

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
CURSO DE DIREITO MATUTINO

RAQUEL BRITO LIMA

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO FORMA DE REDUÇÃO DAS PRISÕES
CAUTELARES

UBERLÂNDIA
2017

RAQUEL BRITO LIMA

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO FORMA DE REDUÇÃO DAS PRISÕES
CAUTELARES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rafael Rodrigues Veloso

UBERLÂNDIA
2017

RAQUEL BRITO LIMA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO FORMA DE REDUÇÃO DAS
PRISÕES CAUTELARES**

Trabalho de Conclusão de curso
aprovado no curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de
Uberlândia, como pré-requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Prof Rafael Rodrigues Veloso
Orientador - Universidade Federal de Uberlândia

Profª.....
Universidade Federal de Uberlândia

.....
Universidade Federal de Uberlândia

Uberlândia (MG), ... de ... de 2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus, pelo dom da vida e por me dar muito mais do que preciso e me abençoar muito mais do que mereço.

Agradeço aos meus pais, Carlos Alberto e Lucimara, pelo amor, por acreditarem e me incentivarem incondicionalmente.

Agradeço também ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, que teve papel fundamental em minha formação acadêmica, por todo o conhecimento transmitido durante a graduação.

Em especial, agradeço ao meu orientador Rafael Rodrigues Veloso, pelo estímulo, suporte e incentivo durante a elaboração deste trabalho.

À todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação acadêmica, o meu muito obrigada.

.

EPÍGRAFE

Era rala a luz naquele calabouço
Do talento a clarabóia se tampara
E o poeta que ele sempre se soubera
Claramente não mirava algum futuro
Via o tira da sinistra que rosnara
E o fotógrafo frontal batendo a chapa
(Chico Buarque)

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta um estudo acerca da audiência de custódia, regulamentada no país pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil desde 1992, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York. Diante da ineficiência do sistema carcerário brasileiro e o progressivo aumento no número de presos provisórios, a audiência de custódia surge como uma esperança de reduzir a decretação das prisões cautelares e como uma forma de adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos do qual o país é signatário. A pesquisa teve por objetivo demonstrar como funciona este instituto – que consiste na apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente em até 24 horas após a sua prisão - e como a sua aplicação poderá ajudar a diminuir a quantidade de presos sem condenação definitiva, abordando os resultados obtidos desde a sua implementação no Brasil. Será realizado também um estudo acerca da prisão, analisando a história da pena privativa de liberdade, o conceito de prisão, suas modalidades e as medidas cautelares diversas da prisão, previstas na Lei 12.403/2011.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Sistema Carcerário brasileiro. Tratados Internacionais. Prisão.

ABSTRACT

This monographic presents a study about the custody hearing, regulated in the country by CNJ Resolution 213 and under applicable international treaties ratified by Brazil in 1992, as the Pact of San José da Costa Rica and the International Covenant on Civil and Politicians of New York. Faced with the inefficiency of the Brazilian prison system and the progressive increase in the number of provisional prisoners, the custody hearing emerges as a hope of reducing the order of precautionary prisons and as a way of adapting the Brazilian Criminal Procedure to the international human rights treaties of which the country is a signatory. The aim of the research was to demonstrate how this institute works - that is, the presentation of the person arrested to the competent judicial authority within 24 hours after his arrest - and how its application may help to reduce the number of prisoners without a final conviction, addressing the results obtained since its implementation in Brazil. A study on the prison will also be carried out, analyzing the history of the custodial sentence, the concept of prison and its modalities and the various precautionary measures of the prison, provided for Law 12403/2011.

Keywords: Custody Hearing. Brazilian Prison System. International Treaties. Prison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	11
1.1 A Pena Privativa de Liberdade: Evolução Histórica.....	12
1.1.1 Antiguidade.....	12
1.1.2 Idade Média.....	13
1.1.3 Idade Moderna	14
1.2 Conceitos e princípios das prisões e medidas cautelares.....	15
1.3 Modalidades de prisão processual cautelar.....	18
1.3.1 Prisão em flagrante.....	19
1.3.2 Prisão temporária.....	22
1.3.3 Prisão preventiva	23
1.3.4 Prisão domiciliar	26
1.3.5 Medidas alternativas à prisão cautelar	28
2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O EXCESSO DE PRISÃO PROVISÓRIA.....	30
2.1 Direito penal emergencial e o Direito penal simbólico.....	31
2.2 Banalização dos pressupostos da prisão preventiva.....	33
2.3 A banalização na utilização da prisão provisória no Brasil	34
3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	38
3.1 Conceito e previsão normativa	39
3.2 Finalidades	42
3.3 Aspectos polêmicos acerca do funcionamento da audiência de custódia	45
3.3.1 Elemento temporal.....	45
3.3.2 A quem deve ser feita a apresentação	46
3.3.3 Cabimento	47
3.3.4 Aproveitamento do conteúdo da audiência de custódia	48
3.4 Eficácia da Audiência de Custódia	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

Conforme exigido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LXV e LXVI e, principalmente com o advento da Lei nº 12.403/2011, a prisão deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deverá ser utilizada apenas quando não forem suficientes outras medidas cautelares diversas. Porém, o que se percebe no Brasil é que a prática de primeiro prender e apenas depois buscar o suporte probatório legitimador da prisão tornou-se corriqueiro.

De acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, o Brasil possui 622.200 encarcerados. Deste total, 41% (em torno de 250.213) são presos provisórios, aguardando a conclusão de inquéritos ou, até mesmo, o julgamento do processo (BRASIL, 2015).

A prisão cautelar encontra-se no limite entre a garantia do devido processo legal e o descumprimento dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal e por tratados internacionais ratificados pelo país, caso seja empregada de forma excessiva.

Diante deste cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em 2015, o projeto-piloto da Audiência de Custódia, que consiste na rápida apresentação do preso perante um juiz nos casos de prisões em flagrante. Desta forma, o magistrado poderá analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação de sua continuidade ou de eventual concessão da liberdade, inibindo, assim, o uso indiscriminado do encarceramento em massa, diminuindo a adoção das prisões cautelares.

Este trabalho pretende estudar a presente situação das prisões cautelares no país, ante a comprovada superlotação carcerária, ocorrida em razão de anos de utilização de políticas de encarceramento em massa. Pretende-se também analisar o instituto do direito de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial, na figura da audiência de custódia, como uma técnica que poderá ajudar no controle desse fenômeno e efetivar o direito disposto nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Com o escopo de atingir os objetivos propostos, esta monografia foi dividida em três capítulos. O primeiro trata-se de um estudo acerca da prisão, analisando a história da pena privativa de liberdade, o conceito de prisão e suas modalidades.

No segundo capítulo, será analisada a realidade do sistema carcerário brasileiro, trazendo dados obtidos através de órgãos públicos e um estudo acerca da banalização na aplicação das medidas cautelares e as consequências geradas por este ato.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objetivo apresentar o instituto da audiência de custódia, trazendo o seu conceito, finalidade, questões polêmicas e se a sua utilização pelo ordenamento jurídico está trazendo benefícios.

Para a realização desta monografia, a metodologia adotada foi o método de abordagem dedutivo e hipotético-dedutivo, fazendo uma revisão de literatura sobre matérias atinentes à temática e utilizando-se de livros que tratam sobre a audiência de custódia e sobre as prisões cautelares.

Além disso, na pesquisa documental empregou-se o método de abordagem indutivo, utilizando-se de análise de dados obtidos por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais do governo.

1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O homem, desde a antiguidade, sempre conviveu com a ideia de delito e a existência de infratores. No entanto, a maneira de lidar com o crime e tais indivíduos progrediu ao longo dos séculos. Nas sociedades anteriores à idade moderna, a prisão não funcionava da forma como conhecemos hoje e o emprego da pena privativa de liberdade foi se alterando no decorrer do tempo, assim como o modo de punir os transgressores.

A limitação do direito fundamental de liberdade por meio do encarceramento ocasiona ao detido um grau de submissão plena. Ademais, a restrição do direito de ir e vir atinge a dignidade da pessoa humana, gerando consequências em todos os âmbitos de sua vida, acarretando um gigantesco e incalculável abalo psíquico e moral, tanto ao encarcerado quanto aos seus familiares.

Conforme o princípio da presunção de inocência, nenhuma pessoa pode ser considerada culpada até que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, no Brasil, atualmente existe uma forte tendência dos juízes decretarem a prisão preventiva de forma banal, utilizando-a mais para atender um “clamor social” do que por ser realmente necessária.

