídicas que trazem um viés garantista do direito processual penal, uma vez que o trabalho se propõe a buscar métodos para reduzir a trivialização das prisões provisórias. Por conseguinte, ocorreu um aprofundamento teórico sobre o objeto investigado, a audiência de custódia como um possível mecanismo para a resolução do problema de encarceramento em massa proveniente da banalização das prisões cautelares.

Posteriormente, houve a fase de pesquisa de campo que resultará na coleta de dados, através dos Organismos de proteção aos direitos humanos ou por dados

⁴ TRIVIÑOS, A.N.S. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais** – a pesquisa qualitativa em educação: O Positivismo, a Fenomenologia, o Marxismo. São Paulo: Atlas, 1987, p. 145.

oficiais do Governo, que demonstrarão os aspectos polêmicos acerca da implementação da audiência de custódia no contexto processual atual.

CAPÍTULO 01- DA CONTEXTUALIZAÇÃO ATUAL DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.

A restrição da liberdade existe desde o início das civilizações, quando possuía a mera finalidade de custódia, sendo desconhecida a época, sua natureza de sanção penal. Tal privação tinha o objetivo de assegurar a integridade física do indivíduo até o momento do seu julgamento e posterior execução. Com o passar do tempo, a prisão tornou-se um sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição do mal praticado, com o intuito de reintegrar a ordem jurídica violada. Nessa perspectiva, a finalidade declarada da prisão é reeducar para ressocializar, reinserir e reintegrar o condenado à comunidade. Todavia, conforme preceitua Tourinho Filho⁵, o cárcere não tem função educativa; é simplesmente um castigo e esconde sua verdadeira e íntima essência sob rótulos, é ridículo e vitoriano, sendo que os condenados vivem no cárcere como farrapos humanos, castrados até a esperança.

As prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, no viés de que primeiro cerceia a liberdade, para depois ir atrás do conjunto probatório que legitime tal medida⁶. Atualmente, estamos diante da hipótese de que se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria diligenciar, averiguar, para somente após prender, se estivesse demonstrado suficientemente o *fumus commissi*

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 644.

⁶ A captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente, a medida de defesa social mais eficaz: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. E se configura como a forma mais conspícua da mutação do processo em pena informal [...]. Com diferenças que a tornam mais pesadamente punitiva do que a própria pena. Antes de tudo, a captura é "preventiva" em um duplo sentido: no sentido de que tem um papel de prevenção geral não baseado, contudo, como aquele da pena, na ameaça legal, mas diretamente no caráter exemplar da sua irrogação judiciária; e no sentido de que são preventivas as medidas, sendo cominadas não apenas com base em provas, mas na simples suspeição de culpabilidade, ou, pior, na presunção de periculosidade social do réu. Em segundo lugar, realiza uma regressão à pena publicizada conjunta ao segredo do processo que foi própria do Ancien Régime: também na hodierna sociedade de comunicação de massas, de fato, tanto são públicas, espetaculares e estigmatizantes a captura e a acusação que sobre ela se faz, quanto são secretos o processo, as provas e as escusas instrutórias. Enfim, esta é mais aflitiva do que a pena em sentido próprio, não sendo aliviada com nenhuma das medidas alternativas e dos variados benefícios previstos para pena no ordenamento carcerário; surge aqui exatamente o contrário do quanto foi teorizado pela tradição penal liberal - de Hobbes a Filangieri e a Carrara -, a qual admitiu a custódia preventiva apenas diferenciada pela pena ou da pena pelo seu caráter menos vexatório e menos restritivo dos direitos do detento. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 623.

delicti e o *periculum libertatis*. Ressalta-se que para a decretação de uma prisão cautelar, torna-se necessário a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; e o *periculum libertatis*, como perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como princípio basilar à ideia de dignidade da pessoa humana⁷, tornando-se este a norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como os direitos à vida e a liberdade. Assim, mesmo quando um determinado indivíduo comete um ato reprovável, passível de repressão estatal, essa medida não autoriza o cerceamento de sua dignidade, através de tratamento desumano ou degradante.

Nessa perspectiva, outro princípio adjacente a este último é a presunção da inocência⁸, fruto da evolução civilizatória do processo penal, oriundo da noção protetora do indivíduo, pois o maior objetivo é que todos os inocentes estejam protegidos, ainda que para isso seja necessário haver a impunidade de algum culpável. De acordo com Aury Lopes Junior⁹, a presunção da inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, uma vez que na medida exige que o réu seja

⁷ Decerto, entre os diversos princípios éticos- jurídicos que adquiram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do Pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

⁸ Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. "Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos", escreveu Lauzé di Peret, "pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos". E sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexa entre liberdade e segurança dos cidadãos: "a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança", e "essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas"; de modo que, "quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade". Disso decorre - se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. In: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 441.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 582.

tratado como inocente em duas dimensões, a interna e a externa, do processo. Na dimensão interna, trata-se a princípio de alguns deveres do juiz, em determinar que a carga probatória seja inteiramente do acusador, ou no caso de dúvida em relação a autoria do delito conduzir inexoravelmente à absolvição, como também implicar restrições efetivas ao uso de prisões cautelares. Externamente ao processo, refere-se a uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu, uma vez que geralmente há exploração midiática tanto do fato criminoso quanto do próprio processo judicial.

Ao lado da prisão- pena, ou seja, prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível temos a prisão sem pena, isto é, não deflui de condenação. Dentre as modalidades de prisão sem pena, ressalta-se a prisão cautelar de natureza processual, sendo esta decorrente do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo judicial, com os pressupostos de medida cautelar. Nesse sentido, tais buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar, são destinadas à tutela do processo.

A Constituição Federal estabeleceu a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judicial competente. Assim, toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade e proporcionalidade da providência a ser aferida em decisão fundamentada, segundo determinada e relevante finalidade¹⁰. A necessidade preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja. Correlato, a proporcionalidade significa à ponderação dos bens, cabendo o magistrado realizar a lógica do sopesamento entre o imenso custo de submeter alguém, presumidamente inocente, a uma pena de prisão, e a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes.

Nosso ordenamento jurídico prevê as seguintes modalidades de prisões cautelares: Prisão em Flagrante (Arts. 301 á 310 do CPP); Prisão Preventiva (Arts.

¹⁰ As duas primeiras regras a serem observadas e que de há muito deviam ser adotadas entre nós, são as pertinentes à necessidade e proporcionalidade das medidas cautelares de índole pessoal, ou, como dizem os italianos, *adeguatezza e proporzionalità*. Necessidade e proporcionalidade aliadas ao princípio do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana, constituem os princípios reitores das medidas cautelares, pouco importando o grau da sua coercitividade. Nos termos do art. 282, I do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, na aplicação das medidas cautelares, dever-se-á atentar, por primeiro, à sua necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal. In: TOURINHO FILHO, op. cit., 2013, p. 651-652.

311 á 316 do CPP); Prisão Temporária (Lei 7.960/89) e a Prisão Domiciliar (Arts. 317 e 318 do CPP). Em seguida será discutido tais institutos.

1.1- DA PRISÃO EM FLAGRANTE

O termo “flagrante” advém do latim *flagrans, flagrantes* do verbo *flagare*, que significa queimar, ou seja, quer dizer ardente, crepitando. A expressão flagrante delito demonstra a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal. A doutrina brasileira costuma classificar a prisão em flagrante (Art. 301 e ss do CPP) como medida cautelar. Todavia, em razão da visibilidade inequívoca do delito, *fumus commissi delicti*, a prisão em flagrante é denominada como medida pré-cautelar, sendo um ato administrativo precário, mera detenção, que não se dirige a garantir o resultado do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

Assim, celebrado pela autoridade policial, o respectivo ato precisa ser imediatamente submetido ao crivo do Poder Judiciário em 24 horas, conforme preceitua o Art. 306 do CPP. Logo, a permanência no cárcere vai depender da presença de uma das circunstâncias que verdadeiramente autorizam a prisão preventiva. Tal instituto justifica-se como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e a respectiva autoria.

Contudo, salienta-se que existem hipóteses em que não será possível a homologação da prisão em flagrante, com lavratura do auto de prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer, mesmo sendo possível o cerceamento da liberdade. Esses casos são aplicados às infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e no crime de porte de entorpecentes para consumo, previsto no Art. 48, §2º da Lei 11.343/06.

Ressalta-se, que o flagrante¹¹ pode ser facultativo, isto é, aquele realizado por qualquer do povo, que não está obrigado a efetiva-lo. Trata-se da causa justificante, exercício regular do direito. A outra modalidade refere-se ao flagrante obrigatório ou compulsório, sendo este imposto às autoridades policiais e seus agentes sob pena

¹¹ O art. 301 do CPP diz quem pode ser o sujeito ativo da prisão em flagrante: A autoridade policial, seus agentes ou qualquer pessoa do povo. Na primeira hipótese, fala-se em “prisão em flagrante obrigatória”; na última, em “prisão em flagrante facultativo”. Na verdade, o próprio art. 301 do estatuto processual penal dispõe que “... as autoridades policiais e seus agentes deverão prender...”, e adianta: “Qualquer pessoa do povo poderá...” In: *Ibidem*, p. 74.

de responsabilidade criminal e funcional pelo seu descaso, desde que seja possível a efetivação do flagrante. Esta última refere-se à hipótese de exclusão da ilicitude, o estrito cumprimento do dever legal.

A prisão em flagrante está justificada em casos excepcionais, de necessidade e urgência, conforme preceitua o Art. 302 do CPP, *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - Está cometendo a infração penal;
II - Acaba de cometê-la;
III - É perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração¹².

Nessa perspectiva, na hipótese do inciso I do Art. 302 do CPP, o agente é surpreendido enquanto pratica o verbo nuclear do tipo, ou seja, no curso da infração penal. Ressalta-se inclusive que em alguns casos, a prisão em dado momento poderá evitar a própria consumação do crime. O flagrante do referente inciso detém maior credibilidade, visto que o agente é surpreendido durante o *intercriminis*, cometendo a conduta descrita no tipo penal. No segundo caso, isto é, o inciso II do Art. 302 do CPP, o agente deve ser encontrado imediatamente após a prática da infração. Assim, este é surpreendido quando cessou a prática do verbo nuclear do tipo penal, todavia há a visibilidade do delito. É designado também como Flagrante Próprio, pois não há lapso temporal relevante entre o cometimento da conduta criminosa e a prisão.

As hipóteses de flagrância previstas nos incisos III e IV do respectivo artigo, são denominadas como “quase- flagrante” ou “flagrante impróprio”. Tais flagrantes são os mais frágeis sob o prisma da legalidade, uma vez que há o afastamento da realização do tipo penal, havendo maior possibilidade de serem segregados pelo juiz no momento de recebimento do auto de prisão em flagrante. Para a configuração do flagrante disposto no inciso III, exige-se a conjugação de três fatores: Perseguição (requisito da atividade), logo após (requisito temporal), situação que faça presumir a autoria (elemento circunstancial).

Nesse sentido, essa perseguição exige uma continuidade, em que o perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá em busca do suspeito, ainda que nem sempre tenha contato visual. Tal ato deverá ser iniciado

¹² BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

“logo após” a realização do delito. Esse requisito temporal, significa um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição. Em suma, o dispositivo legal exige que a perseguição inicie logo após, o cometimento do delito, ainda que perdure por várias horas.

Por fim, o agente deverá ser preso em situação que se faça presumir ser autor da infração, ou seja, a presunção de autoria é obtida de elementos como a posse de objetos subtraídos ou a arma do crime, mediante o reconhecimento da vítima, dentre outros. Ressalta-se, entretanto, que em razão da presunção da inocência não se pode presumir a autoria, devendo esta ser demonstrada e provada.

A última hipótese de flagrância está disposto no inciso IV do Art. 302 do CPP, sendo esse o mais difícil de se legitimar. Para a ocorrência do mesmo exige-se três elementos; encontrar (requisito de atividade), “logo depois” (requisito temporal) e presunção de autoria (armas ou objetos do crime). Diante disso, o agente deve ser encontrado, sendo de forma causal e não casual, ou seja, no sentido de que esse encontro tenha vinculação previamente estabelecida em relação ao delito.

Em relação ao requisito temporal, “logo depois”, o lapso pode ser mais dilatado, na medida em que o ato de encontrar, permite um intervalo de tempo maior entre o crime e o encontro com o agente. A presunção de autoria dar-se quando o autor do delito for interceptado de forma causal, com as armas do crime e o dinheiro subtraído, mesmo que isso tenha ocorrido muitas horas depois do crime. Contudo, se não houver a configuração das situações de flagrância, preenchendo cada um dos seus requisitos, a prisão em flagrante é ilegal, devendo ser relaxada imediatamente por autoridade judiciária competente.

Nesse contexto, além das hipóteses de prisão em flagrante previstas no artigo supracitado, destaca-se o disposto no Art. 303 do CPP; que nos crimes permanentes, a consumação se prolongue no tempo, fazendo com que exista um estado de flagrância igualmente prolongado. Assim, enquanto manter a permanência, poderá o agente ser preso em flagrante delito, pois considera-se que está praticando uma infração penal, conforme disposto no Art. 302, I do CPP.

Noutra dimensão, conforme as lições de Aury Lopes¹³, as espécies de flagrante, se subdividem em; Esperado, Protelado ou Diferido, Forjado, Provocado e Preparado. O Flagrante Esperado tem sua legalidade verificada no caso concreto,

¹³ LOPES JUNIOR. Op. cit., 2018, p. 610.

pois dependendo da situação, estaremos diante de um crime impossível, conforme preceitua o Art. 17 do CP. Todavia, quando a autoridade policial não instiga ou induz o agente, somente coloca-se em vigilância e logra prender o agressor, a prisão torna-se válida e está configurando o crime. É o que ocorre normalmente, quando a polícia obtém uma informação, se oculta e espera até o delito esteja ocorrendo para realizar a prisão.

O Flagrante Protelado ou Diferido tem previsão legal nos Arts. 8 e 9 da Lei 12.850/2013, tendo aplicação somente nos casos de organização criminosa. Tal dispositivo, autoriza a polícia a retardar sua intervenção para realizar-se em momento posterior, mais adequado sob o ponto de vista da persecução penal. Com isso, a autoridade policial mantém o agente sob monitoramento, para ter acesso aos outros membros da organização criminosa, bem como verificar o cometimento de outros delitos.

O Flagrante Forjado constitui-se a partir da criação de uma situação fática de flagrância delitiva para tentar legitimar a prisão, ou seja, cria-se uma situação de fato que é falsa. O exemplo consolidado da doutrina é o enxerto de substâncias entorpecentes ou armas para a partir dessa posse forjada, realizar a prisão do agente. Entretanto, por não haver crime, o flagrante torna-se ilegal.

Outra espécie de flagrante é o Provocado, que ocorre quando existe uma indução para que o agente pratique um crime exatamente para ser preso. Tal provocação é arquitetada para fazer nascer em alguém a intenção em cometer um delito, com o intuito de prendê-lo. Diante disso, não há possibilidade de o agente lograr êxito, configurando assim crime impossível disposto no Art. 17 do CP. Por fim, a última espécie de flagrante é o Preparado, este também está vinculado à ocorrência de um crime impossível. Todavia, não há provocação, mas sim uma preparação do flagrante perfeita que em momento algum o bem jurídico tutelado é colocado em risco. Neste caso, aplica-se o Enunciado da Súmula 145 do STF, *in verbis*; “ Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Ademais, após a detenção, o preso deverá imediatamente ser encaminhado à autoridade policial. Entretanto, se tal determinação não ocorrer poderá constituir o crime de abuso de autoridade, em relação aos agentes do Estado, ou, caso a prisão seja realizada por particular, estaremos diante dos delitos de constrangimento ilegal ou sequestro e cárcere privado (Arts. 146 e 148 do CP). Conforme dispõem o Art.

304 do CPP, após a apresentação do preso à autoridade policial, deverá ser ouvido o condutor, ou seja, aquele que realizou a prisão em flagrante.

Posteriormente, serão ouvidas as testemunhas que presenciaram o fato ou a realização da prisão, por fim, interroga-se o preso. Tal procedimento deve ser formalizado e devidamente assinado pela autoridade e as respectivas testemunhas. Caso não haja testemunha da infração, deverão assinar, pelo menos, duas pessoas que tenham testemunhado a apresentação do preso à autoridade, de acordo com o previsto no Art. 304, §2º do CPP. São consideradas testemunhas de apresentação, pois desconhecem o fato criminoso e o ato da prisão. Ressalta-se que a presença do defensor se torna imprescindível, sendo assegurado o direito de conversar reservadamente com o preso.

Destarte, o auto de prisão em flagrante (APF) será assinado pelo imputado, o advogado e pela autoridade policial. Caso o preso se recusar ou houver impossibilidade de este assinar, serão designadas duas testemunhas de leitura para assinar o APF, as quais assistiram a leitura do depoimento do preso e demais peças na presença dele. Posteriormente, será expedida a nota de culpa para o preso, informando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. Formalizado e finalizado assim o auto de prisão em flagrante, deverá ser remetido imediatamente ao juiz competente.