Na definição de Lopes & Rosa (2015, p.81):

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarme social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Na realidade, o que se percebe é que as imposições do processo penal acabam transformando as prisões cautelares em situações análogas às que ocorrem nas prisões definitivas. Isto ocorre porque, lamentavelmente, as prisões cautelares acabam por passar uma ideia de justiça instantânea à sociedade, por estarem inseridas na dinâmica da urgência.

No decurso deste capítulo serão apresentados conceitos gerais sobre as prisões, um breve contexto histórico acerca da origem da prisão como pena privativa de liberdade, os tipos de prisões cautelares previstos na legislação penal processual, bem como as medidas cautelares diversas da prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 A Pena Privativa de Liberdade: Evolução Histórica

É comum do ser humano acreditar que as coisas sempre foram do jeito que se encontram hoje e, assim, permanecerão para sempre. Esta visão também ocorre nas discussões sobre a origem do cárcere e das penas privativas de liberdade. Em sua obra, Lyra (1977, p.174) afirmou que a prisão *“é velha como a memória do homem e continua a ser a panaceia penal a que se recorre em todo o mundo”*. Desta forma, para uma melhor interpretação sobre este assunto, é forçoso realizar um breve relato acerca de seu contexto histórico.

Beccaria (1764), ao determinar o princípio das penas e do direito de punir, recorreu aos homens primitivos. Estes eram compelidos a se reunir em razão das ameaças e dificuldades que encontravam naquele tempo. Dessa forma, a maneira que teriam descoberto de se proteger e tentar ter uma vida em sociedade foi com o sacrifício das porções de liberdade de cada sujeito a favor de uma nação. Assim, nasce o embrião do direito de punir, gerado através de uma extrema necessidade e, por isso, cedido somente a menor fração necessária. Por esta razão, Beccaria (1764) sustentava que *“todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é usurpação e não mais poder legítimo”*.

Neste mesmo sentido, Batista (s.d) afirmou que:

Desde o início das relações humanas, nas eras mais remotas, o respeito às regras comunitárias tornou-se fundamental, ensejando a preservação do interesse comum. Deste modo cada indivíduo passou a ceder parte de seus objetivos pessoais para então compor a regra de convivência, com isso, permitindo que fosse punido ao infringir tais normas, prevalecendo o bem geral sobre o individual. Destarte, essas regras evoluíram com a história visando atender às necessidades das relações humanas e impulsionaram a adaptação gradativa dos ordenamentos jurídicos e das modalidades punitivas, embora tenham permanecido os conflitos em torno da finalidade e eficácia das punições.

Assim, o direito de punir foi sendo transferido das comunidades para um ente estatal, o qual exercia o arbítrio dos indivíduos de uma determinada sociedade.

1.1.1 Antiguidade

Ao decorrer dos séculos, a pena foi progredindo e as legislações penais passaram a ser definidas pela natureza religiosa e subordinadas pelo “Estado teleológico”. Destarte, a pena tinha como objetivo satisfazer a divindade ofendida pelo crime, encontrando razões em fundamentos religiosos.

Posteriormente, por volta dos séculos VII e VI a.C., com a progressão do pensamento político, ocorreu um enfraquecimento na ideia teocrática do Estado, surgindo a necessidade de leis escritas.

Nesta época, ainda não existia penas privativas de liberdade. A prisão servia apenas como um lugar onde o imputado esperava seu julgamento, tendo como principal finalidade impedir a fuga do acusado e, também, para a produção de provas utilizando-se da tortura (meio, até então, legítimo). Caso fosse condenado, o que ocorria na maioria das vezes, aplicava-se uma pena cruel ou de morte. Conforme bem salientado por Carvalho Filho (2002, p.21), “*o encarceramento era um meio, não era o fim da punição*”.

Outra característica deste período é que não havia uma estrutura específica para a manutenção do encarcerado, ou seja, não havia um sistema prisional definido, conforme confirmado Bitencourt (2012, p.24):

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.

Assim, percebe-se que a prisão até esse momento não servia como um local de cumprimento de pena, possuindo apenas a finalidade de custódia do acusado até a execução de sua condenação.

1.1.2 Idade Média

Durante a idade média, as prisões continuaram servindo como lugar de custódia do acusado, não tendo a privação da liberdade o propósito de sanção criminal. Porém, em escassas exceções, passou-se a utilizar da pena de prisão, quando entendiam que a pena de mutilação a ser aplicada seria um excesso.

Foi neste período também que a igreja começou a adotar o encarceramento como uma maneira de educação espiritual do pecador, com o objetivo de reflexão acerca do erro praticado, para que se reconciliasse com Deus. De acordo com Bitencourt (2012, p.26), esta prisão Eclesiástica era destinada aos clérigos rebeldes e, *“respondiam às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação”*.

No entanto, a Inquisição utilizava o encarceramento mais para custodiar hereges até a condenação do que como forma de penalizar quem cometesse leves heresias.

Por fim, foi nesta época que surgiu a chamada “prisão de Estado”. Este tipo de cárcere era empregado aos inimigos do poder real ou senhorial que eram acusados de praticar crimes de traição contra governantes. Ainda, esta prisão possuía duas modalidades: a prisão-custódia, em que o réu aguardava a condenação, e a prisão como detenção temporal ou perpétua (ou até receber o perdão real).

Por estas razões, habitua-se a conferir o início da pena privativa de liberdade à época medieval.

1.1.3 Idade Moderna

Com a chegada da Idade Moderna, por volta dos séculos XV a XVIII, iniciou-se um período de transição, em que sobreveio forte ascensão do comércio, crescimento da população e das cidades e o desenvolvimento das manufaturas. Diante dessas circunstâncias e com um significativo aumento da criminalidade e sua ineficiência em combatê-la, a pena de morte começa a ser questionada. Simultaneamente, passa a despontar a ideia do cárcere como pena privativa de liberdade, e não apenas como lugar para aguardar o julgamento.

Para exemplificar, Amaral (2013, s.d) cita alguns precedentes:

Registram-se como precedentes, em fins do século XVI, a House of Correction de Bridewel, Londres (1552), seguidas pelas de Oxford, Gloucester y Salisbury; na Holanda os célebres Rasphuys (1595) para homens e Spinnhyes (1597) para mulheres, mendigos e pessoas em custódia, deixadas por seus familiares para melhorarem suas condutas. Mais tarde, as cidades que compunham a liga Hanseática, ergueram prisões no primeiro terço do século XVI. Na Itália, registra-se o Hospício de

São Felipe (Florença), inaugurado por Filippo Franci, bem como o Hospício de San Miguel (Roma), em 1703, obra do Papa Clemente XI. Na Bélgica, em 1775, surge a Maison de Force (criada por Juan Vilain XIV, para muitos o pai da ciência penitenciária), local que tinha como princípio a realização do trabalho durante o encarceramento.

No começo do século XVIII, na França, o cárcere se tornou a principal forma de punição, ultrapassando as penas de morte, de mutilação e de multa. Influenciada pelo citado país, toda a Europa segue o mesmo destino, ocasionando um paulatino banimento das penas cruéis e desumanas. Destarte, a prisão passa a ser peça essencial entre os tipos de punição, marcando o início da humanização das penas e deixando de ser apenas uma forma de custódia do preso antes de seu julgamento.

1.2 Conceitos e princípios das prisões e medidas cautelares

A definição de prisão é um dos conceitos que mais diverge entre os doutrinadores, visto que cada autor define da maneira que tenha mais lógica perante suas classificações. Porém, normalmente, a primeira ideia de prisão que se vem à mente a relaciona como uma forma de punição. Seria o lugar onde a pessoa é colocada e submetida a uma restrição ao seu direito fundamental de liberdade em razão do cometimento de um delito.

Conforme bem recorda Hulsman & Celis (1993, p.62-63):

Aprendemos a pensar sobre a prisão de um ponto de vista puramente abstrato. Coloca-se em primeiro lugar a 'ordem', o 'interesse geral', a 'segurança pública', a 'defesa dos valores sociais'... Fazem com que acreditemos – e esta é uma ilusão sinistra – que, para nos resguardar das 'empreitadas criminosas', é necessário – e suficiente! – colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas.