Nessa perspectiva, nos termos do Art. 310 do CPP, recebendo o auto de prisão em flagrante, o juiz analisará o aspecto formal da referida prisão, bem como a legalidade ou ilegalidade do flagrante, através dos requisitos do Art. 302 do CPP. Se a prisão for ilegal, deverá ser relaxada. Todavia, sendo legal será homologada, nesse processo o juiz irá verificar a questão da necessidade ou não da prisão preventiva, a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança e a eventual imposição de medida cautelar diversa da prisão.

A fundamentação da decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva indicará além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, os motivos pelos quais o magistrado compreendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares alternativas, previstas no Art. 319 do CPP, para tutelar a situação fática.

1.2- DA PRISÃO PREVENTIVA

Dentre todas as prisões processuais a que se reveste de maior importância é a prisão preventiva. Sendo esta uma medida restritiva de liberdade determinada pelo magistrado, em qualquer fase da persecução penal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, preservar a ordem pública¹⁴ ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Com a promulgação da Lei 12.403/2011 houve diversas mudanças no cenário processual penal, todavia a referida norma manteve o instituto da prisão preventiva e estabeleceu que sua decretação ocorresse em último caso, e, para tanto, criou uma série de medidas menos incisivas. Entretanto, perdurou o poder de o juiz decretá-la de ofício, como também as circunstâncias “Ordem pública” e “Ordem Econômica”¹⁵, que não constituem medida a serviço do processo e nada têm de cautelar. Assim, não representou um avanço significativo, uma vez que segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no curso da ação penal. Sobre a respectiva temática, Aury Lopes Junior aduz;

Na nova redação do Art. 311 do CPP [...], o erro é duplo: Primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator= ranço inquisitório), conforme exaustiva crítica feita, e, em segundo lugar, por empregar a expressão “no curso da ação penal”, quando, tecnicamente, o correto é “no curso do processo”. Ação processual penal é um poder político constitucional de invocação da atividade jurisdicional, que uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem “proceder”, é o processo e não a ação penal. Talvez o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição, um estar alheio aos interesses das partes na causa. [...] A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando de ofício a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um sinônimo de atividade e outro de inércia. Assim, ao decretar a prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela

¹⁴ Ordem pública não tem relação com o ato praticado. Garantir a ordem pública é preservar a expectativa da sociedade na produção de um processo penal completo, em ordem, sem turbacões. Antecipar a pena não é garantir a ordem, mas legitimar o arbítrio, como já apontou o STF em inúmeros precedentes. No entanto, alguns magistrados ainda interpretam ordem pública de forma abrangente, sob a perspectiva do ato praticado e de seus efeitos, sem atentar que esse ato praticado só gera consequências jurídicas quando reconhecido por sentença definitiva. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais** (Lei. 12.403/2011): Novas Regras para a Prisão Preventiva e outras polêmicas. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em 02 ago. 2017, p. 268.

¹⁵ O abalo à ordem pública e econômica é exclusivamente constatado pela presença de elementos objetivos indicativos da periculosidade do agente, sua disposição para a continuidade delitiva. Qualquer outra definição de ordem pública ou econômica seria vedada, não pela leitura isolada do art. 312 do CPP (cuja redação não é alterada pela proposta), mas justamente em face do disposto no art. 282, I válido para toda e qualquer cautelar, inclusive para a prisão. In: *Ibidem*, p. 269.

exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade¹⁶.

Nessa linha, Fernando da Costa Tourinho Filho, dispõe;

A prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo Juiz. Di-lo o art. 311 do CPP. Contudo o eminente Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, julgando, com a acuidade de sempre, HC 70018920934/RS, concedeu a ordem para restituir a liberdade do réu, preso preventivamente, de ofício, pelo MM. Juiz, ao argumento irresponsável de que “a regra do jogo processual democrático é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. Ou seja, se está frente a processo penal de partes: cada uma com suas funções bem definidas. Nesta ótica, compete ao Ministério Público, e tão somente a ele, além de promover a ação penal, atuar no interesse acusatório no seu todo, tanto na deflagração da ação quanto das cautelares que sustentam o processo penal. No momento em que o julgador invade a competência do acusador, é estabelecida uma relação incestuosa entre aquele que julga e aquele que persegue, abalando a imparcialidade, vista como equidistância.¹⁷

A respectiva prisão pode ser decretada tanto na investigação preliminar quanto no curso do processo, após a sentença condenatória recorrível. Inclusive também na fase recursal, a prisão preventiva pode ser decretada caso haja real necessidade, sob o fundamento da garantia da aplicação da lei penal. Neste sentido, tal prisão somente será decretada por juiz ou tribunal competente através de uma decisão fundamentada, tendo o requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Ressalta-se que o Art. 311 do CPP, menciona que caberá preventiva a partir do requerimento do querelante. Todavia, esse querelante não corresponde ao da ação penal privada, até mesmo porque nesta não cabe prisão preventiva, uma vez que nos referidos crimes, a pena é inferior a quatro anos, conforme dispõe o Art. 313, I do CPP. Logo, diz respeito ao querelante da ação penal privada subsidiária da pública, que após a inércia do Ministério Público, pode perfeitamente requerer a prisão, demonstrando os seus fundamentos.

Diante desse contexto, a determinação da prisão preventiva somente poderá ocorrer se for minimamente indispensável e de incontestável necessidade, e assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, resguardando-se ao máximo o direito de liberdade, amparado pelo próprio ordenamento jurídico. Assim, conforme o Art. 312 do CPP, para a decretação da mesma, torna-se fundamental a existência do *fumus commissi delicti*, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A condição fundamental para que se possa estabelecer a referida prisão

¹⁶ LOPES JUNIOR. Op. cit., 2018, p. 632-633.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Op. cit., 2013, p. 684.

é a prova da existência material do crime, pois sem esta, tal prisão constituirá injustificável violência. Ao lado da prova da materialidade delitiva, a lei exige indícios suficientes de autoria, ou seja, a probabilidade suficiente de que foi o acusado autor da infração penal.

O *fumus commissi delicti* exige a presença de sinais externos, com suporte fático real, obtidos através de investigação preliminar que possibilite a dedução sobre a ocorrência de um crime, em que as consequências demonstram como responsável um sujeito concreto. Trata-se de um juízo de probabilidade razoável, pois diante do altíssimo custo de ser preso, é necessário um predomínio das razões positivas sobre a culpabilidade do imputado.

Além do *fumus commissi delicti*, para decretar tal prisão determina-se o *periculum libertatis*, ou seja, uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo. O *periculum libertatis* se refere ao risco decorrente do estado de liberdade do imputado, disposto no Código de Processo Penal como um perigo a ordem pública, a ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. A proteção dessas situações fáticas constituem o fundamento de tal requisito, sem o qual nenhuma prisão preventiva será decretada.

A expressão Ordem Pública por ser um conceito indeterminado, sem qualquer consistência, é o fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos para se decretar a preventiva. Normalmente, compreende-se risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”¹⁸, ou seja, um crime que gera uma comoção social, um abalo na comunidade retirando assim a sua tranquilidade. Nas lições de Fernando da Costa Tourinho Junior¹⁹, entende-se a ordem pública como paz, a tranquilidade no meio social. Logo, se o imputado ou réu estiver praticando novas infrações penais, não havendo possibilidade de surpreendê-lo em flagrância; incitando ou realizando apologia ao crime, ou se associando criminalmente, haverá perturbação da ordem pública. Contudo, uma prisão por esse motivo não tem a

¹⁸ O clamor popular não autoriza, por si só, a custódia cautelar. Sem *periculum in mora* não há prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Op. cit., 2013, p. 687.

menor intimidade com o processo penal, não apresentando caráter cautelar, como exigido.

A prisão preventiva para a ordem pública não corresponde com os fins puramente cautelares e processuais que legitimam esses provimentos. A garantia da ordem pública por ser um conceito vago, indeterminado, despido de qualquer referencial semântico, presta-se para aos adeptos ao discurso autoritário e utilitarista que utilizam essas cláusulas genéricas e indeterminadas do direito para justificar os seus atos totalitários. Como explica o Marquês de Beccaria, “o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de se ocultar as provas do crime”²⁰.

Destaca-se que o “clamor público” bastante utilizado como fundamento de tal prisão, explica Aury Lopes Junior²¹, pode ser confundido com a opinião publicada. Pois corriqueiramente, emprega-se a respectiva manobra: explora-se midiaticamente um determinado fato, provocando até mesmo o vazamento de informações, gravações telefônicas, outras provas colhidas e assim coloca o fato na pauta pública para discussão. Em seguida, advém o pedido de prisão, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” sobre o fato. Logo, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar.

Em relação a garantia da Ordem Econômica, o seu fundamento foi incorporado no Art. 312 do CPP pela Lei 8.884/94, Lei Antitruste, com a finalidade de tutelar o perigo decorrente daquelas práticas que afetam a harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de condutas que gerem perdas financeiras significativas, ou seja por arriscar a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. Nesse contexto, Eugênio Pacelli de Oliveira aduz;

A tutela da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sejam o seu (do processo) conteúdo e objeto. Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás, semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei nº 8.884/1994, a chamada Lei de Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis contrários à ordem econômica, revogada já pela Lei nº 12.529/11. A se lamentar e muito que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas alterações em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão garantia da ordem pública e econômica. Na linha de tal raciocínio, que parece ter sido

²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 58.

²¹ LOPES JUNIOR, Op. cit., 2018, p. 649.

determinante na inclusão da prisão para garantia da ordem econômica, já havia, no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do Colarinho Branco), a previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada. Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas. Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. [...] Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. A expressão garantia da ordem pública, todavia, é uma difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem. No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já se dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e da sua repercussão. A Lei nº 12.403/2011 parece ter aceitado essa realidade, prevendo algumas hipóteses de decretação de medidas cautelares para evitar a prática de infrações penais, conforme se vê do art. 282, I, CPP²²

A conveniência da instrução criminal ocorre quando houver risco efetivo para a instrução criminal, ou seja, quando o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se tiver subornando quaisquer pessoas que sejam capazes de propiciar ao conhecimento do juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, aliciando testemunhas falsas ou até mesmo ameaçando-as, dentre outros. Assim, é notório que tal medida seja adotada, uma vez que do contrário, o magistrado não poderá obter com segurança os elementos probatórios relacionados ao litígio penal. A prisão preventiva para a tutela de prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao processo, neste o estado de liberdade do imputado põe em risco a coleta de prova ou o normal desenvolvimento do processo.

Por fim, o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal impede que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. Esse risco de fuga não pode ser presumido, tem que ser fundado

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

em circunstâncias concretas. Será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como segurança de aplicação da lei penal, ou seja, torna-se evidente que se o indiciado está se desfazendo dos seus bens injustificadamente, a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, a aplicação da lei penal. Ressalta-se, que embora haja uma forte indefinição doutrinária em relação a tais fundamentos para a decretação da prisão preventiva, o Poder Judiciário compreende, na prática, que eles são, mesmo na vagueza, suficientes para uso.

Nessa perspectiva, além da existência do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, há as hipóteses em que a prisão preventiva pode ser decretada, de acordo com o disposto nos Arts. 313 e 314 do CPP. Em razão da proporcionalidade não há possibilidade de prisão preventiva em crime culposos, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos previstos no Art. 312 do CPP. Logo, só cabe a referida prisão em crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Neste caso poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas, se estas forem inadequadas ou insuficientes, decreta-se a preventiva.

Posteriormente, a legislação prever a hipótese quando o réu ou imputado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitado em julgado. Corresponde a situação do réu reincidente em crime doloso, todavia o estabelecimento da prisão somente pelo fato de ser reincidente, viola à presunção da inocência, a proporcionalidade e essencialmente a dignidade da pessoa humana. Dessarte, a hipótese disposta no inciso III do Art. 313 do CPP, ocorre se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Considera-se que esse inciso de forma isolada não justifica a prisão preventiva, somente serve para reforçar o pedido e a decisão, entretanto deve-se analisar a medida protetiva decretada para assim verificar a adequação da prisão em relação a esse fim.

Em seguida, o legislador prever no parágrafo único do respectivo artigo, que também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade, após a identificação,

salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Sendo uma questão complexa, Aury Lopes Junior explica;

Esse artigo deve ser interpretado em conjunto com o disposto na Lei 12.037/09, que regulamentou a identificação criminal prevista no Art. 5, LVIII da Constituição Federal. A regra é que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal (ou seja, nem datiloscópica, nem fotográfica), definindo a lei que a identificação civil pode ser atestada por qualquer dos seguintes documentos: Carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional, outro documento público que permita a identificação do indiciado. A lei que equipara aos documentos civis os de identificação militares. Não sendo apresentado qualquer desses documentos, será suspeito submetido à identificação criminal e, dependendo do caso, a prisão preventiva (recordemos, desde que observados os casos de cabimento).²³

Em relação ao Art. 314 do CPP, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar através das provas constantes dos autos que o agente praticou o fato nas condições de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. Assim, caso o agente tenha cometido o fato acobertado por alguma causa de exclusão da ilicitude, seja o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, não caberá a respectiva prisão por ausência de fumaça de ilicitude na conduta, pois em razão da gravidade de uma prisão, a dúvida deve beneficiar o réu, incidindo o *in dubio pro reo*.

1.3- DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Após o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, instituiu-se a modalidade da Prisão Temporária, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária, pois a partir do novo contexto constitucional, a mesma estava perdendo alguns importantes poderes, dentre eles o de prender para averiguações ou identificação de suspeitos. Essa nova alteração significou um grande avanço democrático, todavia os policiais interpretaram como uma castração das suas funções, uma vez que na cultura anterior; as prisões policiais e a busca apreensão eram realizadas sem a intervenção jurisdicional, como não havia muitos meios de investigação, o suspeito se tornava o “objeto” de prova, estando completamente a disposição da polícia.

Diante desse contexto, o Presidente José Sarney, em 21 de dezembro de 1989, instituiu a prisão para averiguações sob a nomenclatura de Prisão Temporária,

²³ LOPES JUNIOR. Op. cit., 2018, p. 644.

que visava assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Destaca-se que a referida prisão tem um defeito genérico, visto que foi criada pela Medida Provisória nº111, em 24 de novembro de 1989. Assim, o Poder Executivo legislou sobre a matéria processual penal, violando o disposto no Art. 22, I da Constituição Federal, pois compete privativamente à União legislar sobre a respectiva matéria. A conversão da medida provisória em lei, não sanou o vício de origem.

Nesse sentido, cria-se a Prisão Temporária para satisfazer o interesse da polícia, colocando o preso à disposição da mesma, sob a justificativa da imprescindibilidade para as investigações do inquérito, proporcionando assim a plena autonomia para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia em dado período, podendo o mesmo sofrer qualquer espécie de pressão ou maus tratos. Sobre essa temática, o professor Aury Lopes Junior menciona;

A Prisão Temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. É um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória em que a confissão, e a “colaboração” são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a “verdade” esconde-se na alma do herege, sendo ele o principal “objeto” da investigação. Daí porque todo cuidado é pouco quando se pretender utilizar esse tipo de prisão, cabendo aos juízes suma prudência e bastante comedimento ao lançar mão desse instituto, até porque a cultura inquisitória (de obter uma confissão a qualquer custo) ainda é dominante²⁴.

Nesse aspecto, Eugenio Raúl Zaffaroni, preleciona;

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao “inimigo” consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadão (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixariam de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito. Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitando de pura contenção, dele é retirado ou negado o caráter de pessoa, ainda que certos direitos lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considera-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações. É inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da máscara acredita encontrar um inimigo, retira-lhe a máscara e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval,

²⁴ Ibidem, p. 677.

conforme o caso). Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação.²⁵

A Lei 7.960/89 regula o instituto da Prisão Temporária, estabelecendo que somente o magistrado mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, poderá decreta-la, ou seja, exclui a possibilidade de o juiz decretar de ofício. Essa modalidade é a única prisão cautelar cujo o prazo máximo de duração está previsto em lei, sendo que findando o limite de tempo fixado, o imputado deverá imediatamente ser posto em liberdade, sob pena de configurar o crime de abuso de autoridade, disposto no Art. 4, I da Lei 4.898/65.

Assim, os prazos de duração da prisão temporária são; até 05 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, ou sendo crime hediondo, o prazo poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período, fazendo com que esta tenha duração de até 60 dias.

Ressalta-se, que o imputado pode ser posto em liberdade antes desses prazos pela própria autoridade policial, sem intervenção judicial, desde que não haja mais a necessidade da prisão, tendo em vista o interesse da investigação. Como o magistrado pode perfeitamente fixar um prazo menor do que previsto em lei, em razão da necessidade vislumbrada no caso concreto. Contudo, a prisão temporária não poderá ser decretada quando estiver concluído o inquérito policial ou persistir além do prazo legal, mesmo que não haja a conclusão da investigação.