No entanto, aquele que é privado de liberdade perde o seu lar, o livre-arbítrio, o convívio com os familiares e seu espaço. Ou seja, o cárcere atinge o preso em todos os níveis de sua vida pessoal. Não raras vezes, com a banalização das prisões cautelares, isso acontece antes mesmo da existência de uma sentença condenatória transitada em julgado.

De acordo com Nucci (2012, p.606) a prisão:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito a prisão provisória, a qual ocorre enquanto se aguarda o deslinde

da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Desta forma, a prisão pode sobrevir de uma decisão condenatória transitada em julgado, ou seja, a prisão-pena, que é regulada pelo Código Penal, sendo esta a resposta estatal ao crime cometido, visando à satisfação da pretensão executória do Estado.

Porém, ela também pode ocorrer durante a persecução penal, quando tiver uma necessidade devidamente motivada por hipóteses previstas na lei, tendo por objetivo assegurar o bom andamento da investigação e do processo penal. Assim, surge a possibilidade da prisão sem pena (prisão processual), também conhecida por prisão cautelar.

É importante destacar que o instituto da prisão deve ser a *ultima ratio*, conforme o determinado pela Lei 12.403/2011, aplicando-o com bastante ponderação, sempre levando em consideração as garantias constitucionais e as normas de processo penal que o regem.

Assim, o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República, ao descrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, 1988), consiste em uma ressalva processual que impede que as autoridades públicas ajam e procedam com o acusado como se este já houvesse sido condenado definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Isto é, assegura que toda privação de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, deve possuir natureza cautelar, com a determinação de ordem judicial devidamente motivada, tendo assim, um caráter subsidiário e podendo ser decretada somente em situações de absoluta necessidade.

Este princípio também está descrito na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, §2º, onde prevê que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for comprovada legalmente sua culpa” (CADH, 1969).

Comparando estes dois princípios percebe-se uma distinção entre eles, pois enquanto a Constituição Federal consagrou o princípio da presunção de não

culpabilidade, visto que não trouxe o termo “inocência” em seu texto, a Convenção Americana de Direitos Humanos previu, efetivamente, o princípio da presunção de inocência, tendo em vista o emprego da referida expressão.

No entanto, apesar desta distinção terminológica, conforme a explicação de Badaró (2003, p.283 apud LIMA, 2015, p.44), *“não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência entre tais fórmulas”*.

As prisões cautelares, por conseguinte, têm de se basear no princípio da excepcionalidade, ou seja, só podem ser aplicadas em último caso. Antes da vigência da Lei nº 12.403/2011, o magistrado ficava limitado a dois extremos: ou decretava prisão provisória ao indivíduo ou concedia liberdade provisória, já que inexistia alternativa diversa. Com o advento da referida lei, o magistrado pode, agora, conceder uma medida diversa da prisão, ou seja, conceder uma das medidas cautelares trazidas por aquela e previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Desta forma, o princípio da excepcionalidade deve também ser somado à observância da subsidiariedade da prisão provisória em relação às medidas cautelares diversas da prisão, conforme o previsto em dois dispositivos do CPP, qual seja:

Art. 282 [...] § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941. Arts. 282, 310).

Outro princípio importante é o da dignidade da pessoa humana. Este, que está presente em todas as esferas do Direito, foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, como princípio máximo e base para o Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana muitas vezes é conceituada como sendo o “direito à naturalidade” ou então o “direito à contingência”. Por conseguinte, ainda que alguém pratique uma conduta reprovável, sujeita à repressão estatal, essa providência não enseja a coação de sua dignidade.

Além do mais, conforme o princípio da proporcionalidade, implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, as medidas cautelares têm de ser empregadas apenas quando forem realmente necessárias, considerando a finalidade esperada, duração e veemência. Ainda, deve sempre ser escolhida a alternativa menos gravosa, garantindo a intervenção mínima do poder estatal e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Por estas razões, os princípios que norteiam as prisões cautelares devem ser utilizados com a máxima eficácia possível, já que as medidas cautelares acarretam em ofensa à dignidade humana e aos princípios constitucionais dela derivados.

Para a decretação de uma medida cautelar, é importante observar estritamente os requisitos da necessidade para aplicação da legislação penal, para a investigação ou a instrução criminal e da correspondência da medida à gravidade do delito praticado, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente, nos termos do disposto no artigo 282 do CPP. Importante ressaltar também que não é cabível a decretação de prisão cautelar a uma infração em que não for imposta pena privativa de liberdade isolada, cumulativamente ou alternativamente, nos termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 283 do CPP.

1.3 Modalidades de prisão processual cautelar

A prisão processual cautelar, uma das modalidades da prisão sem pena, nas palavras de Tourinho Filho (2011, p.336), *“nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, sequestro, arresto, etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”*. Além das já citadas medidas cautelares de natureza pessoal e real, também importa ressaltar as medidas cautelares de natureza probatória, que buscam manter a integridade do material probatório e possibilitar sua coleta eficiente. Destas medidas, podem-se citar as provas cautelares (a exemplo da interceptação), as não-repetíveis (a exemplo de corpo de delito) e as antecipadas (a exemplo do depoimento *ad perpetuum rei memorium*, previsto no artigo 225 do CPP). Todas estas medidas estão previstas no artigo 155 do CPP.

A Constituição Federal propiciou a garantia de que toda privação de liberdade antes da condenação definitiva deve ser estritamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Neste sentido, Lacerda (1998, p.15) afirma que:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária.

Assim, é possível concluir que a prisão cautelar tem por objetivo preservar o processo de conhecimento e assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada no final. Ou seja, conforme menciona JARDIM (1995, p.360) *“trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela”*.

O ordenamento jurídico brasileiro admite as seguintes modalidades de prisão cautelar: a prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), a prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316), a prisão temporária (Lei nº 7.960/1989) e a prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318). A seguir, será exposta uma breve distinção entre estas espécies de prisão cautelar de natureza processual penal.

1.3.1 Prisão em flagrante

Prisão em flagrante é a prisão provisória, de natureza administrativa, realizada no momento do cometimento da infração penal ou quando esta acabou de acontecer. Isto é, o delito que ainda “queima”, que ainda flama (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 461). É o que se nomeia por estado de flagrância.

Ela está prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXI, onde ordena que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”* (BRASIL. Constituição Federal, 1988). Assim, percebe-se que seu caráter administrativo se dá em razão desta isenção da necessidade de ordem do Judiciário em um primeiro momento.

No entanto, conforme o disposto no artigo 306 da Lei nº 12.403/2011, esta detenção deverá ser comunicada ao juiz em um prazo máximo de 24 horas. Por esta

razão é que domina o entendimento entre os doutrinadores que a prisão em flagrante possui natureza jurídica de ato complexo, já que ela seria um ato administrativo em sua origem e judicializado ao final (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 462).

Outrossim, a prisão em flagrante é considerada uma medida pré-cautelar, visto que não visa garantir o resultado final do processo, mas apenas disponibilizar a pessoa detida ao juiz para que este decida sobre a necessidade ou não de uma verdadeira medida cautelar. O flagrante não é razão para manter alguém preso além das 24 horas previstas em lei. Assim, para que esta pessoa permaneça detida ou submetida a qualquer medida cautelar, é indispensável uma decisão judicial fundamentada (LOPES JR., 2013, p. 823).

O CPP, em seu artigo 302, especifica as formas de flagrante, da seguinte maneira:

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 infração (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941. Art. 302).

Isto posto, conforme dito anteriormente, como não há a necessidade de uma expedição de ordem de prisão, acontecendo as situações explicitadas na lei, cabe a autoridade policial o dever, e aos particulares a autorização (nos termos do artigo 301 do CPP) de realizarem a detenção do delinquente, devendo ser esta registrada por meio do auto de prisão em flagrante e comunicado à autoridade judiciária.

Analisando o artigo acima, percebe-se que são três os estados que autorizam a prisão em flagrante:

a) o flagrante próprio, onde o indivíduo é surpreendido no instante em que está cometendo o delito ou quando acabou de cometê-lo (incisos I e II);

b) o flagrante impróprio ou quase-flagrante, em que o agente é perseguido, momentos após o ilícito, em situação que faça presumir ser ele o autor do fato (inciso III) e;

c) o flagrante presumido, que é aquele em que o indivíduo é preso, logo após a ocorrência do delito, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que indiquem, de forma presumida, ser ele o autor da infração penal.

Embora as expressões “logo após” e “logo depois” sejam sinônimas, a doutrina entende que esta, do flagrante presumido, compreende um lapso temporal maior do que aquela, do flagrante impróprio, já que esta não se trata de fuga e perseguição, mas sim de um crime de encontro. Desta forma, a conexão temporal do flagrante impróprio é muito mais estreita ou íntima do que a do flagrante presumido.

Na ocorrência de crimes permanentes, ou seja, aqueles cuja ação se perdura no tempo, haverá flagrância enquanto não cessar a permanência. Porém, nos crimes habituais, isto é, aqueles que exigem para sua composição pluralidade de ações em sequência, de modo a evidenciar um comportamento, estilo de vida do agente, apesar de divergências doutrinárias, não admitem a prisão em flagrante. Neste sentido, Tourinho Filho (2011, p.384) afirma que:

Quando a polícia efetua a prisão em flagrante, na hipótese de crime habitual, está surpreendendo o agente na prática de um só ato. O auto de prisão vai apenas e tão somente retratar aquele ato insulado. Não os demais. Ora, aquele ato isolado constitui um indiferente legal. O conjunto, a integralidade, não.

Existem ainda outras espécies de prisão em flagrante, como, por exemplo, o flagrante preparado ou delito de ensaio, de experiência ou putativo por obra do provocador, que consiste no tipo de flagrante em que um agente provocador induz o indivíduo a praticar o crime ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma, caracterizando verdadeiro crime impossível. Conforme a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, não há crime neste tipo de flagrante.

No flagrante esperado não existe nenhuma atitude de induzimento ou instigação do indivíduo, sequer alguma situação criada artificialmente, mas sim o aguardo da prática do delito por um terceiro (policiais ou particulares). Como nesta situação não há a presença de um agente provocador, esta espécie de flagrante é permitida.

Existe também o flagrante prorrogado, retardado, diferido, protelado ou por ação controlada quando, por meio de uma autorização judicial, o agente policial posterga a hora de sua intervenção para um momento futuro, que seja mais eficiente

e conveniente para o colhimento de provas ou por interesse da investigação. Esta espécie de flagrante possui previsão legal no artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.034/1995, no artigo 53, inciso II da Lei nº 11.342/2006 e no artigo 4º-B da Lei nº 9.613/1998.

Ainda, a prisão em flagrante, nos termos do disposto no *caput* do artigo 304 do CPP, requer a sua formalização perante a autoridade competente, com a oitiva do condutor, ou seja, daquele que deu a voz de prisão, das testemunhas que presenciaram o ato e do detido. Este último, caso queira, tem o direito ao silêncio.

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, deve-se dar ciência ao Ministério Público, que pode requerer o relaxamento da prisão em flagrante ou a liberdade provisória do detido.

Por fim, caso não se cumpra todos os requisitos legais, a prisão se torna ilegal, devendo ser imediatamente relaxada, sem qualquer condição ou pagamento de fiança.

1.3.2 Prisão temporária

A prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/1989, pode ser definida como a prisão cautelar que tem por função contribuir para a investigação criminal. Desta forma, ela pode ser decretada apenas durante a fase do inquérito criminal, ou seja, não é cabível após o recebimento da denúncia.

Esta modalidade de prisão cautelar serve como meio de se tentar obter elementos de informação com o objetivo de confirmar a autoria e materialidade do crime. Conforme Nucci (2012):

... ela é medida urgente, lastreada na conveniência da investigação policial, justamente para, prendendo legalmente um suspeito, conseguir formar, com rapidez, o conjunto probatório referente tanto à materialidade quanto à autoria. Aliás, se fossem exigíveis esses dois requisitos, não haveria necessidade da temporária. O delegado representaria pela preventiva, o juiz a decretaria e o promotor já ofereceria denúncia. A prisão temporária tem a função de propiciar a colheita de provas, quando, em crimes graves, não há como atingi-las sem a detenção cautelar do suspeito.

Ademais, a prisão temporária deve ser decretada por autoridade judiciária, mas não poderá ser feita de ofício, devendo aguardar a provocação do Ministério

Público ou da autoridade policial, conforme o previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/1989 (LOPES, JR., 2013, p. 886).

O artigo 1º da Lei nº 7.960/1989 enumera, de maneira taxativa, as condições em que pode ser decretada a prisão temporária, quais sejam:

- a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou ainda não fornecer os elementos necessários para o esclarecimento de sua identidade;
- c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na lei, que demonstre ter sido o indiciado autor ou partícipe de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e os crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Ademais, o prazo da prisão temporária é determinado, qual seja, cinco dias, prorrogáveis por igual período, nos termos do determinado no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/1989. Em se tratando de crime hediondo, este prazo será de 30 dias, prorrogáveis por igual período (artigo 2º, parágrafo 3º da Lei nº 8.072/1990). Em ambos os casos, a prorrogação deverá ser autorizada apenas quando houver extrema e comprovada necessidade.

Vale ressaltar que, caso o detido não seja colocado em liberdade no fim do prazo, é prevista a sanção por abuso de autoridade, conforme previsão do artigo 4º, alínea “i” da Lei nº 4.898/1965. Porém, o imputado pode ser posto em liberdade antes do término do prazo, pela própria autoridade policial, caso não exista mais a urgência de mantê-lo custodiado. Caso transcorra o prazo e a medida ainda se mostre necessária, a prisão temporária poderá ser convertida em preventiva.

1.3.3 Prisão preventiva

Ao contrário da prisão em flagrante, a prisão preventiva apenas pode ser expedida através de ordem judicial devidamente fundamentada, pois é dirigida pelo

princípio da reserva de jurisdição. Ademais, ela poderá ser decretada a qualquer momento, inclusive durante o inquérito policial.

No entanto, se ocorrer durante o inquérito, não poderá ser feita de ofício pelo magistrado, podendo ser desta maneira apenas se for decretada durante o processo. Não sendo de ofício, deverá partir de requerimento expresso do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou, ainda, de representação da autoridade policial.

De acordo com Tourinho Filho (2011, p.570), prisão preventiva *“é aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal”*.

A prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal (CPP), podendo ser decretada exclusivamente pelo juiz. Além disso, ela deve ser considerada o ponto central de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual penal, já que, caso não haja necessidade de sua decretação, as outras espécies também não poderão existir.

Nesta perspectiva, Rangel (2000, p.390) ensina que:

No ‘universo’ da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões (em flagrante, em decorrência da decisão de pronúncia e em decorrência da sentença condenatória) seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida.

A decretação da prisão preventiva apenas será admitida nas situações previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal (CPP), isto é, nos crimes dolosos:

- a) punidos com reclusão;
- b) punidos com detenção, nos casos em que há dúvida acerca da identidade do réu ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la;
- c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; e,

d) se o indiciado tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, com exceção da hipótese contida no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

Porém, mesmo ocorrendo uma das hipóteses previstas acima, ainda assim deverá ser averiguado no caso concreto, já que a prisão preventiva somente é cabível em situações excepcionais.

Importante destacar que a decretação da prisão preventiva não deverá ser admitida nos casos de crimes cuja sanção máxima não for superior a quatro anos de pena privativa de liberdade, visto que nesses casos esta poderá ser substituída por pena restritiva de direitos. Dessa forma, não há razão de manter custodiado durante o processo alguém que mesmo sendo condenado não o será.

Assim como toda medida cautelar, a prisão preventiva requer a existência de dois pressupostos para sua decretação: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* reside na prova da materialidade dos fatos delituosos, ou seja, devem-se ter indícios suficientes ou convincentes de autoria de uma infração penal, bem como estar comprovado a existência de um crime. Na falta de um destes requisitos, não é cabível a prisão preventiva.

Já o *periculum libertatis* consiste em uma situação fática que a atuação estatal repressiva deve ser adiantada, com o objetivo de preservar o interesse processual ou acautelar o meio social. Isto é, o efetivo risco que o agente em liberdade pode criar nas situações que a lei autoriza a decretação da preventiva, que estão previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), quais sejam: garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal; assecuração de eventual pena a ser imposta. No entanto, não há necessidade da presença de todas estas situações. Basta que o juiz fundamente a decretação em uma destas circunstâncias.