Nos termos da Lei 7.960/89, o cabimento da referida prisão ocorrerá quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (Art. 121, caput e seu §2º); b) sequestro ou cárcere privado (Art. 148, caput, e seus §§1º e 2º); c) roubo (Art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (Art. 158, caput e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (Art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (Art. 213 e parágrafos); g) atentado violento ao pudor (revogado pela Lei 12.015/2009); h) epidemia com o resultado morte (Art. 267, §1º); i) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (Art. 270, caput, combinado com o Art. 285); j) associação

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

criminosa (Art. 33 da Lei 11.343/2006); m) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1986), dê que imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Como a finalidade da prisão temporária é a investigação, essa não sobrevive no transcorrer do processo penal por ausência do seu fundamento. Em contrapartida, para ser decretada, torna-se necessário o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. No Art. 1, III da Lei 7.960/89 está disposto o *fumus commissi delicti*, visto que exige-se a existência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados pelo legislador. O rol dos crimes é taxativo e bastante abrangente, englobando catorze modalidades de condutas criminosas, desde o homicídio doloso até os crimes contra o sistema financeiro. Entretanto, se a prisão temporária for decretada em razão de algum crime que não esteja previsto nesse rol, a mesma deverá ser relaxada, pois trata-se de uma prisão ilegal.

Para a decretação de toda e qualquer prisão deve existir indícios razoáveis de autoria, não se admitindo que se prenda para então buscar elementos de autoria e materialidade. Todavia, na prisão temporária, o *periculum libertatis* acaba sendo distorcido para satisfazer à imprescindibilidade para as investigações do inquérito. Nesse contexto, a prisão torna-se necessária para a investigação, como mecanismo para se esclarecer o fato ocorrido. Mas, não se admite que uma prisão seja imprescindível para investigar o fato. A polícia tem que obter informações e principalmente ter condições técnicas para a realização da investigação preliminar independente da prisão do suspeito.

Importante frisar que no caso o imputado se recuse eventualmente a realizar algum procedimento seja; acareações, reconstituições ou reconhecimentos, tal conduta deve ser respeitada, pois o mesmo é protegido constitucionalmente pelo princípio da presunção da inocência, não devendo utilizar essa recusa como fundamento para a decretação da prisão temporária.

Conforme já mencionado, para haver a prisão temporária de algum suspeito, este deve ser autor ou participe de algum daqueles crimes previstos no rol taxativo, e for imprescindível para as investigações. Contudo, os fundamentos válidos para a decretação da mesma estão previstos nos incisos I e III do Art. 1 da Lei 7.960/89. A

situação descrita no inciso II, apenas vai robustecer o fundamento da prisão, logo não haverá prisão temporária pela conjugação dos três incisos.

Destaca-se, que a Lei 12.403/2011 substituiu a prisão temporária daquele que não fornecer elementos necessários para o esclarecimento da sua identidade, pela prisão preventiva. Nesse sentido, havendo a decretação da prisão preventiva, quando o indiciado fornecer os respectivos elementos suficientes para o esclarecimento, ele será imediatamente posto em liberdade, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da prisão.

Diante disso, expirado o prazo de encarceramento temporário estabelecido pelo juiz, e não tendo sido a prisão convertida em preventiva, o indiciado deverá ser libertado pela própria Autoridade Policial, independentemente da expedição de alvará de soltura, sob pena de configuração de Constrangimento Ilegal, passível de impetração de *habeas corpus*.

1.4- DA PRISÃO DOMILICIAR

Como preleciona Nucci²⁶, a prisão domiciliar não é uma nova medida cautelar restritiva de liberdade, trata-se na verdade da prisão preventiva em residência, de onde o indivíduo somente pode sair mediante autorização judicial. Assim, decreta-se a prisão domiciliar em razão dos motivos pessoais do agente de natureza humanitária, difere, portanto da medida cautelar de recolhimento domiciliar constante no Art. 319 do CPP, onde o agente tem liberdade de exercer suas atividades profissionais, durante todo o dia, devendo somente se recolher no período da noite e nos dias de folga.

A prisão domiciliar mencionada nos Arts. 317 318 do CPP, consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, podendo somente se ausentar de acordo com autorização judicial²⁷. A demonstração da existência da

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9ª edição. São Paulo: RT, 2012, p. 624.

²⁷ A prisão domiciliar consiste na excepcional forma de cumprimento de prisão de natureza cautelar ou decorrente de sentença condenatória definitiva, que não ocorre em um presídio, mas sim na própria residência do agente. A doutrina diverge quanto à sua autonomia em relação à modalidade principal de prisão a que foi submetido o investigado ou réu (no caso de prisão de natureza cautelar) ou definitiva (decorrente de condenação com trânsito em julgado). Em qualquer das situações expostas, cremos que a chamada prisão domiciliar configura apenas uma modalidade de cumprimento da prisão preventiva ou prisão definitiva, não possuindo autonomia. In: ²⁷ BRASIL JUNIOR, Samuel; OLIVEIRA, Gisele Souza de; SILVA, William; SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Audiência de Custódia**. Dignidade humana, controle de convencionalidade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.183.

situação fática autorizadora da mesma poderá ser realizada por via documental ou perícia médica, conforme especificidade do contexto fático e probatório.

Conforme o Art. 318 do CPP haverá a convalidação da prisão preventiva em domiciliar nas hipóteses de o indiciado ou réu ser maior de 80 anos, de estar extremamente debilitado por motivo de doença grave, imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 anos de idade ou com deficiência, gestante, mulher com filho de até doze anos de idade incompletos²⁸, e o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos. Essa previsão legal tem proteção de caráter humanitário e, em todos os casos, torna-se justificada, bastando a comprovação idônea dos requisitos supracitados.

Destaca-se que a Lei 13.434/16 proporcionou uma tutela de caráter humanitário para a parturiente, ao incluir o parágrafo único no Art. 292 do CPP, *in verbis*; “É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato”.

Desta forma, a proibição do uso de algemas em mulheres grávidas durante atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto; durante o trabalho de parto; bem como em mulheres no período puerpério imediato, contribuiu para aproximar a realidade das normas jurídicas criadas, que na prática, não são adotadas de forma efetiva pelo Estado.

1.5- DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO.

As medidas cautelares pessoais no processo penal foram sensivelmente modificadas pela Lei 12.403/2011, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Estas medidas se sujeitam ao preenchimento de alguns pressupostos, sendo eles, a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação e a plausibilidade do afirmado direito sob ameaça. As condições para a incidência da medida estão geralmente previstas em lei conforme a espécie da mesma.

Para as medidas cautelares serem deferidas, tais devem se mostrar exigíveis, adequadas e principalmente proporcionais em sentido estrito. Nessa perspectiva, o

²⁸ O Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), ao alterar as hipóteses autorizativas da concessão da prisão domiciliar, permite que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar, quando o agente for gestante ou mulher com filho até 12 anos de idade incompletos. (CPP, art. 318, IV e V). HC 134069, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21.06.2016. 2ªT. (Info 831).

artigo 282 do CPP com a nova redação dada pela Lei 12.403\2011, demonstra apenas a incidência da proporcionalidade no binômio necessidade e adequação, sem menção a proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta-se, que a referida lei disciplinou apenas as medidas cautelares pessoais, especialmente as medidas alternativas a prisão²⁹, uma vez que estas foram inseridas no CPP a partir da mencionada lei. Tais medidas alternativas somente deverão ser utilizadas quando houver o cabimento da prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, se existir outra restrição menos gravosa que sirva para tutelar aquela situação. Em suma, essas medidas não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada, pois essas restrições impõem uma certa gravidade. Assim, as medidas referentes a proibição de frequentar lugares, de permanecer e similares, proporcionam uma pena de banimento, sendo que estabelecem para o imputado, severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento pessoal, logo não são de pouca gravidade.

Essas medidas cautelares diversas da prisão constam no artigo 319 do CPP, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁹ A Lei 12.403/2011 introduziu onze espécies de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva (Arts. 319 e 320 CPP), com potencial capacidade para alterar significativamente o sistema cautelar prisional vigente, cujo sustentáculo quase absoluto era a prisão, situação que contribuiu significativamente para o caos instalado no sistema carcerário brasileiro e para retroalimentar a cultura do encarceramento. Algumas das novas medidas, quando analisadas isoladamente, parecem desprovidas de efetividade, mas o interprete não pode perder de vista que o legislador inseriu a previsão de que “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”, permitindo que a autoridade judiciária opte por uma, duas ou mais medidas, de forma a garantir o cumprimento da relevante função cautelar de substituir a tradicional e excepcional medida de prisão. In: BRASIL JUNIOR; OLIVEIRA; SILVA; SOUZA, op. cit., 2017. p. 193.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).³⁰

Essa medida de comparecimento periódico em juízo, proporciona o controle da vida cotidiana do réu, como também se certifica do paradeiro do mesmo, servindo como instrumento para tutela de eficácia da aplicação da lei penal. Tem a finalidade de informar e justificar as atividades realizadas e, já estava prevista como requisito do livramento condicional, da suspensão condicional da pena e do sursis processual. Para o estabelecimento da medida deve se levar em consideração o horário da jornada de trabalho do imputado para não prejudica-la, pois a mesma deve ocasionar menor danosidade possível principalmente em relação a estigmatização social do sujeito.

Em relação a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, o intuito é evitar que a frequência do réu a determinados lugares possa criar condições favoráveis para que ele pratique novos crimes. Tal medida não é uma novidade em nosso ordenamento jurídico, uma vez que essa é uma espécie de interdição temporária de direitos que, por sua vez, engloba as penas restritivas de direito previstas no artigo 47 do Código Penal. Destaca-se que a mesma terá maior incidência nos casos em que envolver agentes que integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos, ou aqueles que cometem delitos em bares e boates, e em circunstância de violência doméstica.

A medida correspondente a proibição de manter contato com pessoa determinada, tem uma efetividade mais concreta, uma vez que a própria pessoa protegida se encarregará de denunciar eventual descumprimento da ordem. Assim, o objeto de tutela é mais claro, sendo que essa pessoa determinada pode ser a vítima, testemunha e até mesmo coautor do delito. A proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução serve assumidamente para a tutela de prova e conseqüentemente da própria eficácia da lei penal, minorando o risco de fulga.

³⁰ BRASIL. Op. cit., 2016, p. 259.

O recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixo, tem a finalidade de minorar o risco de fuga e a tutela de prova. Tal medida difere-se da prisão domiciliar, pois trata-se de uma modalidade menos gravosa de manter o sujeito em regime de liberdade parcial, enquanto a segunda decorre dos motivos pessoais do agente, tem caráter humanitário, conforme já mencionado anteriormente. O recolhimento domiciliar é oriundo da prisão albergue domiciliar, onde autoriza o cumprimento de pena em regime aberto, quando se verifica que o condenado é maior de 70 anos, acometido de doença grave; ou no caso da condenada se for gestante, tiver filhos menores ou deficientes físicos\ mentais, de acordo com a Lei 7.210\84.

A medida de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, tem o escopo de tutelar o risco de reinteração nos crimes econômicos e aqueles praticados por servidores públicos no exercício da sua função. Assim, a decisão que impõem tal medida deve ser fundamentada, constando o receio de reinteração, não podendo ser de forma genérica, pois essa gera resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido a severas restrições de direitos.

A internação provisória do acusado prevista no inciso VII do respectivo artigo, trata-se de uma medida de segurança cautelar para os casos de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa por sujeito inimputável ou semi- imputável. Necessita-se de perícia para verificar o estado psíquico do agente na época do cometimento do delito, ou seja, se ao tempo da ação ou omissão ele era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

A medida que consta no inciso VII é a fiança nas infrações que tem a finalidade de assegurar o comparecimento a atos do processo para evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Por fim, a monitoração eletrônica é uma medida cautelar que proporciona uma vigilância ininterrupta com o intuito de tutelar o risco de fuga e a prática de novas infrações. A partir desse controle sob a circulação do acusado, tal medida serve como instrumento para garantir eficácia as outras cautelares, como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar.

Diante disso, verifica-se que algumas medidas cautelares estão previstas na ordem jurídica como penas. Todavia, a possibilidade de aplicá-las antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Algumas medidas previstas no artigo 319 do CPP são inaplicáveis, em razão da absoluta impossibilidade de fiscalização do cumprimento por parte do Estado, como por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e o recolhimento domiciliar. Isso ocorre também em relação à internação provisória nas comarcas ou subseções judiciárias, onde o Estado não detém de unidades projetadas para abrigar os internados provisórios. Como a tecnologia atualmente disponível no mercado mostra-se facilmente burlável, a monitoração eletrônica se torna inaplicável, pois o sistema não é totalmente confiável e assim não deve ser aplicado enquanto retardarem os avanços necessários à efetividade da medida, sob pena de descrédito do Estado e da Justiça.

Embora que diversas medidas cautelares não podem ser aplicadas isoladamente, a sua previsão normativa tem um significado importante no avanço da tentativa de solucionar o problema crônico de superlotação carcerária e da indignidade das prisões provisórias que perduram durante o tempo da pena. Tais medidas podem ser aplicadas cumulativamente com a fiança ou a liberdade provisória, desde que cabíveis no caso, e assim terá a finalidade educativa, ante a impossibilidade de fiscalização de seu cumprimento.

CAPÍTULO 02- DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

A implementação da Audiência de Custódia no contexto Brasileiro significou um dos grandes avanços do Direito Processual Penal nos últimos anos. Nesse instituto, o objetivo primordial é a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana no momento da prisão, visando proporcionar um caráter humanitário ao sistema de justiça penal, além de contribuir para que haja redução do encarceramento em massa oriundo da trivialização das prisões provisórias.

Na prática penal, a audiência de custódia refere-se à condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, observando se há indícios da prática de

maus tratos e tortura³¹. Desta forma, a audiência de custódia tornou-se um mecanismo imediato de controle judicial da prisão.

A previsão normativa deste instituto está descrita em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil se tornou signatário desde 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos, pacto também ratificado pelo Brasil, e na legislação pátria temos essencialmente a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça que conjuntamente com as decisões do Supremo Tribunal Federal proporcionou uma mudança promissora no nosso sistema de justiça penal.

2.1- DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO.

Desde a história da humanidade, o sistema carcerário reflete as características negativas da sociedade, onde os condenados vivem como farrapos humanos, castrados até à esperança, sendo um amontoado de pessoas sobrevivendo como nos campos de concentração³². Mesmo havendo manifestações incisivas no âmbito internacional, principalmente na segunda metade de século XVII, com a finalidade de assegurar os direitos humanos e limitar a arbitrariedade do poder punitivo estatal, esse cenário começou a se alterar a partir da criação de organismos voltados à preservação dos direitos humanos, manutenção da paz e da segurança internacional.

Nessa perspectiva, o Conselho da Europa criou a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, a partir dos preceitos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ressalta-se que nessa Convenção estabeleceu a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei para exercer tais funções. O escopo dessa apresentação era servi como instrumento de controle da atividade de persecução penal realizada pelo Estado, essencialmente

³¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 31.

³² O que há, na realidade, é uma promiscuidade irritante, um amontoado de pessoas vivendo como em um campo de concentração. Simplesmente vergonhoso. Enquanto se constroem prédios suntuosos para assuntos governamentais, as nossas cadeias nos levam a Idade Média. Há até quem obrigue os presos a comerem suas próprias dejeções, se seus familiares não contribuírem...E ainda continuam as prisões num crescimento avassalador. In: TOURINHO FILHO, Fernando. **Prática de Processo Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 519.

em relação as instituições que executariam atos de investigação criminal. Isso impossibilitaria a ocorrência de tortura ou maus- tratos aos indivíduos que houvessem sido presos em flagrante ou a título preventivo por ordem das forças estatais diversas do Poder Judiciário. Com o avanço desse instrumento de controle, o Parlamento Europeu aprovou a Diretriz 2012/13/EU, que regulamentava o direito à informação nos procedimentos criminais. Nesta constava o dever do Estado de informar a pessoa detida, o seu dever de apresentá-la sem demora para um magistrado ou autoridade com poderes judiciais, em razão do respeito aos direitos fundamentais da mesma. Assim, alcançou-se mais uma etapa na concretização desse direito, uma vez que não basta a apresentação da pessoa detida ao juiz, mas que ela detenha o conhecimento sobre esse seu direito.

Diante desse contexto, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos promoveu uma visualização distinta da pessoa presa ou detida comparada com a percepção desta no decorrer da história. Deste modo, surgiram outros textos internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado pela Resolução 2.200-A da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. A finalidade deste Pacto era ampliar o rol dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, visto que dentre outros direitos, previu o dever de encaminhar a pessoa detida, sem demora a presença do magistrado³³. Destaca-se que com o escopo de robustecer tais direitos, a Assembleia Geral da ONU estabeleceu a Resolução 43/173, em 09 de dezembro de 1988, constando o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão.

Nessa perspectiva, houve a Conferência de Especialização Interamericana sobre Direitos Humanos, nesta ocasião os delegados dos Estados- membros da Organização dos Estados Americanos aprovaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em 22 de novembro de 1969. Esta em seu artigo 7.5 dispõe a necessidade da apresentação da pessoa presa a um juiz ou autoridade equivalente, o mais rápido possível, no Brasil foi designada como audiência de

³³ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que operacionaliza a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, transformando-a de uma carta de intenções em um instrumento com força normativa e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 159/1992, prevê, em seu Artigo 9, item 3 que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”. In: PRADO. Op. cit., 2017, p. 22.

custódia³⁴. Em seguida, outros diplomas ratificaram esse dever de apresentação, alguns países inseriram em sua própria constituição, sendo que outros optaram em adicioná-la na legislação infraconstitucional atinente à persecução penal. Enquanto que no Brasil não há plena aplicabilidade de todos os objetivos previstos na CADH, mesmo esse sendo signatário.

A audiência de custódia trata-se da apresentação destinada a averiguar o fato punível em tese praticado, como também apurar a legalidade e a necessidade da prisão e o tratamento que o preso recebeu por parte das autoridades envolvidas no momento da sua restrição de liberdade. Essa audiência não é tão novidade assim, pois o Código de Menores de 1979 previa a apresentação imediata ao juiz de toda pessoa menor de dezoito anos, que se envolvesse no cometimento de infração penal. Esse ato era designado como audiência de apresentação. Claro que nesta época não se visava a garantia dos Direitos Humanos, mas sim porque o menor era considerado como uma patologia social gerando um risco para as demais pessoas que convivem com o mesmo. O Estatuto da criança e do adolescente também prever essa apresentação, todavia sob outra roupagem.

Desde a ratificação da CADH pelo Brasil até o ano de 2011, o Poder Legislativo não se manifestou significativamente no sentido de que preso tivesse um contato rápido com o magistrado para rever as razões da prisão efetuada. O legislador teve oportunidade quando houve a reforma parcial no Título IX do Livro I do CPP- Da prisão, das medidas e da liberdade provisória, pela Lei 12.403/2011, entretanto o instituto da audiência de custódia não foi mencionado. Nesse lapso temporal, os movimentos efetivos sobre tal temática ocorreram através dos demais Poderes e outras instituições.

Diante dessa resistência a incorporação e respeitabilidade dos diplomas internacionais no âmbito brasileiro, principalmente o Pacto de San José da Costa Rica, foram necessários diversos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) para obter efetividade. A divergência que houve na respectiva Corte foi em relação a posição hierárquica a ser ocupada pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, essencialmente se as referidas normas se

³⁴ Numa redação bastante semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), muito mais conhecida no Brasil que o PIDCP, sob o nome de Pacto San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678/1992, estabelece, em seu Artigo 7, item 5, que toda pessoa “detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de u juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo”. In: *Ibidem*, p. 22-23.

equivalem as de natureza constitucional ou de natureza supralegal embora de caráter infraconstitucional. A posição majoritária do STF sobre essa divergência estabelece que os tratados e convenções internacionais são normas de natureza supra legal³⁵.

Assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal propiciaram a necessidade da legislação ordinária se submeter a uma dupla compatibilidade, ou seja, além da compatibilidade com a própria Constituição Federal deve-se observar também os tratados e convenções ratificados pelo Brasil. Logo, além do controle de constitucionalidade das normas, há também o controle de convencionalidade das leis.

Com a finalidade de driblar a inércia do Legislativo, o Poder Judiciário estabeleceu iniciativas, como a ação civil pública ajuizada na 3ª Vara Federal de Fortaleza da Seção Judiciária do Ceará, tendo como ré a União Federal. Na referida ação, dentre outros pedidos, o autor requereu ao Diretor Geral da Polícia Federal instaurasse os procedimentos relativos a apresentação judicial imediata da pessoa detida sob os fundamentos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁶. Todavia, somente após a apresentação do PLSº 544 de 2011, que visa implantar a audiência de custódia em nossa legislação nacional de forma expressa, começou a haver uma predominância dessa discussão proporcionando algumas mudanças no cenário jurídico³⁷.

³⁵ STF, HC nº 88.240, 2ª turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 07/08/2008, p. em 24/10/2008. STF, HC nº 94.702, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 07/08/2008, p. em 24/10/2008. STF, HC nº 95.967, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/11/2008, p. em 28/11/2008. STF, HC nº 94.523, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. em 10/02/2009, p. em 13/03/2009. STF, HC nº 94.013, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. em 10/02/2009, p. em 13/03/2009. STF, HC nº 96.772, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 09/06/2009, p. em 21/08/2009. Em sede plenária, essa discussão se materializou nos seguintes julgados: STF, HC nº 92.566, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03/06/2009, p. em 05/06/2009. STF, HC nº 87.585, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03/06/2009, p. em 26/06/2009. STF, RE 349.703, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03/12/2009, p. em 05/06/2009. STF, RE 466.343, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03/12/2009, p. em 05/06/2009.

³⁶ Processo nº 0014512-10.2010.4.05.8100, 3ª Vara Federal de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará.

³⁷ No âmbito da Justiça Federal, importante decisão foi proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região no ano de 2014. Em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, foi analisada a situação em que se encontrava um indivíduo preso em flagrante por trazer consigo diversas notas falsas de R\$ 50,00, e que estaria tentando repassá-las a terceiros. Ao que se observa no relato presente no acórdão em questão, o juiz *a quo* teria não só homologado a prisão em flagrante, como também, decretado a prisão preventiva do conduzido. A impetração do *habeas corpus* deu-se, justamente, em razão da não apresentação do conduzido à autoridade judicial, em afronta ao texto do Artigo 7,5 da CADH. Primeiramente, a liminar foi afastada para que informações fossem pedidas ao juízo *a quo*, apontando como autoridade coatora. Prestadas tais informações, e com a manifestação do Ministério Público, a ordem acabou por ser concedida em parte, para o estrito fim de determinar a apresentação imediata do conduzido ao juiz de 1º grau. Ao contrário do que se possa pensar, o que

Em contrapartida no âmbito geral, diversas Cortes no país se manifestaram sobre a desnecessidade da realização da audiência de custódia, visto que não havia previsão expressa na legislação brasileira. O entendimento que prevalece nas decisões proferidas foi o estabelecimento da prisão preventiva decretada decorrente da prisão em flagrante, sob o fundamento de ausência de prejuízo para o preso, em razão do cumprimento dos objetivos da CADH, apesar da não apresentação imediata do preso ao juiz ou autoridade equivalente. Nessa perspectiva, os Tribunais nacionais estão se posicionaram no sentido de que a informação da prisão ao magistrado e o procedimento referente a lavratura do auto de prisão em flagrante são mecanismos suficientes e mais eficazes em relação ao procedimento da audiência de custódia previstos nas normas internacionais.

Ressalta-se que destoando esse entendimento uma decisão originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se destacou por causa dos seus fundamentos que visavam o relaxamento da prisão preventiva e essencialmente em razão da postura do Desembargador signatário. No caso concreto, o juízo de primeira instância se recusou a realizar a audiência de custódia, uma vez que os textos internacionais não tinham fixado um prazo para a realização de tal procedimento, como também não previu qualquer ilegalidade decorrente da não realização do mesmo. Em segunda instância, ao analisar o pedido de liminar apresentado em sede de *habeas corpus*³⁸, o relator estabeleceu a plena incidência da CADH em todo transcorrer da persecução penal brasileira, o que proporcionou o deferimento da liminar relaxando a prisão do sujeito detido.

Com o escopo de evitar que cada Tribunal disciplinasse de forma distinta o instituto da audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conjuntamente com o Ministério da Justiça e o Poder Judiciário do Estado de São Paulo criou o Projeto-piloto para a implementação gradual de tal procedimento neste

chama a atenção nesse acórdão não foi a determinação da apresentação do preso ao juiz, pois isso, em nível judicial, já havia sido objeto de atenção por parte do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, cerca de 11 anos antes. O diferente, por assim dizer, foi o cuidado manifestado pelo Desembargador-Relator daquele acórdão, em indicar o procedimento a ser tomado pelo juiz de 1º grau, quando da realização da audiência de custódia. Na ocasião, demonstrando nítida preocupação com a preservação da imparcialidade do futuro julgamento de mérito, o juízo ad quem determinou que aquela audiência se operacionalizasse nos moldes do procedimento proposto no PLS nº 554/2011, ainda em trâmite perante o Senado Federal. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 25.

³⁸ TJRJ, *Habeas Corpus* nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 6ª Câmara Criminal, rel. Des. Luiz Noronha Dantas, decisão liminar de 25/01/2015.

Estado. Para estabelecer a execução desse projeto foi expedido o Provimento conjunto nº 03/2015 pela Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria- Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que regulamentou também este ato. Em seguida, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) questionou a constitucionalidade desse projeto- piloto junto ao Supremo Tribunal Federal. A ação declaratória de inconstitucionalidade 5.240 utilizou os argumentos sobre a impossibilidade de a norma administrativa legislar em matéria de direito processual, conforme disposto no Art. 22, I da Constituição Federal de 1988, como a violação do Princípio da Separação dos Poderes, em razão da criação de obrigações ao Poder Executivo do Estado de São Paulo. Entretanto, após ser parcialmente conhecida, o STF julgou improcedente declarando que não houve nenhuma violação, uma vez que a legislação federal legítima em sentido estrito a audiência de apresentação.

Em momento anterior à data do julgamento da ADI 5.240, diversos Tribunais de Justiça constantes no país firmaram um convênio com o Conselho Nacional de Justiça, emitindo assim suas próprias argumentações em relação ao procedimento a ser aplicado na audiência de custódia em seu âmbito territorial. Assim, a decisão do Supremo robusteceu a expansão desse instituto em outros Tribunais estaduais que ainda estavam temerosos quanto a constitucionalidade no contexto brasileiro. Deste modo, após o ano de 2015, todos os Tribunais estaduais aderiram ao projeto- piloto do CNJ e assim expediram suas regulamentações sobre a audiência de custódia³⁹.

³⁹ **Acre:** Portaria Conjunta nº 17/2015, Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria da Justiça. **Amazonas:** Portaria nº 1.272/2015- PTJ. **Alagoas:** Resolução nº 21, de 15 de setembro de 2015, do Pleno do Tribunal de Justiça. **Amapá:** Ato Conjunto nº368/2015, do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça. **Bahia:** Provimento Conjunto nº 01/2016, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Ceará:** Resolução nº 15/2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Distrito Federal:** Portaria Conjunta nº 101, de 07 de outubro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Espírito Santo:** Resolução nº 13/2015, do Pleno do Tribunal de Justiça. **Goiás:** Resolução nº 35, de 22 de julho de 2015, da Corte Especial do Tribunal de Justiça. **Maranhão:** Provimento nº 14/2014, da Corregedoria Geral de Justiça. **Mato Grosso:** Provimento nº 14, do Conselho de Magistratura. **Mato Grosso do Sul:** Provimento nº 352, do Conselho da Magistratura. **Minas Gerais:** Resolução nº 796/2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Pará:** Provimento Conjunto nº01/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Paraíba:** Provimento Conjunto nº 01/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Paraná:** Resolução nº 144, de 14 de setembro de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Pernambuco:** Resolução nº 380, de 10 de agosto de 2015, da Corte Especial do Tribunal de Justiça. **Piauí:** Provimento Conjunto nº 03, de 11 de junho de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Rio de Janeiro:** Resolução nº 29/2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Rio Grande do Norte:** Resolução nº 18/2015, do Tribunal de Justiça. **Rio Grande do Sul:** Resolução nº 1087/2015, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça. **Rondônia:** Provimento Conjunto nº 11/2015/ PR-CG, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Roraima:** Resolução nº 26, 02 de setembro de 2015, do Tribunal de Justiça. **Santa Catarina:** Resolução Conjunta GP/CGJ nº 06, de 04 de setembro de 2015. **São Paulo:** Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do

Todavia, as respectivas regulamentações apresentavam divergências entre si, pois muitos Tribunais não utilizaram como exemplo o Provimento elaborado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Nesse sentido, algumas Cortes admitiram a audiência de custódia através de vídeo conferência enquanto outras não, ou alguns Tribunais permitiam a realização desse instituto em finais de semana e feriados, porém outras autorizam somente em dias úteis, como também havia discordância sobre o prazo de apresentação do preso ao juiz.

Neste contexto, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, postulando o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação da pessoa detida ao juiz ou autoridade judicial, dentre outros pedidos. O Supremo deferiu a medida cautelar requerida na ação, estabelecendo o dever de implementação desse prazo todos os Tribunais constantes no país⁴⁰. Em razão da ausência de um modelo nacional nas regulamentações estaduais mais a medida liminar relacionada ao prazo de apresentação que deveria ser cumprida por todos os Tribunais, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução 2013, que “dispõe sobre a apresentação de toda a pessoa presa a autoridade policial no prazo de vinte e quatro horas”.

A Resolução 213 do CNJ mesmo com amplitude nacional, não revogou as regulamentações emitidas pelos Estados que aderiram ao projeto-piloto do CNJ, entretanto houve a derrogação destes atos regulatórios estaduais. Essa Resolução uniformizou o procedimento utilizado no transcorrer da audiência de custódia e ingressou em diversos temas que não foram abordados nas regulamentações estaduais, como a legitimidade dos sujeitos a serem beneficiários da apresentação judicial. Anteriormente, a audiência de custódia era direcionada somente para o preso em flagrante delito. Todavia, a Resolução 213 do CNJ em conformidade com as normas internacionais ratificadas pelo Brasil, ampliou a realização da audiência

Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Sergipe:** Instrução Normativa nº11/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça. **Tocantins:** Resolução nº17, de 02 de julho de 2015, do Tribunal de Justiça.

⁴⁰ Duas semanas depois, em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o objetivo de reconhecer as condições degradantes do sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, ou seja, “um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas. Entre as medidas cautelares deferidas pelo STF, diante da constatação do estado de coisas inconstitucional, incluiu-se a observância obrigatória da realização de audiências de custódia em todo território nacional, para a apresentação do preso ao juiz em até vinte e quatro horas. In: PRADO, op. cit., 2017, p. 27.

para aquele sujeito que foi preso a título cautelar ou definitivo e estabeleceu o Sistema de Audiência de Custódia, que prevê procedimentos para a aplicação, acompanhamento de medidas cautelares alternativas a prisão para custodiados apresentados na referida audiência e o encaminhamento de denúncias referente a tortura ou outros tratamentos degradantes.

Por fim, essa Resolução foi ainda questionada diante do Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.448, ajuizada pela Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGIS), porém ela teve seu seguimento negado por decisão monocrática, tendo como fundamento a ausência de legitimidade ativa da entidade⁴¹.

2.2- DA DEFINIÇÃO, PROPÓSITOS E PREVISÃO LEGAL.

Na prática penal, a audiência de apresentação do preso prevista no Art. 310 do CPP alterado pela Lei 12.403\2011, apresenta-se como um instrumento de garantir a efetividade desse novo modelo de medidas cautelares pessoais introduzidas no sistema penal, como também a eficácia em relação à dignidade do sujeito no transcorrer da prisão. Desse modo, o legislador e a doutrina designaram o referido ato como audiência de custódia, sendo que através dela ressurgiu a esperança de garantir a efetividade dos direitos fundamentais do sujeito preso, principalmente no que se refere a integridade física e psíquica; e o instituto da presunção de inocência.

A respectiva audiência de custódia se tornou um mecanismo de natureza pré-processual, embora submetido ao contraditório, pode ser designado como um ato direcionado a concretizar efetivamente o direito do preso a ser conduzido, de forma imediata, à presença do magistrado ou autoridade judicial equivalente, com o escopo de que a sua prisão seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade. Se a prisão for ilegal, deverá ser concedida a liberdade provisória ou caso seja ratificada, essa prisão poderá ser substituída por medida cautelar alternativa, suficiente e adequada para o caso, vislumbrando um caráter humanitário. Neste contexto, ainda existe a possibilidade de exercer o controle judicial sobre a prática

⁴¹ A ação questiona a constitucionalidade formal da Resolução nº 213 do CNJ, entendendo que teria havido usurpação da competência privativa do Congresso Nacional (Art. 22, I da Constituição Federal) para tratar de matéria processual penal. [...] A referida ação teve seguimento negado liminarmente pelo relator por falta de legitimidade ativa, por entender que a ANAMAGES não é entidade de classe nacional de Magistratura, estando pendente de julgamento o agravo regimental interposto pela autora. In: *Ibidem*, p. 28.

nefasta e vigente, consistente em submeter o custodiado a atos de maus tratos e tortura.

Nas lições de Daniel Prado⁴², a audiência de custódia é um procedimento mais adequado para tutelar o direito individual à liberdade, sob a perspectiva de não intervenção indevida do Estado, pois essa apresentação do preso ao juiz possibilita um controle efetivo das circunstâncias da prisão em comparação com a mera comunicação escrita da prisão pela autoridade policial, até mesmo porque o indivíduo será entrevistado pelo magistrado na presença do seu defensor. Complementando este raciocínio, Caio Paiva⁴³, menciona que o conceito atribuído a essa audiência tem vinculação direta com os objetivos que a mesma se propõe, sendo estes, a harmonização entre o processo penal brasileiro e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a prevenção de tortura policial, com a finalidade de assegurar à efetivação do direito à integridade pessoal dos indivíduos, e a de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias.

Diante desse contexto, a audiência de custódia diz respeito à condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial competente que após o contraditório prévio estabelecido pelo Ministério Público e Defesa, irá exercer o controle imediato de legalidade e necessidade da prisão, verificando se há indícios da prática de maus tratos e tortura concernente ao conduzido. Tal instrumento tem a finalidade de resguardar a liberdade pessoal e a dignidade do acusado, servindo a propósitos humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao processo penal.