Por este ângulo, Cavalheiro Neto (2004) sustenta que:

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, bem como a mais utilizada hoje no processo penal brasileiro. Encontra-se disciplinada nos artigos 311 e seguintes do Código de processo Penal. Todavia, é no artigo 312 que se encontram os requisitos necessários a sua decretação. Estes requisitos podem ser divididos em dois grupos que aqui denominaremos de concomitantes e alternativos. Para a decretação de toda e qualquer prisão preventiva devem estar presentes os dois requisitos concomitantes e ao menos um dos alternativos. São requisitos alternativos: a garantia da ordem

pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal. Enquanto são requisitos concomitantes: a prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria. Alguns autores (5) ainda, numa clara comparação entre doutrina processual civil e penal, identificam os requisitos concomitantes como sendo o *fumus boni iuris* e os requisitos alternativos como o *periculum in mora*.

Na ausência de qualquer uma das circunstâncias mencionadas, a prisão preventiva não poderá ser decretada, sob pena de constrangimento ilegal, sanável por meio do *habeas corpus*.

Necessário frisar que, qualquer que seja o fundamento da decretação da prisão preventiva, é indispensável a presença de fundamentação legal, sob o risco de ofender o princípio da presunção de inocência.

Outro ponto importante é que a conversão da prisão em flagrante em preventiva, não pode ocorrer de forma automática e muito menos sem uma fundamentação. Esta que, aliás, deverá indicar, além do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, as razões pelas quais o juiz entendeu que as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, não seriam suficientes e/ou adequadas ao caso concreto.

De acordo com o disposto no artigo 316 do CPP (1941), “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Desta forma, esta modalidade de prisão cautelar poderá ser revogada a qualquer momento, desde que as circunstâncias que ensejaram sua decretação desapareçam.

Por fim, o “clamor público”, fundamento bastante utilizado para a decretação da prisão preventiva, muitas vezes é confundido com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada” (LOPES JR & ROSA, 2015, p.80).

Por isso, a conversão da prisão em flagrante em preventiva tem que ser cuidadosamente avaliada perante os requisitos legais que a autorizam, para que, assim, seja evitada a violação de direitos humanos.

1.3.4 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar, espécie trazida pela reforma da Lei nº 12.403/2011 e alterada pela recente Lei nº 13.257/2016, está prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal (CPP), com o seguinte conteúdo:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo (BRASIL. Código Processo Penal. Arts. 317, 318).

Consoante acentua Nucci (2012, p.624), este tipo de prisão não é uma medida cautelar restritiva da liberdade nova, pois nada mais é do que a prisão preventiva cumprida na residência do agente, onde este somente poderá sair com a devida autorização judicial. Desta forma, ela também está limitada às condições dispostas nos incisos do artigo 318 do CPP, que deverão ser comprovados.

A Lei nº 13.257/2016 acrescentou ao artigo 318 do CPP os incisos V e VI e modificou o inciso IV, retirando a necessidade de a mulher possuir gravidez de alto risco ou gestação a partir do sétimo mês, bastando agora que ela seja gestante para que tenha direito à prisão domiciliar.

No entanto, conforme lição de Brasileiro (2015, p.998), *“a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar”*.

Assim, a existência de um dos pressupostos previstos no artigo 318 do CPP opera como requisito mínimo, porém, apenas a sua presença não é o suficiente para a decretação da domiciliar, devendo o juiz verificar, no caso concreto, se esta seria capaz de neutralizar o *periculum libertatis* que ensejou a decretação da prisão preventiva do agente.

Esta modalidade de prisão é diferente do recolhimento domiciliar (previsto no artigo 319, inciso V do CPP), considerando que esta prisão domiciliar se dá por

razões pessoais do indiciado, de natureza tipicamente humanitária, enquanto que na primeira o agente possui liberdade para trabalhar durante o dia.

1.3.5 Medidas alternativas à prisão cautelar

Conforme dito anteriormente, em razão do princípio da presunção de inocência, a prisão cautelar deve ser tratada como exceção. Os critérios que a regem devem ser interpretados de maneira estrita, utilizando-a apenas em ocasiões onde a liberdade do agente realmente coloque em perigo os cidadãos ou a instrução penal.

Com a implementação da Lei nº 12.403/2011 e o surgimento das medidas alternativas, a prisão deixou de ser a única opção de medida cautelar e tornou-se a última em meio a diversas outras arroladas pelo legislador. Este novo sistema, caracterizado pela multicautela, não sujeita o agente a prisão, porém também não autoriza a liberdade total, submetendo-o ao disposto nos artigos 319 e 320 do CPP.

Nesta perspectiva, segue abaixo as alternativas previstas na legislação processual penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- 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;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- 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;
- 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;
- 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;
- IX – monitoração eletrônica (BRASIL. Código Processo Penal, 1941. Art. 319).

Assim, conclui-se que o agente que estiver sob investigação criminal ou respondendo a um processo penal, poderá se encontrar em três diversas situações: submetido às medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, detido em prisão provisória ou ainda aguardando o desenrolar do processo criminal em liberdade.

Importante frisar que as medidas cautelares presentes no artigo citado acima são admissíveis somente nas situações em que seria possível decretar a prisão preventiva, necessitando, assim, da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Percebe-se, também, que o objetivo do legislador ao elaborar a Lei nº 12.403/2011 foi o de reduzir as possibilidades de decretação das prisões cautelares, devendo o operador, sempre que possível, utilizar-se das medidas cautelares diversas da prisão.

Porém, mesmo com a presença de reformas e tentativas de se racionalizar o uso das prisões cautelares por parte da jurisdição brasileira, a realidade é que estas continuam sendo usadas de forma banalizada pelos operadores do direito e pela sociedade em geral. É possível observar que a supressão da liberdade está sendo utilizada como a primeira saída, ao invés de ser a última, como o solicitado pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Baseado no que foi discutido anteriormente, o próximo capítulo abordará acerca da relação entre a situação atual do sistema prisional brasileiro e o excesso na utilização da prisão preventiva.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O EXCESSO DE PRISÃO PROVISÓRIA

Parece evidente, hodiernamente, referir-se ao sistema prisional brasileiro como uma substância malsucedida. Ele tornou-se um motivo contínuo de conflito social, justificado pela ruína de uma metodologia penitenciária superada.

A ineficiência da pena de prisão como instrumento ressocializador evidencia a ideia de ser quase impossível extrair algo de positivo por meio do encarceramento. Porém, conforme sustentava Foucault (2011), percebe-se também a dependência a esse sistema, já que a prisão “*é detestável solução, de que não se pode abrir mão*”.

Nesta mesma lógica, Bitencourt (2012, p.25) afirma que:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis.

No período compreendido entre os anos de 2004 e 2014, a população carcerária brasileira teve um aumento de 80%, passando de 336.400 encarcerados para 622.200 presos. Isto posto, baseando-se nos citados números, percebe-se que a taxa de aprisionamento no Brasil é de 306 encarcerados para cada 100 mil habitantes, enquanto no mundo esta média é de 144 para cada 100 mil. Conforme os dados do Ministério da Justiça, 41% (em torno de 250.213) são presos provisórios. Número este que representa, mais ou menos, o déficit de vagas no sistema penitenciário nacional (BRASIL, 2015).

Esta mesma pesquisa demonstrou também que o Brasil encontra-se em quarto lugar no ranking dos países com maior população prisional do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (1º), China (2º) e Rússia (3º). Porém, ao contrário dos citados países, em que a taxa de encarceramento está diminuindo com o decorrer dos anos, no Brasil, como dito anteriormente, essa taxa está aumentando.

Conforme salientado por Paiva (2017, p.28):

O cenário que se vê no Brasil inibe qualquer perspectiva otimista a respeito do encarceramento. O país transita – artificialmente – entre rebeliões e mutirões: as rebeliões para demonstrar que o sistema penitenciário não funciona, os mutirões para ocultar que o Poder Judiciário (também) não funciona como deveria funcionar. Prendemos cada vez mais.

Esta superlotação impõe àqueles que encontram-se custodiados a habitar penitenciárias sem nenhuma estrutura e governada por facções criminosas no país inteiro. Neste cenário, em que o Estado cada vez mais perde o controle para grupos como Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV) e Família do Norte, as rebeliões são constantes e o sofrimento, a violência e a barbárie reinam.

Não há um estado brasileiro em que a capacidade de seus presídios seja maior do que a quantidade de presos. Nesta senda, Rondônia, Amazonas e Tocantins são os mais superlotados, enquanto o Maranhão, Rio Grande do Sul e Mato Grosso são aqueles com uma menor carência de vagas.

Apesar das alterações trazidas com a Lei nº 12.403/2011, que modificou o Código Penal com o objetivo de atingir um maior equilíbrio deste com os princípios constitucionais e concebeu uma porção de medidas cautelares alternativas ao encarceramento, o aumento do número de prisões provisórias permaneceu.