A audiência de custódia encontra amparo legal no Brasil, principalmente nos Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos incorporados ao direito pátrio, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual dispõe no Art. 7º que *“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”*, e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de cujo Art. 9º, item 3 extrai-se que *“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”*. Além disso, reconhecem-se como fonte jurídica os

⁴² Ibidem, p. 21.

⁴³ PAIVA, op. cit., 2017, p. 34.

diversos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre essa respectiva matéria.

Em relação a finalidade de ajustar o processo penal aos Tratados Internacionais, a legislação brasileira não obedeceu efetivamente este objetivo, uma vez que conforme já mencionado, a audiência tem previsão normativa na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo o Brasil signatário desde 1992. Entretanto, apenas recentemente a efetiva realização de tal instituto passou a ser discutida e colocada em prática pelo nosso sistema penal. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm o caráter de supralegalidade no controle judicial de convencionalidade. Como o Código de Processo Penal trata-se de uma lei ordinária e a CADH tem caráter supralegal, deve prevalecer esta última, uma vez que está acima da lei e deve ser aplicada imediatamente, sendo insuficiente apenas a comunicação ao juiz sobre a prisão. Logo, a previsão da audiência de custódia não é uma inovação do nosso ordenamento, refere-se ao descumprimento de algo previsto há muito tempo.

Outro fundamento legal existente acerca da audiência de custódia é a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca promover efetividade ao que dispõem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos acerca da temática, prevendo normativamente as características desse instituto, que não foram mencionadas pelas normas internacionais. Ressalta-se que tais tratados não necessitam de qualquer implemento normativo interno para serem vigentes, visto que a partir do momento que foram ratificados e promulgados, adquiriram o status de norma supralegal, conforme posição majoritária do Supremo Tribunal Federal.

2.3- DA DINÂMICA PROCEDIMENTAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

No sistema jurídico brasileiro, não existe um modelo específico para a realização da audiência de custódia, o que não constitui qualquer empecilho à implementação desse procedimento extraprocessual. Essa dinâmica procedimental demonstra os objetivos de garantir a dignidade da pessoa presa em flagrante delito, sem proporcionar qualquer espécie de irregularidade ou vício, sendo que esses atos devem ser praticados com observância aos postulados extraídos dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, com ênfase na garantia da proporcionalidade, legalidade e ampla defesa. De forma mais específica, a

Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça regulou o procedimento a ser observado nas audiências de custódia, estabelecendo as premissas básicas com parâmetros semelhantes ao Projeto de Lei 554/2011.

Caso haja algum vício insanável na prática desse procedimento de apresentação, a possível nulidade limita-se aos elementos de convencimento nela produzido, não refletindo nos atos desenvolvidos na fase judicial, pois o respectivo instituto visa a formação do livre convencimento da autoridade judiciária, bem como a garantir a dignidade do preso contra eventuais maus- tratos ou torturas vinculados diretamente com a prisão em flagrante⁴⁴. Em decorrência dessa limitação do procedimento desenvolvido na audiência de custódia, não será possível a prática de atos inerentes a antecipação de provas contra o réu ou qualquer outra providência que necessite da conclusão do inquérito policial.

A Resolução 213 do CNJ prever em seu Art. 1º que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, deve ser apresentada à autoridade judicial competente, em até 24 horas da comunicação do flagrante, sendo ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. Ressalta-se que esta apresentação à autoridade judicial também será assegurada as pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, conforme preceitua o Art. 13 da Resolução 213 do CNJ.

Diante disso, o Art. 1º, §4º preleciona que a pessoa presa com enfermidade grave ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que impossibilite a sua apresentação ao juiz, no prazo mencionado no caput, deverá ser assegurada a realização da audiência de custódia no local em que o flagranteado se encontre; e nos casos em que o deslocamento seja inviável, deverá ser providenciada a condução imediata deste após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação. Nesta audiência terá a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante, sendo vedada a presença de agentes policiais responsáveis pela investigação ou prisão do indivíduo.

2.3.1- Da regulamentação de apresentação na audiência.

⁴⁴ BRASIL JUNIOR; OLIVEIRA; SILVA; SOUZA, op. cit., 2017. p. 123.

A audiência de Custódia tem como diretriz a apresentação judicial do sujeito que teve sua liberdade restringida de alguma forma, a partir disso surge o questionamento sobre quem deve ser apresentado a autoridade judiciária. Os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e os atos administrativos expedidos pelos Tribunais que seguiram as previsões do projeto piloto do CNJ, determinaram que somente o indivíduo preso em flagrante seriam submetidos a audiência de custódia. Todavia, essa restrição vai de encontro ao entendimento internacional, visto que tais estabelecem a audiência de custódia como um direito a ser observado pelo Estado, devendo essa garantia ser direcionada a pessoas que tiveram sua liberdade restringida por haverem sido presas ou detidas.

Especificamente, conforme a CEDH, existem acepções sobre o conceito de pessoa presa ou detida, sendo a primeira delas, o sujeito que teve restringida a sua liberdade e será encaminhado a presença do juiz competente que estiver conduzindo a investigação ou processo penal, assemelhasse a condução coercitiva. A outra hipótese refere-se ao indivíduo que tem indícios suficientes de autoria da infração penal investigada, esse caso corresponde não somente a prisão em flagrante, mas também aquelas prisões sem ordem judicial prévia, admitidas em alguns países. A última acepção alude as hipóteses de enquadramento que justificam o decreto de prisão preventiva.

Nesse contexto, o TEDH interpretou as disposições da CEDH e ampliou consideravelmente as hipóteses em que a pessoa poderia ser vista como presa ou detida, sendo que ambas as situações jurídicas correspondem essencialmente a privação do direito de ir e vir, diferenciando somente em relação a durabilidade do lapso temporal. Assim, a Corte identificou seis situações⁴⁵ em que se enquadram a

⁴⁵ De acordo com o levantamento feito por De Hoyo Sancho, essas situações seriam: “a) la detención cuya finalidad es hacer efectiva una pena legalmente impuesta por sentencia dictada por un tribunal competente; b) la detención cuya finalidad es lograr el acatamiento de una orden judicial que se ha desobedecido o asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por ley; c) la detención cuya finalidad es hacer comparecer a alguien ante la audiencia judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) la detención cuya finalidad es posibilitar el internamiento de un menor em virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o bien harcele comparecer ante la autoridad competente; e) la detención cuya finalidad es posibilitar el internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) la detención cuya finalidad es impedir que una persona entre ilegalmente en el territorio, o bien posibilitar la ejecución de la resolución que ponga fin a un procedimiento de expulsión o extradición en curso”. In: DE HOYO SANCHO, Montserrat. **El Detenido y sus Derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Aplicaciones al Derecho Procesal Nicaraguense. Managua: Hispamer, 2004, p. 261-284.

obrigação da pronta apresentação do sujeito preso ao juiz ou outra autoridade competente.

Na mesma linha, a Organização das Nações Unidas através da Resolução 43/173 da Assembleia Geral, além de estabelecer o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, deixou claro a distinção entre pessoa presa ou detida. De acordo com as disposições, o sujeito preso corresponde ao que sofre a privação de liberdade decorrente de condenação criminal, ou seja, aquele que dá início ao cumprimento de pena privativa de liberdade. Em contrapartida, a pessoa detida seria aquela que sofre privação de liberdade que não seja consequência da imposição de uma pena. Logo, além de abranger as hipóteses estabelecidas pela CEDH, a ONU também adicionou o apenado como detentor do direito à audiência de custódia.

Diante desse contexto, o legislador terá que ampliar as hipóteses de incidência da audiência de custódia, abarcando aqueles indivíduos presos em caráter preventivo ou temporário, como também aqueles presos a título de início de cumprimento de pena. A Resolução 213 do CNJ, embora não apresente uma tecnicamente impecável, em seu Artigo 1º prever a apresentação da pessoa presa em flagrante ou apreendida, possibilitando a compreensão de que não se trata somente de flagrância. Isso está evidenciado também no seu Artigo 13º, onde faz referência as pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva.

Conforme já mencionado, a audiência de custódia tem o escopo de proporcionar ao indivíduo preso ou detido, o contato direto e pessoal com o magistrado ou outra autoridade, ressaltando que os fins por ela perseguidos somente irão se concretizar com a apresentação pessoal a uma daquelas autoridades competentes. Entretanto, as entidades representativas da polícia judiciária apresentam uma forte crítica em relação a necessidade, dessa apresentação judicial, pois afirmam que os órgãos de segurança pública não dispõem de recursos estruturais, financeiros para conseguir realizar tal demanda. Especificamente, mencionam a ausência de servidores para a realização dos procedimentos, a falta de viaturas e até mesmo combustível para os deslocamentos a serem realizados nas cidades, afim de que seja oportunizado esse contato pessoal.

Em contrapartida a tal posicionamento, os grandes centros terão que incorporar uma estrutura adequada que possibilite a realização deste procedimento. Assim, de acordo com a interpretação da CIDH, esse argumento da falta de estrutura deve ser superado em nosso país, visto que somente com a apresentação pessoal, poderão ser valoradas todas as explicações para assim o juiz proceder com a liberdade ou a manutenção da privação de liberdade. Tal compreensão propicia que alguns mecanismos de controle existentes da estrutura policial em nosso país, não sirvam de justificativa para a refutação da plena incorporação da audiência de custódia. Como por exemplo, o caso da comunicação imediata da prisão ao juiz e a remessa do APF ao juízo competente, que vinham sendo constantemente invocados pelos Tribunais nacionais para afastar a aplicabilidade da audiência de custódia nas hipóteses que lhes chegavam ao conhecimento⁴⁶.

Sobre a temática de realização da audiência de custódia através de videoconferência, alguns críticos mencionam que somente em alguns casos se verificaria a necessidade de realização da mesma, como forma de dar plena execução à audiência. Ressalta-se que a redação da Resolução 213 do CNJ é completamente omissa na abordagem dessa questão. Nesse sentido, a jurisprudência da CIDH se estabeleceu com o posicionamento de que a apresentação do preso ou detido deve ser pessoal. Entretanto, nenhuma das decisões existentes daquela Corte examinou a realização da audiência de custódia através de videoconferência.

A videoconferência passou a se integrar ao Código de Processo Penal Brasileiro, desde 2009, a partir da criação de uma exceção à incidência do princípio da imediação. Diante disso, tornou-se possível que o interrogatório do réu por videoconferência ou qualquer outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, sempre que estiver evidenciado o risco à segurança pública, relevante dificuldade de comparecimento do réu, possibilidade de influência de um réu sobre o outro, ou uma questão gravíssima de ordem pública. Por tais motivações, a manutenção da própria lógica do processo penal passa pela necessidade de criar uma exceção à incidência absoluta do princípio da imediação neste instituto⁴⁷.

⁴⁶ : ANDRADE ; ALFEN. Op. cit., 2016, p. 60.

⁴⁷ Ibidem, p. 65

Ainda em relação a apresentação, o TEDH se manifestou positivamente sobre o comparecimento do juiz em um hospital, onde se encontrava a pessoa presa. Na mesma linha de raciocínio, a Resolução 213 do CNJ prever em seu Artigo 1º, §4º⁴⁸, a necessidade de ocorrência desse contato, mesmo que o sujeito preso esteja hospitalizado ou houver alguma circunstância que impossibilite o deslocamento deste à presença do magistrado. Assim, tanto a respectiva Corte quanto o CNJ, reconheceram a possibilidade de inversão da lógica da audiência de custódia em casos excepcionais, onde o juiz se apresenta ao preso, com a finalidade de preservar a necessidade de imediação para aquele ato.

Outra discussão refere-se a quem deve ser realizada essa apresentação, os textos internacionais dispõem que tal apresentação deve ocorrer ao juiz ou outra autoridade habilitada por lei para exercer poderes judiciais. A expressão “juiz” não possibilita uma interpretação extensiva, o mesmo não pode se dizer em relação a “outra autoridade”. Os países signatários que abarcaram expressamente o instituto da audiência de custódia em sua legislação interna, optaram em estabelecer apenas o juiz como destinatário da apresentação do sujeito preso. Isso simplificou a discussão, não proporcionando maiores controvérsias sobre o tema.

Sob o mesmo paradigma, caminha a Resolução 213 do CNJ e os projetos de lei existentes, elegendo o magistrado como a única autoridade responsável para presidir a audiência de custódia. Todavia, as instituições representativas da polícia judiciária brasileira conjuntamente com um setor restrito da doutrina e jurisprudência, vem combatendo essa opção, com o escopo de trazer a figura do Delegado de Polícia como a outra autoridade, a qual se refere a CADH. Em razão da inexistência de um texto normativo que houvesse interpretado ou esclarecido quem seria essa outra autoridade mencionada na CEDH, competiu a doutrina⁴⁹ e a jurisprudência⁵⁰ do TEDH realizar essa atividade cognitiva. Essa interpretação teve a mesma

⁴⁸ Artigo 1º, §4º. Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do *caput*, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

⁴⁹ DE SALVIA, Michele. Lineamenti di Diritto Europeo dei Diritto dell’Uomo. Padova: Cedam, 1991, p. 120. LIÑAN NOGUERAS, Diego J. El Detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Granada: Universidad de Granada, 1980, p. 43.

⁵⁰ TEDH, Caso Irlanda vs. Reino Unido, § 199, Sentença de 18 de janeiro de 1978. TEDH, Caso De Jong, Baljet e Van den Brink vs. Holanda, Sentença de 22 de maio de 1984. TEDH, Caso Assenov Assenov e outros vs. Bulgária, §§ 146-148, Sentença de 28 de outubro de 1998. TEDH, Caso Aquilina vs. Malta, §§47, Sentença de 29 de abril de 1999. TEDH, Caso Medvedyev e outros vs. França, §124, Sentença de 29 de maio de 2010.

conclusão da ONU, que através do próprio texto de seu Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, esclareceu que aquela autoridade, ainda que diversa do juiz, deveria ser independente e imparcial no que concerne as autoridades governamentais envolvidas na persecução penal.

2.3.2- Do prazo na Audiência de Custódia.

Para que a finalidade da Audiência de Custódia seja cumprida, o lapso temporal de apresentação da pessoa presa deve ser o mínimo possível, para assim evitar a incidência ou o agravamento de possíveis agressões sofridas pela detido, como também o prolongamento de uma prisão que em seu surgimento ou ao longo de sua formalização, tornou-se ilegal.

Sobre essa temática, a Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a expressão “sem demora” em referência ao aspecto temporal em que o preso, após sua captura deverá ser conduzido à presença da autoridade judicial. Assim, ainda que esta seja a lógica dos textos internacionais que instituíram esta audiência, nenhum deles estipulou um prazo determinado para que essa apresentação do sujeito preso à autoridade judiciária ocorresse. Em razão da ausência de um prazo estabelecido *a priori*, proporcionou que cada país em particular especificasse o lapso temporal em que a apresentação deveria ocorrer⁵¹.

Em relação aos países que não instituíram tal prazo ou que vieram a descumpri-lo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em parecer, determinou que a rapidez na apresentação do preso à autoridade competente, deveria ser interpretada de acordo com as características especiais de cada caso, advertindo que mesmo se tratando de um fato extremamente grave praticado pelo sujeito preso, nenhuma das autoridades poderão prolongar indevidamente o período da detenção⁵². Conforme já mencionado, no âmbito brasileiro, não existe um

⁵¹ A Constituição da Guatemala (Artigo 6º) prevê essa apresentação em prazo não superior a 06 horas, ao passo que o CPP do Chile (artigos 131 a 132) prevê o prazo de 24 horas. Por sua vez, a Constituição do Haiti (artigo 26), a Constituição da Niguarágua (artigo 33.2), a Constituição do México (artigo 16), a Constituição da África do Sul (artigo 35.1, letra d), e a Constituição de Portugal (artigo 28.1), estabelecem o prazo máximo de 48 horas, mesmo lapso presente no CPP do Equador (artigo 173). Estabelecendo um prazo mais dilatado, a Constituição da Espanha fixa um prazo de 72 horas para essa apresentação, mesmo prazo fixado pelo CPP da Suécia (Capítulo 24, Seção 12, 1º parágrafo). In: ANDRADE; ALFEN, op. cit., 2016, p. 66- 67.

⁵² CIDH, Caso Tibi vs. Equador, § 115, Sentença de 07 de setembro de 2004. No mesmo sentido, CIDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, § 73, Sentença de 27 de novembro de 2003. CIDH, Caso

procedimento nem um prazo estabelecido em lei para que ocorra a audiência de custódia. Em função disso, os projetos de lei apresentados singelamente têm o propósito de inserir a audiência de custódia ao momento destinado por nossa legislação à análise da legalidade da prisão em flagrante e da incidência, ou seja, o período de verificação do auto de prisão em flagrante. Nesse sentido, se institui o prazo de 24 horas contados a partir da prisão em flagrante, para que haja a apresentação do sujeito detido ao juiz competente⁵³.

Na mesma perspectiva, concerniu a Resolução 213 do CNJ, determinando o prazo de até 24 horas para a apresentação judicial do preso, a partir da comunicação em flagrante, todavia com certas peculiaridades quanto ao momento inicial deste prazo. A primeira dessas peculiaridades refere-se ao não cumprimento da decisão liminar proferida pelo STF nos autos da ADPF 347. De acordo com a respectiva decisão, o prazo de 24 horas para a apresentação judicial será a partir do momento da prisão. Entretanto, tal Resolução afirma que esse mesmo afirma que esse mesmo prazo deve ser contado a partir da comunicação do flagrante, momento em que geralmente pode ser equivalente ao da prisão. Ressaltando que entre a contenção física do sujeito preso em flagrante até a comunicação da referida prisão, há um lapso temporal extenso, uma vez que determinadas situações como o número insuficiente de servidores para a realização rápida de todos os atos de formalização da prisão, o tempo de deslocamento do preso até a delegacia, dentre outros, geram um transcurso bem maior em relação ao que foi previsto pelo CNJ.

Ainda nesse aspecto, outra peculiaridade da Resolução 213 do CNJ corresponde ao momento caracterizador da prisão em flagrante. A comunicação dessa prisão foi equiparada à remessa de cópia do APF à autoridade judicial⁵⁴, ou seja, o mesmo momento em que o juiz fosse informado sobre a existência da prisão, teria também o contato com a formalização policial do flagrante. Em contrapartida, a diferença temporal entre a comunicação imediata da prisão e a remessa do APF ao juízo competente é significativa, visto que quando a Constituição Federal exige que

Acosta Calderón vs. Equador, §77, Sentença de 24 de junho de 2005. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, § 84, Sentença de 23 de novembro de 2003. CIDH, Caso J. vs. Peru, § 144, Sentença de 27 de novembro de 2013.

⁵³ ANDRADE; ALFEN, op. cit., 2016, p. 69.

⁵⁴ Artigo 1º, §1º. A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio de encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoa determinada caput.

a comunicação ao juízo e a família do preso deve ser imediata⁵⁵, não se pode atribuir que essa somente ocorra com a distribuição do APF ao Poder Judiciário, até mesmo porque a autoridade policial tem o prazo de 24 horas para a formulação e distribuição do auto para o juízo. Logo, uma comunicação que deveria ser imediata, ocorrerá somente após 24 horas da apreensão física do sujeito flagrado.

Diante desse contexto, a Resolução 213 do CNJ deve ser aprimorada, prevendo o lapso inicial para a apresentação judicial conforme estabelecido pelo STF em decisão liminar nos autos da ADPF 347. Posteriormente, não deveria haver essa equiparação entre a comunicação da prisão em flagrante com a remessa do APF ao juízo competente, pois tal medida vai de encontro com os interesses do sujeito detido, uma vez que sua localização seria somente conhecida pelo magistrado após a conclusão e distribuição do auto de prisão.

2.3.3- Da ausência de implantação da Audiência de Custódia.

Desde a inserção da Audiência de Custódia no ordenamento interno brasileiro desde 1992, através do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, tal instituto trata-se de um modelo ainda em construção, regulamentado administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça e por Tribunais, que vem decidindo sobre a importância fundamental e a necessária implantação do mesmo. Essas decisões estabelecem que a ausência da audiência não torna automaticamente ineficaz o modelo de apreciação do flagrante atualmente aplicado, pois mesmo sem a presença física do preso, a legalidade da medida será analisada fundamentalmente pela autoridade judiciária, especificamente contemplando o relaxamento da prisão pré- cautelar, a conversão em prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão.

Mesmo após a inclusão desse novo modelo através da Resolução 213 do CNJ e com mais de um ano da decisão liminar do STF nos autos da ADPF 347, os tribunais resistem em reconhecer a nulidade dos decretos prisionais aplicados sem a

⁵⁵ Pensamos que o primeiro ato que a autoridade deve adotar, concomitante aos atos formais do flagrante, é comunicar, por ofício, ao juiz competente, acerca da prisão de um cidadão. Ocorre que no mais das vezes, a lavratura de um auto de flagrante é demorada, ou postergada, ficando o magistrado sem ciência da prisão. (...) à falta de contornos visíveis, mensuráveis, temos que imediatamente significa o primeiro ato que deve a autoridade proceder, ou seja, de imediato, logo após a prisão do cidadão deve ser enviado um ofício ou telegrama, ou telex, ao magistrado competente, dando-lhe ciência da detenção, bem como dos fatos que a motivam, buscando o juiz aonde quer que se encontre. In: FONSECA, Antônio César Lima da. Abuso de autoridade. Comentários e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99- 100.

realização da audiência de custódia, isso decorre da ausência de discussão ampla sobre o controle de convencionalidade, pois caso houvesse iria proporcionar uma popularização dos Tratados Internacionais gerando um aperfeiçoamento das decisões judiciais no sentido de consolidar que a conversão do flagrante delito é exceção dentro do sistema e deve ser adequadamente fundamentada, conforme a sinalização da jurisprudência do STF, *in casu*:

STF: Embora o impetrante não tenha formulado pedido nesse sentido, observo que o juízo processante deixou de realizar a audiência de custódia, sob o argumento de que “sua implementação no Estado de São Paulo vem dando de forma gradativa, obedecendo cronograma estabelecido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme Resolução n° 740/2016, estando agendado o início para a Comarca de Tupã- 30ª Circunscrição Judiciária- para 01.05.2017”. Tal justificativa, no entanto, vai de encontro com o que se decidiu no julgamento da ADI 5.240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, e da ADPF 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Essa orientação jurisprudencial, aliás, foi positivada por meio da Resolução 213, de 15/12/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que já no seu art. 1º determina, peremptoriamente, “que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”. Essa Resolução entrou em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016 (art. 17). Isso posto, concedo a ordem, de ofício, para determinar a realização da audiência de custódia, em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir da comunicação oficial desta decisão cautelar, oportunidade, inclusive, em que o magistrado terá condições, vis- à- vis com o indiciado, de analisar a necessidade, ou não, de substituição da prisão preventiva pela aplicação de uma ou mais das medidas constantes do art. 319 do CPP. Comunique-se com urgência. **(STF- HC: 141165 SP- 0002008-65.2017.1.00.0000, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Dje- 053 20/03/2017).** **STF:** Não há que se falar em nulidade da prisão cautelar por ausência de realização da audiência de custódia, uma vez que a prisão em flagrante ocorreu em 22/02/2016, dentro dos prazos estabelecidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 347 MC/DF) e pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 213, arts. 15 e 17) para institucionalização das referidas audiências. Habeas corpus não conhecido. Ressalto que, para fins de apreciação do pedido de medida liminar, é necessário avaliar se o acórdão atacado teve o condão de caracterizar patente constrangimento ilegal. Ao exame dos autos, verifico que o ato impugnado se encontra fundamentado, apontando as razões de seu convencimento no sentido da manutenção da prisão preventiva do Recorrente. Em análise de cognição sumária, não detecto a presença dos pressupostos autorizadores da concessão da medida liminar com a imediata revogação do decreto prisional. Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. **(STF- RHC: 139834 RJ-0000188-11.2017.1.00.0000, Relator: Min. Rosa Weber, Dje- 044 09/03/2017).**

Conforme a Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a não apresentação do sujeito preso ao juiz ocasionaria somente duas consequências: a) ou se procede à sua apresentação imediata ao juiz, esteja na fase de investigação ou a processual; b) ou se procede o relaxamento da prisão,

colocando em liberdade o respectivo sujeito. Contudo, deve-se analisar cada caso concreto, especificamente no que diz respeito ao momento que se encontra a persecução penal.

Se estiver na fase de investigação, as Cortes Internacionais determinam a apresentação imediata do sujeito preso ao juiz ou a sua rápida soltura. Ressalta-se que a soltura do indivíduo não é o único parâmetro, caso haja a impetração de *Habeas Corpus* e a discussão seja direcionada ao juízo *ad quem*. Pelo contrário, a prevalência será a efetivação das diretrizes estabelecidas pela CIDH, ou seja, proporcionando ao Tribunal o modelo de apresentação imediata ao magistrado. Somente se não houver tal possibilidade, ocorrerá o relaxamento da prisão. Destaca-se que se a prisão perdurar por um lapso temporal superior ao prazo determinado para a apresentação do preso e esta houver sido postulado pela defesa, também se configura a hipótese de relaxamento da prisão.

Caso esteja na fase processual, deve-se verificar se o sujeito passivo da persecução penal já logrou sua liberdade sem vinculação com as cautelares diversas da prisão. Se esta condição for positiva, ou seja, se o sujeito obteve a sua liberdade sem restrições, não houve nenhum prejuízo as pretensões defensivas, uma vez que foi alcançado um dos objetivos da audiência de custódia, que é a análise da necessidade, ou não, de manutenção da prisão. Desta forma, as consequências sobre a não realização de tal audiência, estão correlacionadas com a liberdade do sujeito, e não em relação a validade dos atos praticados na fase de investigação ou na fase processual.

Nessa perspectiva, a decisão que decretou a prisão preventiva, deve ser analisada de acordo com os seus fundamentos, ressaltando que a audiência de custódia deverá ser realizada, mesmo que em fase posterior, com o intuito de garantir que o preso em flagrante tenha a oportunidade de vislumbrar a sua prisão ou mesmo outra medida cautelar apreciada, após a sua apresentação judicial ao magistrado competente. Neste aspecto, mesmo que as providências previstas sejam insuficientes para preservar a garantia integral aos direitos humanos da pessoa presa em flagrante, a omissão da realização da audiência constitui irregularidade que precisa ser sanada pelo Estado Brasileiro. Assim, além do aperfeiçoamento de tal instituto, se deve avançar gradualmente na implantação efetiva de um modelo mais garantista, sem inviabilizar o funcionamento do sistema judiciário penal.

CAPÍTULO 03- DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO PARA O PROBLEMA CRÔNICO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA.

Apesar do cumprimento tardio das obrigações assumidas pelo Brasil perante a Comunidade Internacional, a implementação da audiência de custódia nos Estados foi o maior avanço do processo penal brasileiro nos últimos tempos, racionalizando o ingresso de indivíduos nas prisões e assim reduzindo o índice de privação de liberdade. Tal instituto humaniza o ato de prisão, possibilitando um melhor controle da legalidade e, essencialmente, estabelece melhores condições para o juiz avaliar o caso concreto e a necessidade ou não da prisão cautelar.

Atualmente, nesse contexto de encarceramento em massa e do abuso da prisão preventiva, conforme as últimas estatísticas, o Brasil alcançou a posição de terceira maior população carcerária do mundo. Sobre a decretação dessas prisões provisórias, a questão mais crítica refere-se ao entendimento de que estas não devem servir como antecipação de pena. Apesar da doutrina ter consolidado essa compreensão, se constata empiricamente um abuso na decretação das prisões sem efetiva necessidade, servindo na prática como antecipação de pena⁵⁶.

Neste âmbito de superlotação carcerária através da banalização das prisões provisórias, especificamente a prisão preventiva, o Código de Processo Penal em seu Artigo 282, I, prever um marco normativo que tenta resolver parcialmente essa questão, uma vez afirmado que as medidas cautelares somente podem ser decretadas quando necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e nas situações expressamente previstas, para evitar a prática de infrações penais. Em contrapartida, o inciso II do respectivo artigo, estabelece que, além da necessidade, deve se verificar a adequação através da análise da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado⁵⁷. Assim, há a concretização do princípio da proporcionalidade em matéria processual penal, pois segundo este é inadequado a decretação da prisão provisória, quando esta medida for mais gravosa que o potencial resultado útil do processo.

⁵⁶ SANTOS, Rogério Dutra dos (coord.). **Excesso de prisão provisória no Brasil**: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.uff.br/sites/default/files/news/arquivos/rogerio_finalizada_web.pdf>. Acesso em: 18. Jul.2018.

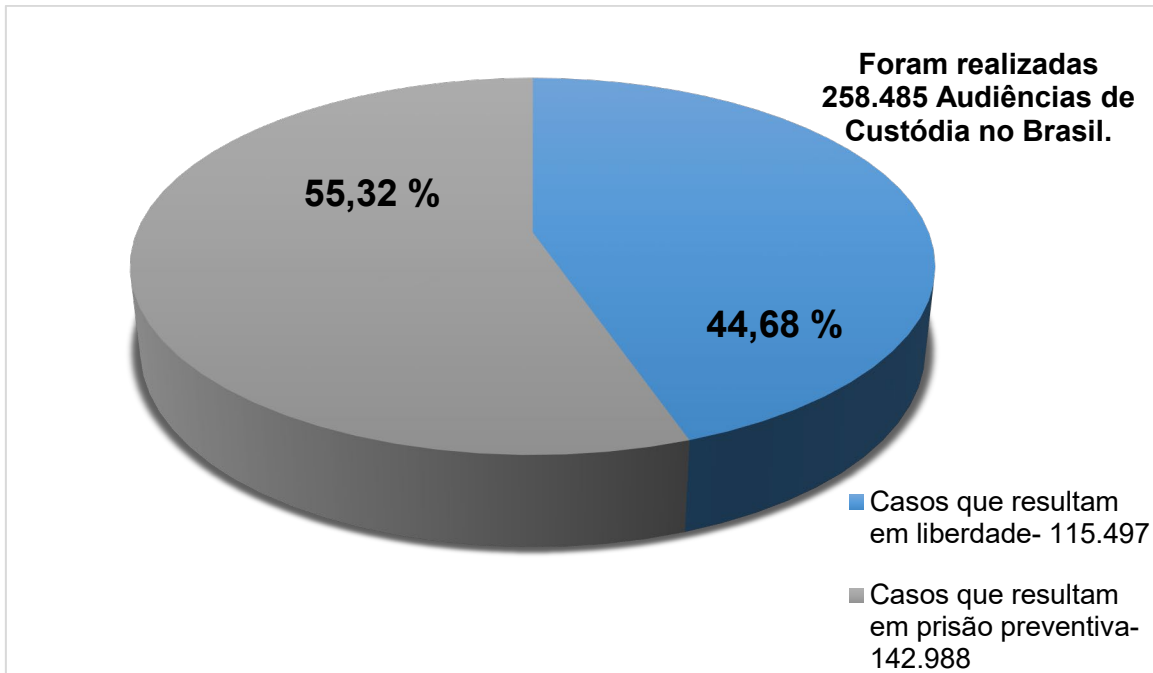
⁵⁷ PRADO. Op. cit., 2017, p. 52.

Sobre a efetivação da audiência de custódia, conforme já demonstrado, tal instituto consiste na garantia da rápida apresentação do preso a uma autoridade judicial nos casos de prisões em flagrante, tendo o propósito de que o acusado seja entrevistado pelo juiz nesta audiência, em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público e defesa. No decorrer da audiência, o juiz analisará a prisão sob os aspectos da necessidade, legalidade e adequação da continuidade desta ou da eventual concessão de liberdade com ou sem imposição de outras medidas cautelares. Posteriormente, irá verificar também eventuais práticas que vão de encontro com a dignidade física ou psíquica do acusado, como a ocorrência de torturas, maus-tratos ou qualquer outra irregularidade.

Nesse contexto, a efetivação de tal instituto possibilitou diversas vantagens, dentre elas, a redução do encarceramento em massa, tendo em vista que através desse encontro do magistrado com o preso, supera-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no Art. 306,§1º do CPP⁵⁸, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o juiz. A partir de pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram realizadas 258.485 audiências de custódia em todo país até junho de 2017. De acordo com os dados fornecidos pelo respectivo órgão, mesmo que o resultado correspondente a decretação de prisão preventiva seja maior, houve um aumento relevante no índice de concessão de liberdade, abrangendo 115.497 casos em foram realizadas tais audiências, conforme o gráfico;

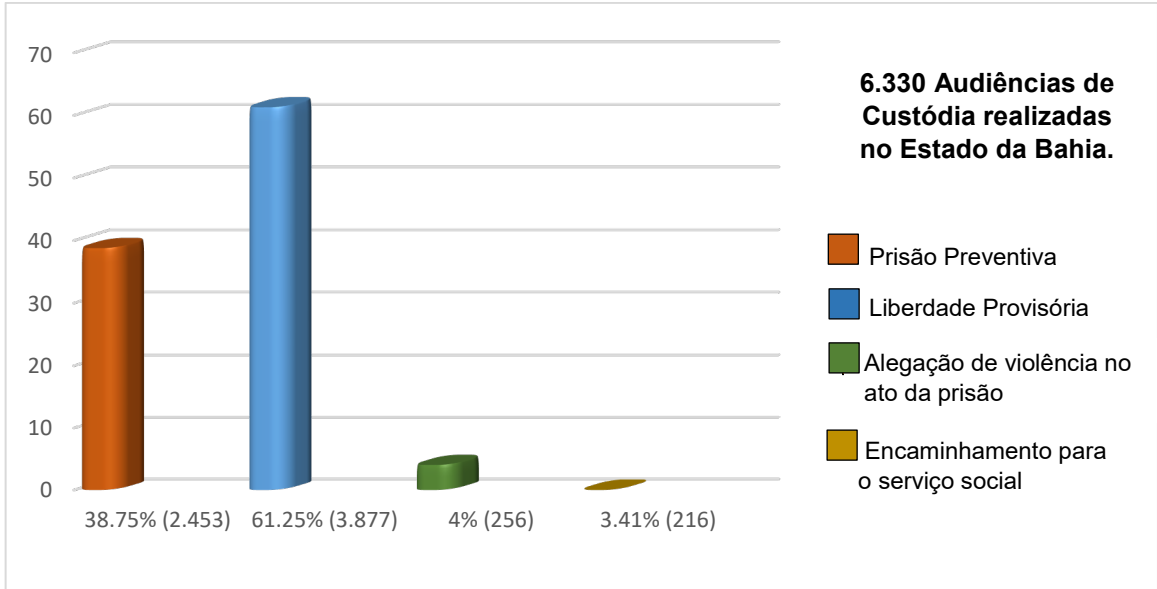
GRÁFICO 01- Índice de realização da Audiência Custódia no Brasil.