Uma pesquisa realizada em parceria entre o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) demonstrou que, em 37,2% das situações em que a prisão provisória é aplicada, os réus não são condenados à prisão ao final do processo ou obtêm penas menores do que o tempo em que ficaram encarcerados provisoriamente (BRASIL, IPEA, 2015, págs. 37-38).

Assim, levando em conta a relação entre a superlotação dos presídios e a quantidade de pessoas presas provisoriamente, este assunto será melhor abordado no tópico seguinte.

2.1 Direito penal emergencial e o Direito penal simbólico

Desde a antiguidade a emergência surge, com bastante frequência, na justificação do poder punitivo. Como forma de tranquilizar o medo e o pânico gerados na população em razão da exposição pela mídia de crimes violentos e revoltantes, muitos governantes apelam para a aplicação do direito penal de emergência como desculpa para a prática do simbolismo penal, editando duras normas por influência do clamor social e em razão de efeitos midiáticos.

Assim, o simbolismo tem a tendência de identificar um tipo de inimigo e aplicar sanções penais sem nenhuma proporcionalidade, motivando a prática da

política do populismo punitivista como forma de solucionar todos os problemas da sociedade.

Isso acontece porque assuntos relacionados à matéria criminal são objetos de diversas notícias veiculadas pelos meios de comunicação, principalmente em programas televisivos de conteúdos policiais, em jornais, revistas e documentários. Nestes, são apresentadas pesquisas e propostas discussões acerca da “exorbitante quantidade de delitos”, dando atenção para casos específicos, determinados e escolhidos sob parâmetro exclusivo dos operadores da comunicação, com a finalidade de omitir as causas políticas, históricas e sociais da criminalidade, sempre apontando para a elaboração de novos e mais rigorosos tipos penais como única maneira de garantir a segurança da sociedade.

Em consequência, esta massiva publicação de notícias exageradas pela mídia provoca na população uma forte onda punitivista, gerando, assim, uma procura incansável para achar, no Direito Penal, uma resposta repressiva.

Isto posto, a opinião pública presume que o encarceramento do delinquente é a melhor e mais eficiente forma de se combater a violência que acomete a população. O que, por seu turno, combinado com o direito penal de emergência, ocasiona na criação de leis penais simbólicas.

O legislador, então, motivado pela pressão da mídia, da opinião da população e da urgência em resolver o problema dos elevados índices de insegurança pública, não obtém (nem tampouco busca) outra resposta que não seja a emergencial, sendo esta, geralmente, de natureza penal e repressiva.

Com a elaboração de normas penais emergenciais, o legislador obtém benefícios eleitorais, já que elas possuem efeito simbólico imediato, suavizando a ira da população. No entanto, na prática, seu uso recorrente não soluciona o problema efetivamente, apenas o posterga no tempo.

Em decorrência da utilização desta prática de forma reiterada, gerando leis penais mais severas, criando novos tipos penais, bem como aumentando a pena de crimes já existentes, o que ocorre é que, ao invés de resolver o problema do elevado índice de criminalidade presente no país, na verdade agrava a situação do sistema prisional brasileiro, já que esta postura faz com que aumente a quantidade de presos e as taxas já altas de aprisionamento do país.

Ainda, com a instituição desta postura penal emergente e simbólica, nota-se que a maior parte das normas criadas nestas circunstâncias não está em conformidade com os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

2.2 Banalização dos pressupostos da prisão preventiva

Conforme explicado no capítulo anterior, além da necessidade e adequação (artigo 282, incisos I e II do CPP), é imprescindível a presença de dois pressupostos para a aplicação da prisão preventiva: o *periculum libertatis*, ou seja, o risco que a liberdade do agente promoverá ao andamento do processo penal e à sociedade; e o *fumus comissi delicti*, que consiste na verificação da existência de um fato aparentemente punível e de indícios suficientes de autoria, nos termos do artigo 312 do CPP.

Acerca dos pressupostos cautelares para a decretação da prisão preventiva, o *periculum libertatis* é identificado na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ainda, consoante já explicitado neste estudo, a restrição à liberdade do indivíduo somente pode ser aplicada como medida de caráter excepcional. Desta forma, a utilização da prisão preventiva sob motivação diversa da disposta em lei não é permitida, não podendo, assim, aplicar a discricionariedade ao decretá-la.

No entanto, a escolha do legislador em aplicar termos abertos como “garantia da aplicação da lei penal” e “manutenção da ordem pública” como requisitos para a expedição da prisão preventiva, faz com que a justificativa para a decisão de decretá-la torne-se mais complexa e sujeita à discricionariedade.

Desta forma, com o argumento de garantir a segurança da sociedade, muitos magistrados têm feito uso regular, abusivo e incoerente da detenção provisória, desprezando princípios constitucionais - como o da presunção de não culpabilidade - e privando de liberdade, por antecipação ilegal da pena, pessoas que nem sequer foram condenadas.

2.3 A banalização na utilização da prisão provisória no Brasil

A questão das prisões cautelares suscita em nosso ordenamento jurídico uma imprescindível discussão acerca da sua utilização e sobre seus limites constitucionais. Elas estão localizadas em um tênue limite entre a necessidade de utilizá-la para garantir o devido processo legal e, caso seja aplicada de forma exagerada, poderá tornar-se um manifesto abuso do Estado.

Conforme bem explicitado por Lopes Jr. (2013, p. 847), as medidas cautelares não possuem o objetivo de “fazer justiça”, mas sim assegurar o regular funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Porém, o que se percebe é que, ultimamente, primeiro prende-se o indivíduo para somente depois obter o suporte probatório legitimador dessa prisão.

Mesmo com a presença de preceitos como os presentes na Lei nº 12.403/2011, as prisões cautelares continuam sendo empregadas como medidas de emergência, com a finalidade de atender o clamor público, já que possui a aparência de “justiça imediata”. E ainda persiste a opinião geral de que a punição ocorre somente quando o indivíduo encontra-se preso preventivamente, dando a infundada sensação de que através dela a impunidade está sendo combatida.

Zackseski (2010, p.6), em seu artigo intitulado “O Problema dos Presos sem Julgamento no Brasil”, baseando nos dados fornecidos pelo Ministério da Justiça nos anos de 2008 e 2009, demonstra a gigantesca quantidade de pessoas encarceradas sem julgamento. Ela constata que

a situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das pessoas encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos, como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado.

Mesmo após o advento da Lei nº 12.403/2011, em que, em tese, deveria ocorrer uma diminuição no número de prisões provisórias e em casos absurdos

como os citados acima, a Human Rights Watch apresentou um acontecimento parecido que aconteceu em 2014:

C.V., por exemplo, passou mais de dois meses na prisão sob a suspeita de ter comprado uma motocicleta roubada, embora não tivesse qualquer condenação anterior e o crime a ele imputado não preveja pena de prisão em caso de condenação. Quando ele foi preso, o delegado de polícia estabeleceu uma fiança de 724 reais, a qual C.V não foi capaz de pagar, de acordo com o processo. A Defensoria Pública fez uma petição em favor de sua liberação e ele foi colocado em liberdade provisória. Sua permanência na prisão por mais de dois meses custou aos contribuintes cerca de 5.000 reais. (HRW, 2015).

A pesquisa “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas” realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, (DEPEN/MJ) por meio de cooperação técnica com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), demonstrou que *“mais da metade dos processos com denúncia aceita transcorre com presos provisórios (54,6%), sendo que a grande maioria dessas prisões (86,9%) aconteceu na fase policial com o flagrante”*¹. Ainda, constatou-se que *“nos casos dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou teve de cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se, ainda, os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade”*².

Assim, o fato de que aproximadamente quatro em cada dez presos provisórios não são condenados a pena privativa de liberdade ao final do processo revela como a prisão provisória continua sendo utilizada de forma banalizada, desproporcional e abusiva pelos operadores do direito. Há uma nítida desvirtuação na utilização dos princípios que norteiam as prisões cautelares e uma gigantesca afronta às garantias e direitos fundamentais dos indivíduos. Nesta senda, um estudo realizado pelo Instituto Terra em parceria com a Pastoral Carcerária Nacional afirmou que:

O uso excessivo e arbitrário da prisão provisória, enquanto violação de direitos humanos, embora afete milhões de pessoas a cada ano, ao ser

¹ BRASIL, IPEA (2015), pág. 34.