⁵⁸ **Art. 306, § 1º.** Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007).



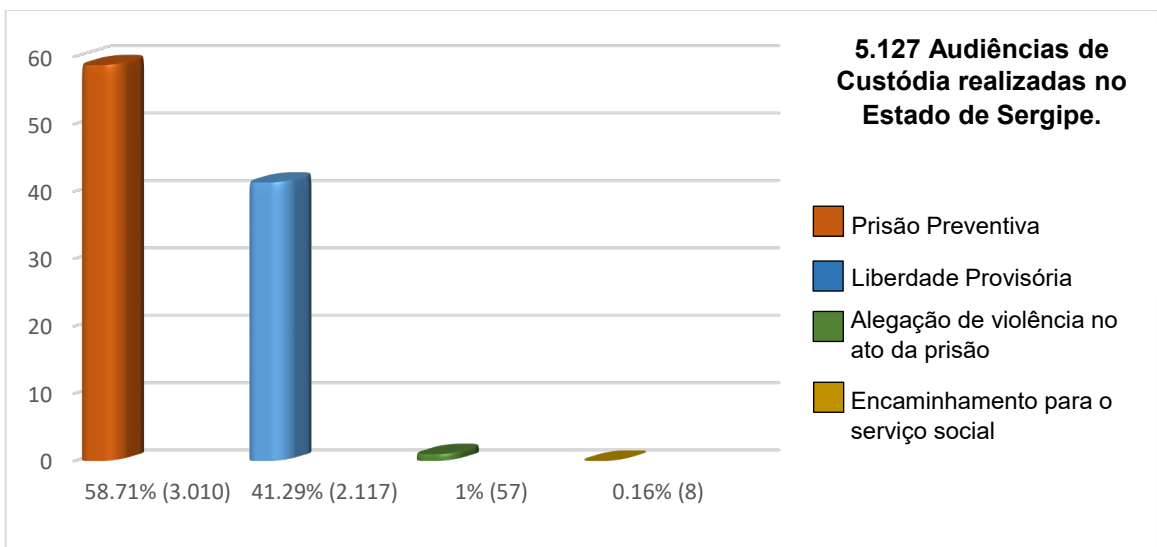
Em relação ao combate à superlotação carcerária, a partir dessa apresentação imediata, o juiz tem maior possibilidade de obter informações para decidir se o sujeito foi detido legalmente e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória. Nesse sentido, através das pesquisas do CNJ no Estado da Bahia constatou-se que foram realizadas 6.330 audiências de custódia no período de 28/08/2015 a 30/06/2017. A partir desse estudo, se verificou que nesse Estado, o índice de concessão de liberdade provisória é consideravelmente muito maior, abrangendo 3.877 casos, em relação ao de decretação da prisão preventiva, de acordo com os seguintes dados informados no Gráfico 02. Destaca-se que na cidade de Salvador, segundo o estudo realizado nos seis primeiros meses, 88,79% das audiências foram realizadas até dois dias depois da prisão, e apenas 3,24% foram realizadas após o quarto dia.

GRÁFICO 02- Índice de execução da Audiência de Custódia no Estado da Bahia.



Em contrapartida, no Estado de Sergipe foram realizadas 5.127 audiências de custódia no período de agosto/ 2015 a junho/2017. De acordo com as pesquisas do CNJ, através dos dados informados no Gráfico 03, se constatou que no respectivo Estado, o índice de decretação da prisão preventiva é consideravelmente superior, chegando ao percentual de 58.71%, tendo abrangido 3.010 casos, em comparação ao índice de concessão de liberdade provisória, que alcança somente o percentual de 41.29%, abarcando 2.117 casos, quadro completamente distinto em relação ao Estado da Bahia.

GRÁFICO 03- Índice de execução da Audiência de Custódia no Estado de Sergipe.



Conclui-se, portanto, que a audiência de custódia é instrumento necessário para reduzir o número de presos provisórios e controlar o problema crônico de encarceramento em massa tanto em nível federal, quanto em relação principalmente ao Estado da Bahia, que com a efetiva aplicação desse instituto, proporciona o maior índice de liberdade provisória, evitando que sejam colocados no mesmo local, indivíduos que são réus primários e sem antecedentes criminais com os presos que pertencem a facções criminosas.

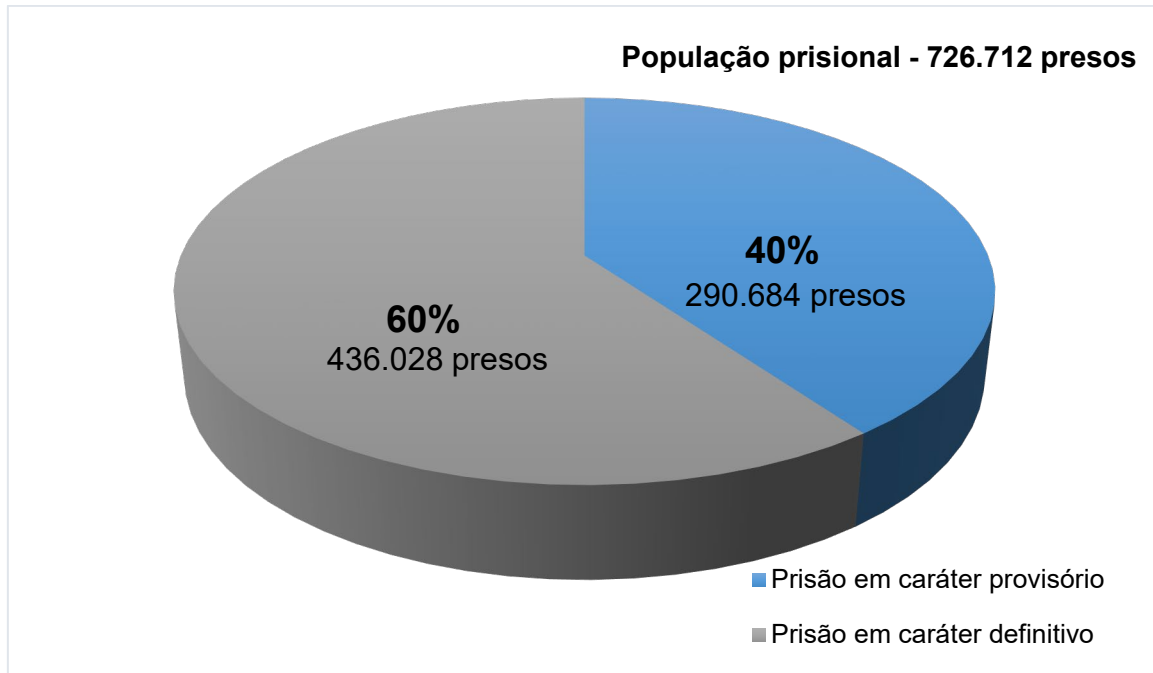
3.1- DOS BENEFÍCIOS QUANTO A INTRODUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTEXTO BRASILEIRO.

Há diversos benefícios acerca da inserção da Audiência de custódia no sistema penal brasileiro, especificamente no que concerne a redução do encarceramento em massa no país, sendo que através deste instituto se promove uma apresentação do sujeito preso ao juiz, superando o modelo previsto no Art. 306, §1º do CPP, que se satisfaz com o mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao magistrado. Além de harmonizar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e combater a prática de tortura ou qualquer outro tratamento desumano ao preso.

Nesse contexto atual de superlotação carcerária, a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN⁵⁹, publicado em 2017, constatou-se que a população carcerária chega a 726.712 presos, ressaltando que 40% das pessoas presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas, sendo assim presos provisórios, conforme o Gráfico 04. Este dado varia sensivelmente entre os levantamentos mais recentes do INFOPEN; no levantamento de junho de 2014, essa população representava 41% do total; em dezembro do mesmo ano representava 40%; já em dezembro de 2015, as pessoas sem julgamento somavam 37% da população no sistema prisional.

GRÁFICO 04- Índice das pessoas privadas da liberdade por sentença em caráter provisório e em definitivo.

⁵⁹ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN, junho 2016.



Conforme já demonstrado, o mecanismo da audiência de custódia combate a superlotação carcerária, uma vez que proporciona a apresentação imediata da pessoa presa ao juiz, possibilitando que a autoridade judiciária aprecie a legalidade da prisão. Assim, a realização de tal instituto minimiza o percentual de prisões manifestamente ilegais, isso porque essa audiência permite que o magistrado obtenha mais informações para decidir se o sujeito foi detido legalmente e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória. Esses magistrados devem decidir apenas sobre a aplicabilidade da prisão provisória, não sobre a suposta responsabilidade do suspeito pelo crime de que está sendo investigado.

Diante desse contexto, consolida-se o direito de acesso à justiça do réu preso, como também a garantia da ampla defesa em momento inicial da persecução penal, não ocorrendo a antecipação do interrogatório, visto que esse depoimento preliminar em juízo não poderá ser usado posteriormente para condenar o réu. Portanto, a audiência de custódia tornou-se um mecanismo necessário para reduzir o percentual de presos provisórios e consequentemente controlar a superlotação carcerária do Estado que mantêm no mesmo âmbito, sujeitos que são réus primários sem antecedentes criminais com detentos pertencentes s facções criminosas.

Outro benefício quanto a implementação da audiência de custódia se refere a demonstração de harmonia entre o processo penal brasileiro com os Tratados Internacionais. Pois através dessa inserção, o Brasil reforça o compromisso com a

proteção aos direitos humanos. Essa adequação entre o ordenamento interno com as normas internacionais tem previsão no Artigo 2º da CADH, que dispõe sobre o dever dos Estados- partes em adotar disposições de direito interno compatíveis com as obrigações contidas no respectivo Tratado. Desta forma, o Artigo 2º da CADH prever;

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno- Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Assim, renova-se a forma que o Brasil é vislumbrado no cenário internacional, visto que organismos e atores internacionais, como o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, já mencionaram sobre a necessidade de implantação da audiência de custódia no direito interno dos países signatários.

Destaca-se que a audiência de custódia inibe a prática de tortura ou qualquer outro tratamento cruel, desumano e degradante nos interrogatórios policiais, que violam os direitos fundamentais dos suspeitos. A execução da tortura é ainda muito corriqueira no Brasil, pois em nosso ordenamento jurídico atual, a única oportunidade que a maioria dos presos tem para denunciar os abusos sofridos à uma autoridade judiciária é em seu interrogatório, meses após a sua prisão, quando a comprovação da materialidade do delito se torna muito mais difícil. Logo, com a inserção da audiência de custódia no contexto brasileiro, haverá a apresentação judicial do preso ou detido à autoridade competente, no lapso temporal de 24 horas, sendo esta uma das principais recomendações no combate a tortura.

Por fim, esse mecanismo da audiência de custódia além de demonstrar o respeito as normas dos Tratados Internacionais, proporciona soluções aos problemas crônicos do sistema carcerário brasileiro, sendo estes a prática de tortura ou tratamento degradante, cruel e principalmente o encarceramento em massa através da trivialização das prisões provisórias.

3.2- DOS OBSTÁCULOS ACERCA DA INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PRISIONAL.

Mesmo o Brasil havendo ratificado o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1992, e nossa legislação

prevendo algo similar a tal instituto em leis de caráter especial, a contribuição da doutrina e jurisprudência era praticamente nula para compreender o mecanismo atualmente conhecido como audiência de custódia. Por essa razão, foram cometidos muitos desacertos pelos grupos favoráveis e contrários a essa implementação em nosso país, seja designando de forma equivocada ou invocando escusas inconsistentes para sua não realização.

Diante desse contexto, com a inserção da audiência de custódia no direito interno, foram identificados desafios paralelos, que perpassam principalmente no estabelecimento de um aparelhamento de gestão das instituições que possibilitam o desenvolvimento eficaz dessas audiências; além da formação adequada dos atores envolvidos nas audiências, para que estes desempenhem uma forma de atuação consistente com o seu objetivo; e na trivialização das prisões provisórias, essencialmente a prisão preventiva. Assim, além do estabelecimento de certas regras para que haja um procedimento que assegure a apresentação judicial de uma pessoa presa ou detida, torna-se necessário a superação dos obstáculos acerca dessa implantação, para que desta maneira a audiência de custódia seja plenamente eficaz no sistema processual penal brasileiro.

3.2.1- Da Trivialização das Prisões Provisórias e a limitação do seu lapso temporal.

Em nosso sistema prisional mesmo havendo previsão legal de outras medidas cautelares, a prisão preventiva ainda é preferencialmente a mais utilizada nos casos concretos, razão pela qual 40% da população carcerária no Brasil corresponde a presos provisórios, alcançando assim a terceira posição no ranking mundial com a população prisional de 726.712 presos em caráter provisório e definitivo.

Para que haja uma verdadeira constitucionalização da prisão preventiva, esta deve ser limitada temporalmente, se tornando assim eficiente, cumprindo os ditames da razoável duração da medida, afastando a tendência de transformar tal prisão em pena antecipada. Ressalta-se que a referida modalidade de prisão por gerar como consequência o cerceamento da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica na medida em que for capaz de realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu procedimento, e na ocasião em que demonstrar ser a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Nas lições de Pacelli⁶⁰, em nosso direito, a partir da Lei 12.403/2011, como também ocorre no Direito português e no Direito italiano, são previstas várias outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta última regra, quando não forem suficientes as demais. Conforme o raciocínio do respectivo autor;

Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal⁶¹.

Ainda sobre essa temática, o relatório da Organização das Nações Unidas sobre o aprisionamento no Brasil menciona que mesmo a presunção de inocência estando prevista na Constituição Federal de 1988, não é tão considerada pelos magistrados no momento das suas respectivas decisões. Em razão da extensão do lapso temporal para a realização das audiências, a pressão pública levou o percentual de pessoas em prisão preventiva crescer em números consideráveis. Concluindo que esse número alarmante de prisões preventivas pode decorrer da incapacidade do Poder Judiciário em processar casos de forma eficiente.

Diante disso, a garantia de que todos têm o direito a ser julgado dentro prazo razoável, conforme previsão no Artigo 7º, número 05 da CADH, equivale também ao princípio da presunção da inocência, razão pela qual torna-se de suma importância a fixação de prazos legais que limitam mesmo a durabilidade dessa prisão, com o escopo de evitar a detenção por tempo indeterminado, gerando uma violação de todos os direitos constitucionalmente reconhecidos, como também a eventualidade do preso ser absolvido no julgamento em que foi acusado posteriormente. Especificamente, sobre a prática abusiva da decretação preventiva, o magistrado terá que analisar sua real necessidade de acordo com cada caso concreto, avaliando as suas hipóteses de incidência e seus fundamentos, para assim determinar a referida prisão. Destaca-se que o legislador proporcionou um leque de variedades de medidas cautelares alternativas a prisão, que podem gerar resultados muito mais efetivos e eficazes em comparação a privação da liberdade.

⁶⁰ OLIVEIRA. Op. cit., 2014.p. 550.

⁶¹ Ibidem, p. 551.

3.2.2- Da ausência de estrutura física e funcionários para o procedimento.

Em relação a essa temática, os obstáculos acerca da inserção da audiência de custódia no direito interno perpassam por duas vertentes antagônicas. A primeira refere-se à demonstração da desnecessidade deste mecanismo, em razão dos instrumentos de controle previstos na própria legislação brasileira. A segunda vertente reconhece a legalidade de tal instituto, todavia utiliza como argumento a inviabilidade prática, em virtude da ausência de estrutura física e de funcionários para a realização de todo o procedimento.

Ressalta-se que mesmo havendo diversos impeditivos apresentados em âmbito nacional, está pacificado o entendimento, conforme à CIDH, de que a comunicação da prisão ao magistrado, a lavratura do auto de prisão em flagrante pelo Delegado de polícia e a análise desse APF pela autoridade competente do Poder Judiciário, sem a presença do sujeito preso, não deve servir como argumento para obstaculizar a implementação da audiência de custódia no contexto brasileiro.

A segunda vertente corresponde mais as instituições públicas que estão envolvidas com a realização desse procedimento, sendo elas, a polícia judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário. Argumentam a ausência de estrutura física, entretanto esse fundamento é corriqueiramente apresentado a qualquer inovação legislativa correspondente a mudança no cenário de atuação conjuntamente com o desinteresse em organizar uma estrutura operacional adequada para dar cumprimento ao que foi estabelecido em lei.

Dito isso, torna-se necessário verificar o que estaria faltando para a implantação efetiva do referido instituto, garantindo a execução plena dos termos da Resolução 213 do CNJ. Nesse contexto, a princípio analisamos a atuação da polícia judiciária, pois com a inserção da audiência de custódia, o seu trabalho não é essencialmente cartorial, uma vez que a mesma se tornou responsável em encaminhar o sujeito preso ao Poder Judiciário para a realização deste ato. Na verdade, a respectiva prática não é novidade para a polícia judiciária, visto que já estava disposto no Estatuto da Criança e Adolescente, a possibilidade da autoridade policial, em determinadas situações, encaminhar o adolescente apreendido em flagrante ao Ministério Público, com a finalidade de que se realizasse a audiência de apresentação.

Obviamente, o percentual de adolescentes nessa condição é consideravelmente inferior ao verificado em relação aos sujeitos maiores de idade igualmente presos em flagrante. Todavia, nas Delegacias de polícia de pequeno porte, onde o percentual de prisões em flagrante é reduzido, a estrutura prevista para o atendimento conforme o ECA, também poderá ser usada para o procedimento da audiência de custódia, sem nenhum acréscimo financeiro. Destaca-se que o impacto da implementação da audiência de custódia foi nas Delegacias de polícia de médio e grande porte, em razão do número de presos em flagrante, como também pela especificação dos serviços de atendimento à infância e juventude, visto que a estrutura da mesma será especializada para determinado procedimento e assim não estará a serviço das necessidades de uma delegacia voltada ao atendimento dos sujeitos presos maiores de idade. Logo, deve haver um acréscimo imediato de funcionários, viaturas para o transporte dos sujeitos e um aprimoramento de todo o aparato de segurança.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, o obstáculo preliminar está direcionado a questão estrutural, pois exige-se um local adequado à colocação dos indivíduos presos, enquanto a sua apresentação judicial não foi realizada. Sem mencionar que tal estrutura deverá funcionar aos sábados, domingos e feriados, o que gera conseqüentemente a contratação de novos servidores para o Poder Judiciário, uma vez que o serviço de vigilância dos cárceres contidos nos fóruns criminais não é da responsabilidade da polícia carcerária.

Outro obstáculo está correlacionado a designação do juiz das garantias, pois não há possibilidade do juiz que atua na audiência de custódia, também presidir o processo de conhecimento de natureza condenatória, visto que a atividade cognitiva desenvolvida pelo mesmo na audiência de custódia permite que ele firme seu convencimento de forma antecipada. Assim, deverá haver dois juízes diferentes, conforme o entendimento das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pois o juiz que atuou na fase de investigação, estaria impedido de atuar na fase processual. Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que o magistrado que realiza o interrogatório na fase de investigação não poderá atuar no processo.

Em relação ao Ministério Público Estadual, aparentemente conseguirá cumprir as exigências advindas da inserção efetiva da audiência de custódia, pois há uma estrutura organizacional para a apresentação dos adolescentes que praticaram

infrações penais em situação de flagrância, logo essa mesma estrutura poderá ser disponibilizada para o procedimento de apresentação judicial na audiência de custódia. Entretanto, o obstáculo está direcionado ao horário em que essa audiência será realizada, pois de acordo com a realidade de cada comarca, existe a possibilidade do Promotor de Justiça participar das audiências no período da noite, em todos os dias da semana, sem excluir suas atividades normais correspondente ao expediente forense. Sobre o Ministério Público Federal, o impacto foi mais visível, uma vez que os Procuradores da República não têm o hábito em se envolver nesse tipo de audiência, como também nenhuma estrutura para dar suporte a esse procedimento. Porém, no ano de 2010, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública visando à introdução da audiência de custódia no direito interno brasileiro.

No que concerne a defesa técnica do sujeito preso ou detido, o obstáculo está relacionado a dificuldade em se obter advogados que acompanhe a lavratura dos autos de prisão em flagrante, não sendo defensores já constituídos. Não há a atuação desses profissionais em momento preliminar da persecução penal, a partir disso o Superior Tribunal de Justiça passou a flexibilizar os requisitos para a homologação dos autos de prisão em flagrante, onde não havia defensor presente. Essa situação será mais constatada nos finais de semana, feriados e no período da noite.

Diante desse contexto, verifica-se que todos os atores envolvidos na realização dessa apresentação judicial, não possui condições de cumprir as exigências acerca da inserção da audiência de custódia em curto prazo, pois existem déficits estruturais, em razão das demandas cada vez mais crescente na área criminal. Em contrapartida, para dirimir alguns obstáculos, as audiências de custódia poderão somente ser realizadas no horário do expediente forense. Por esse motivo, haverá juízes, promotores de justiça, defensores públicos ou constituídos com possibilidade de atuação imediata, pois estão vinculados a vara criminal onde acontecerá essa apresentação judicial ou vinculado ao sujeito preso, caso do defensor constituído. Desta forma, tal procedimento não será realizado nos finais de semana, e no período da noite, evitando a movimentação de pessoas e do preso nesse período.

Essa alternativa não pode ser aplicada em relação a polícia judiciária, pois a mesma não pode optar por o horário em que será lavrado o APF, tendo prazo

somente de 24 horas para a confecção do documento. Porém, com a redução dos obstáculos enfrentados pelas demais instituições envolvidas nesta apresentação judicial, possibilitará uma organização melhor da estrutura da polícia judiciária para um cumprimento efetivo das suas novas atribuições.

3.2.3- Da falta de fiscalização no cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão.

Sobre o tema, outro obstáculo correlacionado a decretação da prisão preventiva se verifica a partir do sistema de medidas alternativas. Conforme já mencionado, a Lei nº 12.403/2011 introduziu uma alteração significativa na abordagem das medidas cautelares pessoais do Código de Processo Penal, proporcionando assim para o país, um novo modelo cautelar mais racional e com menos incidência de decretação da prisão preventiva, como solução para garantir a regular tramitação e o resultado efetivo do processo penal.

Nessa perspectiva, a referida Lei estabeleceu um novo título ao CPP, “da prisão, das medidas cautelares e liberdade provisória”, sendo que a principal modalidade de prisão cautelar prevista no CPP ainda corresponde a prisão preventiva, a qual possui natureza de medida cautelar e o destaque constante nesse título demonstra que as demais medidas cautelares são instrumentos alternativos ao encarceramento cautelar, haja vista que esse está reservado apenas para casos excepcionais, quando esteja evidente que o conjunto de novas medidas seja insuficiente⁶² para dirimir o problema⁶³, conforme o Art. 282 do CPP⁶⁴ e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in casu*:

⁶² Se uma medida alternativa, ainda que atípica, é suficiente, isso significa que a prisão não é adequada e, sendo excepcional (Art. 282, §6º), em nenhuma hipótese poderá ser aplicada. De outro lado, no campo das medidas alternativas, deve-se buscar, entre as legalmente previstas, a menos gravosa. Por fim, se nem a menos intensa das medidas se mostrar adequada “à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (Art. 282,II), é porque, no caso, não se deve impor qualquer medida cautelar alternativa à prisão. Deverá, pois, o acusado permanecer em liberdade. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁶³ BRASIL JUNIOR, OLIVEIRA, SILVA, SOUZA. Op. cit., 2017. p. 145.

⁶⁴ **Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 1º** As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 2º** As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de

STJ: A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido delito e às condições pessoais do agente. Exegese do Art. 282, §6º do CPP. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e a primariedade da ré. Recurso ordinário provido em menor extensão para substituir a custódia preventiva da recorrente pelas medidas alternativas à prisão previstas no Art. 319, incisos I, IV e V do Código de Processo Penal. **(STJ-RHC:80005 BA 2017/0004417-6, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data da publicação: Dje 03/03/2017).**

Apesar dessas medidas cautelares serem mecanismos alternativos ao cerceamento da liberdade, que garantam assim a proporcionalidade e a humanização do sistema penal, na prática não têm funcionado como verdadeiras alternativas, em razão principalmente da ausência de seguimento ou controle sobre seu cumprimento. A inserção dessas novas medidas cautelares alternativas no CPP, não vieram acompanhadas com uma estrutura adequada de seguimento ou controle para o cumprimento das mesmas. Consequentemente, como regra geral, não há sistemas de apoio propícios para supervisionar o cumprimento de tais medidas, ou seja, não existe possibilidade de vigiar efetivamente o andamento delas. Isso proporciona que os controles sejam bem mais esporádicos, como uma detenção policial posterior ou pela reclamação da vítima. Assim, a ausência de controle faz com que essas medidas tenham caráter simbólico, uma vez que podem ser descumpridas facilmente.

Esses obstáculos têm contribuído para que se decida de maneira automática pela decretação da prisão preventiva, sem considerar as medidas cautelares alternativas, visto que a partir desses impasses se verifica que as mesmas não geram nenhuma confiança aos operadores do sistema como também a sociedade de modo geral. Em contrapartida, a Resolução 213 do CNJ previu tais obstáculos, pois estabeleceu as centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal,

2011). **§ 3o** Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) **§ 4o** No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 5o** O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 6o** A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

que servem de suporte para o magistrado caso este decida pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A banalização das prisões cautelares exerce grande influência no excesso de encarceramento do nosso sistema penitenciário e no desrespeito aos direitos correlacionados à dignidade física e psíquica do indivíduo. Com isso, primeiro cêrcea a liberdade, para depois ir atrás do conjunto probatório que legitime tal medida. Atualmente, estamos diante da hipótese de que se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria diligenciar, averiguar, para somente após prender, se estivesse demonstrado suficientemente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Todavia, a implementação da Audiência de Custódia tornou-se uma medida essencial para a redução desse problema crônico, uma vez que através desse instituto se estabeleceu um espaço de discussão sobre a legalidade e necessidade da prisão, ou seja, um âmbito em que se reflete a garantia dos direitos do detido, a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário.

A audiência de custódia surgiu como uma potencial estratégia de desencarceramento na medida em que supera a “fronteira do papel” estabelecida no Art. 306,§1º do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o juiz, pois com a ocorrência efetiva de tal instituto, a autoridade judicial terá o real conhecimento sobre a situação fática e o indivíduo detido, obtendo mais informações sobre a legalidade e necessidade da prisão e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória. Na prática penal, a audiência de custódia refere-se à condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas ao preso, observando se há indícios da prática de maus tratos e tortura. Assim, a audiência de custódia tornou-se um mecanismo imediato de controle judicial da prisão.

Conforme já mencionado, a previsão normativa deste instituto está descrita em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil se tornou signatário desde 1992, a

Convenção Americana de Direitos Humanos, pacto também ratificado pelo Brasil, e na legislação pátria temos essencialmente a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça que conjuntamente com as decisões do Supremo Tribunal Federal proporcionou uma mudança promissora no nosso sistema de justiça penal.

Tal Resolução promove efetividade ao que dispõem os Tratados Internacionais acerca da temática, prevendo normativamente as características desse instituto, que não foram mencionadas pelas normas internacionais. Essa dinâmica procedimental prevista pela Resolução 213 do CNJ demonstra os objetivos de garantir a dignidade da pessoa presa, sem proporcionar qualquer espécie de irregularidade ou vício, sendo que esses atos devem ser praticados com observância aos postulados extraídos dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, com ênfase na garantia da proporcionalidade, legalidade e ampla defesa.

Atualmente, nesse contexto de encarceramento em massa e do abuso da prisão preventiva, conforme as últimas estatísticas, o Brasil alcançou a posição de terceira maior população carcerária do mundo. Sobre a decretação dessas prisões provisórias, a questão mais crítica refere-se ao entendimento de que estas não devem servir como antecipação de pena. Nessa perspectiva, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN⁶⁵, publicado em 2017, constatou-se que a população carcerária chega a 726.712 presos, ressaltando que 40% das pessoas presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas, ou seja, presos provisório. Entretanto, a partir da análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça, se verificou que foram realizadas em todo o país 258.485 audiências de custódia até junho de 2017, resultando na concessão de 115.497 liberdades provisórias (44,64% do total) e na manutenção de 142.988 prisões preventiva.

Destaca-se que no Estado da Bahia, no período de 28/08/2015 a 30/06/2017 foram realizadas 6.330 audiências, resultando em 61,25% de liberdade provisória, configurando o maior índice do país. Especificamente, na cidade de Salvador, segundo o estudo realizado nos seis primeiros meses, 88,79% das audiências foram realizadas até dois dias depois da prisão, e apenas 3.24% foram realizadas após o quarto dia. No Estado de Sergipe foram realizadas 5.127 audiências de custódia no período de agosto/ 2015 a junho/2017, constatando o índice de decretação da prisão

⁶⁵ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN, junho 2016.

preventiva é consideravelmente superior, chegando ao percentual de 58.71%, tendo abrangido 3.010 casos, em relação a concessão de liberdade provisória, que alcança somente o percentual de 41.29%, abarcando 2.117 casos, quadro completamente distinto em relação ao Estado da Bahia.

Ainda sobre essa temática, a partir da inserção efetiva da audiência de custódia no contexto brasileiro foram identificados alguns benefícios como também diversos obstáculos, que podem ser superados através do aprimoramento do sistema na persecução penal. Esses benefícios dizem respeito a redução do encarceramento em massa no país, sendo que através deste instituto se promove uma apresentação do sujeito preso ao juiz, superando o modelo previsto no Art. 306, §1º do CPP, que se satisfaz com o mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao magistrado. Além de harmonizar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e combater a prática de tortura ou qualquer outro tratamento desumano ao preso.

Mesmo havendo benefícios significativos, foram constatados alguns obstáculos paralelos, sendo estes, a trivialização das prisões provisórias e a limitação do seu lapso temporal, especificamente a prisão preventiva; a ausência de estrutura física e funcionários para o procedimento de apresentação do sujeito preso ou detido ao magistrado, abarcando todas as instituições envolvidas na persecução penal; a falta de fiscalização no cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, o que contribui para que o juiz decida de maneira automática pela decretação da prisão preventiva, sem considerar a aplicação efetiva de tais medidas.

Diante desse contexto, a implementação da Audiência de Custódia no contexto brasileiro significou um dos grandes avanços do Direito Processual Penal nos últimos anos. Esse mecanismo além de demonstrar a consonância do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem grande potencial em contribuir no combate aos problemas crônicos do sistema carcerário em todo o país, como o encarceramento em massa através da redução da trivialização das prisões provisórias e a prática de tortura, uma vez que serve a propósitos humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia**. Comentários à Resolução 2013 do Conselho Nacional de Justiça. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: EDIPRO, 2004.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

_____; GOMES, Luiz Flávio. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais** (Lei. 12.403/2011): Novas Regras para a Prisão Preventiva e outras polêmicas. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em 02 ago. 2017.

BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL JUNIOR, Samuel; OLIVEIRA, Gisele Souza de; SILVA, William; SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Audiência de Custódia**. Dignidade humana, controle de convencionalidade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Servanda Editora, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CORREA, Teresa Agudo. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo do direito penal**: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE HOYO SANCHO, Montserrat. **El Detenido y sus Derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Aplicaciones al Derecho Procesal Nicaraguense. Managua: Hispamer, 2004.

DE SALVIA, Michele. Lineamenti di Diritto Europeo dei Diritto dell'Uomo. Padova: Cedam, 1991, p. 120. LIÑAN NOGUERAS, Diego J. El Detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Granada: Universidad de Granada, 1980.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: O homem delinquent e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.

_____. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**. Uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2013.

FONSECA, Antônio César Lima da. **Abuso de autoridade**. Comentários e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GIORGI, Alessandro. **A Miséria Governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória e as Medidas Cautelares Alternativas da Prisão Provisória**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LINS E SILVA, Evandro. **A defesa tem a palavra**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Prisões Cautelares**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade do Direito**. V. 1. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2001.

LUIZI, Luís. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: As origens do Sistema Penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9ª edição. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2ª edição. Santa Catarina: Empório do direito, 2017.

PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico- penal**: Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2002.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico penal e Constituição**. 3ª ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1 ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editora Del Puerto.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Medidas Cautelares No Processo Penal - Lei 12.403 de 04 de Maio de 2011**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SANTOS, Rogério Dutra dos (coord.). **Excesso de prisão provisória no Brasil**: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.uff.br/sites/default/files/news/arquivos/rogerio_finalizada_web.pdf>. Acesso em: 18. Jul.2018.

SANTOS, Boaventura. **Os processos da globalização**. In: A Globalização e as Ciências sociais. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Cláudia. **A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal**: Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a “mediação penal de adultos” em Portugal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, ano 16, n. 1, 2006.

SELIM DE SALES, Sheila Jorge. **Princípio da Efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico- penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: Em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** Madrid: Cuadernos Civitas,1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 16ª edição. São Paulo: Saraiva,2013.

_____. **Prática de Processo Penal.** 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Prática de processo penal.** 35ª edição. São Paulo: Saraiva,2014.

TRIVIÑOS, A.N.S. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais – a pesquisa qualitativa em educação: O Positivismo, a Fenomenologia, o Marxismo.** São Paulo: Atlas, 1987.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal.** Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3 ed., Madrid: Réus.

WAQUANT, Loiq. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales su naturaleza y funciones en la argumentación penal.** Buenos Aires: Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan,2016.