² BRASIL, IPEA (2015), págs. 37-38.

ignorado por formadores de políticas e aplicadores da lei, gera e aprofunda a pobreza, retarda o desenvolvimento econômico, dissemina doenças e abala o Estado Democrático de Direito. Presos provisórios podem perder seus empregos e residências; contrair e transmitir doenças; receber ofertas de corrupção para serem liberados ou obterem melhores condições de detenção; e sofrer tortura e danos físicos e psicológicos que podem perdurar para além de seu tempo de prisão (CERNEKA, 2012, p. 11).

Ademais, o emprego abusivo da prisão cautelar, com indivíduos que não deveriam ser encarcerados, além de ter um custo financeiro e social imenso, colabora para a superlotação carcerária. Esta superlotação gera um crescimento de facções criminosas e da violência. Isso ocorre porque, com a falta de estrutura presente na maioria dos presídios e penitenciárias brasileiras, os presos provisórios são colocados no mesmo ambiente daqueles que já foram condenados, aguardando meses para terem um primeiro contato com o juiz, sofrendo intensa pressão para se juntarem a facções criminosas. Estas agem como grandes gangues ou cartéis, aproveitando do desprezo e do desrespeito do Estado para difundirem um discurso que, em razão do contexto mencionado anteriormente, aumenta a possibilidade de participação por parte daqueles que se encontram ali desamparados.

Outro ponto importante a ser mencionado diz respeito à falta de prazo para a duração da prisão cautelar, que ainda encontra-se indisciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A prisão temporária, em exceção a esta regra, possui prazo máximo definido pela Lei 7.960/89, em seu artigo 2º. A prisão preventiva, no entanto, continua sem prazo definido, perdurando enquanto o juiz ou tribunal entender que exista o *periculum libertatis*. Como bem salientado por Lopes Júnior, enquanto não se estabelecer um limite para os excessos ocorridos na duração da prisão cautelar, existirá abusos (LOPES JR., 2013, pág. 796-798).

A falta de definição deste prazo na lei ou até mesmo em decisões jurisprudenciais a respeito do conceito normativo da “duração razoável da prisão preventiva” exige que outros meios de intervenção sejam analisados, com o objetivo de tentar conter ou até mesmo sanar os graves abusos cometidos.

De acordo com Lopes Júnior, a prisão cautelar sofreu uma grave degeneração, sendo que seu maior problema é cultural, ou seja, a banalização de um instituto que deveria ser usado excepcionalmente. A não obediência para a sua provisionalidade ocasiona uma prisão cautelar ilegal, não somente pela ausência de

fundamento que a legitime, mas também em razão de uma inapropriada tomada do tempo do acusado (LOPES JR., 2013, pág. 794).

Desta forma, todos esses apontamentos ressaltam a urgência de alterações legislativas que possam delimitar o uso indiscriminado das prisões cautelares, já que as reformas específicas já realizadas, como a Lei nº 12.403/2011, não foram capazes de frear o problema duradouro do alto índice de encarceramento no Brasil. A implantação da audiência de custódia surge, então, como uma esperançosa alternativa neste cenário, conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Apesar do Brasil ter ratificado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica ainda na década de 1990, somente passados aproximadamente vinte anos que uma de suas disposições passou a ser aplicada no Brasil. Trata-se da necessidade de apresentação, sem demora, de todos aqueles que forem presos à um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, instituto que ficou conhecido no país por audiência de custódia.

Em 2015, com base em um projeto-piloto lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Ministério de Justiça, diversos Estados da federação deram início a introdução desse instituto, incentivados por convênios acordados com o CNJ. Atualmente, todas as 27 unidades da federação encontram-se com a audiência de custódia implantada.

Durante as regulamentações estaduais para que fossem colocadas em prática o projeto-piloto do CNJ, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ajuizou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347), sendo que, um de seus pedidos era justamente que todos os juízes e Tribunais realizassem a audiência de custódia e que fosse estipulado o prazo de 24 horas para a apresentação do detido a partir de sua prisão. Por maioria, a medida cautelar requerida foi deferida, tornando o referido instituto obrigatório em todo o território nacional, nos termos da decisão proferida (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Assim, em razão das frequentes controvérsias verificada com a multiplicidade de regulamentações locais e, também, com a finalidade de dar aplicabilidade à decisão liminar proferida na ADPF 347, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 213, contendo uma regulamentação detalhada acerca do instituto da audiência de custódia e os efeitos da prestação de depoimento do agente privado de sua liberdade.

Neste capítulo, serão esclarecidas questões acerca do instituto da audiência de custódia, também conhecida por audiência de apresentação, como seu conceito e previsão normativa, o seu funcionamento, fundamentos legais, questões polêmicas acerca de sua implantação e sua eficácia.

3.1 Conceito e previsão normativa

A definição da palavra “custódia” associa-se com a ação de guardar e de proteger, podendo ainda ter o sentido de prisão, detenção ou vigilância. A audiência de custódia consiste, assim, na apresentação do preso perante uma autoridade judicial, sem demora, para que este, fundado em um prévio contraditório instituído entre o Ministério Público e a defesa, execute um controle instantâneo da legalidade e da necessidade da detenção, bem como analisar questões concernentes à pessoa do indivíduo conduzido, principalmente a existência de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2017, pág.41).

Nos termos de Lazari (2015, p.214):

A audiência de custódia, ante a conjugação dos dispositivos em lume, nada mais representa que a possibilidade de se levar o preso pré-cautelar, no prazo mais urgente possível (e o prazo a que se tem feito menção é o de vinte e quatro horas) à presença da autoridade judicial, a fim de que esta delibere sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, a soltura condicionada ou incondicionada do indivíduo, a presença ou a ausência do estado de flagrância, bem como a integridade física e moral daquele que teve sua liberdade de ir e vir restringida

Este instituto encontra-se previsto em diferentes tratados internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direito Humanos (CADH, 1969) que prevê em seu artigo 7.5 que *“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”*.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1996), igualmente, estabelece em seu artigo 9.3 que *“qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”*.

Por fim, mais atualmente, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP, 1994), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.766/2016, dispôs em seu artigo XI que *“toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e*

apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente”.

Dessa forma, percebe-se que tais normas internacionais, previstas em tratados assinados pelo Brasil, estão incorporadas em nosso ordenamento jurídico desde a década de 1990.

Andrade e Alflen (2016) afirmam em sua obra que:

Na América do Sul, alguns países inseriram a necessidade dessa apresentação do preso em sua própria constituição, ao passo que outros preferiram inseri-la na legislação infraconstitucional atinente à persecução penal. Entretanto, o Brasil vem se mostrando tímido – para não se dizer resistente – em dar plena aplicabilidade a todos os termos da CADH, da qual ele próprio é signatário.

Assim, apesar do Supremo Tribunal Federal (STF) assentir que normas de tratados internacionais de direitos humanos se equivalem a normas de natureza supralegal, a discussão acerca da audiência de custódia somente teve início a partir do projeto de lei do senado (PLS) nº 554/2011, apresentado pelo Senador Antônio Carlos Valadares, propondo a alteração do §1º do artigo 306, do CPP, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 306. [...]

§1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado 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.

No dia 30/11/2016, o Plenário do Senado finalmente aprovou o projeto de lei que regulamenta a realização da audiência de custódia. Porém, em razão da Resolução nº 213 do CNJ - que dispõe de forma detalhada a dinâmica procedimental da audiência de custódia - antes da aprovação do referido projeto, iniciaram-se várias discussões na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), surgindo a necessidade de realizar alterações no projeto inicial, com o objetivo de adequar-se ao disposto na referida resolução. Assim, após a aprovação das emendas apresentadas na CCJ, a redação final acolhida ficou desta maneira:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, quando o autuado não indicar advogado, e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial encaminhará o auto de prisão em flagrante ao juiz

competente, ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo estabelecido no § 1º, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, a respectiva capitulação jurídica e os nomes do condutor e das testemunhas.

§ 3º Caso haja alegação de violação aos direitos fundamentais do preso, a autoridade policial, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, determinará, em despacho fundamentado, a adoção das medidas cabíveis para preservar a integridade do preso, bem como a apuração das violações apontadas, instaurará de imediato inquérito policial para apuração dos fatos e, se for o caso, requisitará a realização de perícias e exames complementares e determinará a busca de outras fontes de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz e será por ele ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventuais violações.

§ 5º Antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado para garantir a confidencialidade, devendo ser esclarecidos por funcionário credenciado os motivos e os fundamentos da prisão e os ritos aplicáveis à audiência de custódia.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público – que poderá requerer, caso entenda necessária, a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão –, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado – ou, se o preso não tiver ou não indicar advogado, na de defensor público – e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 7º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 9º É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

§ 10. O prazo previsto no § 4º para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para, no máximo, 72 (setenta e duas) horas, mediante decisão fundamentada do juiz, em decorrência de dificuldades operacionais da autoridade policial.

§ 11. Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no § 10.

§ 12. Quando se tratar de organização criminosa, nos termos definidos pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a autoridade policial poderá deixar de cumprir os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 10, desde que, dentro daqueles prazos, designe, em acordo com o juiz competente, data para a apresentação do preso em no máximo 5 (cinco) dias.

§ 13. Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso, quando de sua apresentação, no prazo estabelecido no § 4º, a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinará sua juntada aos autos, retornará com o

preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 14. Na hipótese do § 13, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente à data constante do recibo, devendo a autoridade custodiante ou a autoridade policial, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 15. Em caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal determinará a seus agentes que conduzam o preso ao juízo de direito do local de lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, que serão encaminhados ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.

Deste modo, percebe-se que ficou determinado na redação final do projeto o prazo de 24 horas para a apresentação do custodiado ao juiz competente; o procedimento que deverá ser tomado quando houver denúncia de tortura e/ou maus-tratos; o rito a ser seguido durante a realização da audiência; a proibição da utilização do interrogatório do preso em momento posterior, como meio probatório; a vedação da presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão durante a realização da audiência de custódia; a possibilidade de a audiência, de forma excepcional, ser realizada por videoconferência; e, o procedimento a ser realizado quando for impossível a realização da audiência no prazo estipulado de 24 horas. Estes aspectos, que ainda possuem divergência doutrinária, serão melhor analisados em tópico posterior.

Ao chegar à Câmara dos Deputados, a PLS nº 554/2011 transformou-se em PL nº 6620/2016 e foi apensada ao projeto de lei nº 8045/2010. Este PL já estava em análise perante a Câmara e, nada mais é do que um projeto para a elaboração de um novo Código de Processo Penal.

Sobre a sua tramitação, a ação mais recente ocorreu em 30/05/2017, onde o Relator Parcial, Dep. Paulo Teixeira, apresentou seu parecer, no qual, entre diversas medidas, opinou pela aprovação do Projeto de Lei nº 6620/2016.

3.2 Finalidades

Diante do cenário exposto no item anterior, percebe-se que a finalidade principal e mais básica da audiência de custódia no Brasil é adaptar o processo

penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. Conforme bem salienta Paiva e Lopes Jr. (2014, s.d) :

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o Código de Processo Penal, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias.

Outro objetivo do instituto estudado diz respeito à prevenção da tortura policial, possibilitando a execução do direito à integridade pessoal daqueles privados de liberdade. Destarte, o artigo 5.2 da CADH (1996) determina que *“ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”*. Conforme salientado por Weis (2013), a audiência de custódia *“aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”*.

Nessa perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já deliberou que a imediata apresentação do preso a um juiz *“é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”*, avisando que *“o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente”*.

Nos pensamento de Paiva (2017, p. 49):

Garantindo-se a apresentação imediata, ou, ainda, “sem demora”, a audiência de custódia pode eliminar – pelo menos – a violência policial praticada no momento da abordagem no flagrante e nas horas seguintes, pois os responsáveis pela apreensão/condução do preso terão prévia ciência de que qualquer alegação de tortura poderá ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, da defesa (pública ou privada) e do Ministério Público, na realização da audiência de custódia.

Desta forma, apesar de a audiência de custódia, apenas, não ser suficiente para eliminar a violência policial, prática esta que está enraizada na cultura nacional, sendo até legitimada e incentivada pela população, ela colabora na limitação desta tortura em um dos momentos cruciais para a integridade física do agente, que

corresponde às primeiras horas após a sua detenção, onde este fica à mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública.

Por último, outra finalidade da audiência de custódia diz respeito a sua intenção de impedir prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Nos termos de Badaró (s.d), a audiência de custódia

não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Sendo assim, a audiência de custódia serve para verificar a presença da excepcional necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou, ainda, de sua conversão em liberdade com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sendo que estas medidas somente serão aplicadas quando estiverem presentes todos os requisitos legais que a autorizam e através de uma decisão fundamentada.

Ainda sobre esta terceira finalidade, a apresentação do preso sem demora a um juiz mostra-se útil também como forma de identificar visualmente casos graves, em que a prisão domiciliar deve ser aplicada de imediato. Como exemplo, é possível citar a detenção de uma mulher grávida ou de um agente extremamente debilitado por motivo de doença grave. Apesar da condição imposta pelo artigo 318 do CPP de apresentar “prova idônea” para conceder a prisão domiciliar, há casos em que contraria o bom senso manter uma pessoa detida apenas pela falta de um documento, já que sua condição está visivelmente demonstrada.

Nesta senda, conforme demonstrado no capítulo anterior, esta última finalidade do instituto está intimamente ligada à tentativa de diminuir a superlotação carcerária, reduzindo o alto índice de presos sem julgamento ao diminuir o número de pessoas encaminhadas indevidamente para a prisão provisória, pois, ao ser conduzido sem demora à presença de um juiz, o custodiado não precisa esperar meses (como acontecia antes da implementação deste instituto) para ter seu caso analisado pelo magistrado.

Isto ocorre porque quanto mais tempo durar o processo criminal, menor será a chance de que seja assegurado ao indivíduo o direito a uma pena alternativa à

prisão. Além do que, conforme o disposto no Protocolo I presente na Resolução nº 213 do CNJ, quando o agente não é submetido à experiência do encarceramento, maiores serão as possibilidades de que este não volte a delinquir (BRASIL, CNJ, 2015).

3.3 Aspectos polêmicos acerca do funcionamento da audiência de custódia

Após a compreensão da definição e dos objetivos do instituto, necessário analisar agora suas características, como ocorre sua dinâmica procedimental e o papel dos operadores do direito, tendo por base os aspectos polêmicos e problemas práticos quanto a realização da audiência de custódia.

3.3.1 Elemento temporal

Para que sejam atingidas as finalidades da audiência de custódia, é importante que a apresentação da pessoa presa à autoridade não demore. Isto porque somente assim será possível impedir a ocorrência ou a piora de prováveis agressões ao detido ou que as evidências deixadas por essas diminuam com o passar do tempo, o que possibilitaria a impunidade de prováveis agressores. Do mesmo modo, com um lapso temporal menor, também evita-se o prolongamento de uma prisão ilegal, seja na sua origem ou durante a sua formalização.

A CADH emprega a expressão “sem demora” para descrever o aspecto temporal entre a apreensão do agente e a sua apresentação à autoridade judicial. Na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos, há o entendimento pacificado de que esta expressão deverá ser interpretada de acordo com o contexto e características do caso concreto, não havendo um prazo determinado.

No Brasil, conforme explicação de Andrade e Alflen (2017, p.69)

não existe um prazo e, muito menos, um procedimento estabelecidos em lei para que ocorra a audiência de custódia. Por essa razão, os projetos de lei até hoje apresentados singelamente trataram de encaixar a audiência de custódia ao momento já destinado por nossa legislação à análise da legalidade da prisão em flagrante e da incidência, ou não, de alguma

medida cautelar pessoal diversa da prisão, qual seja, o momento da análise do auto de prisão em flagrante. O que se está fazendo, portanto, é estabelecer o prazo de 24 horas, contado a partir da prisão em flagrante, para que ocorra a apresentação do preso em flagrante ao juiz competente.

Após a iniciação do projeto-piloto encabeçado pelo CNJ em 2015, várias regulamentações estaduais foram surgindo para implementar a audiência de custódia nos estados. No entanto, como não havia uma obrigatoriedade em seguir o modelo proposto pelo CNJ, cada regulamentação fixava um determinado prazo para a realização do referido instituto, gerando uma evidente desigualdade de tratamento entre os presos do país.

A maioria dos tribunais fixou o prazo de 24 horas para a apresentação do custodiado à autoridade judicial, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), ao determinar no artigo 1º de sua Resolução nº 796/2015 que a pessoa detida em flagrante delito deve ser apresentada em até 24 horas para o juiz competente. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) previu idêntico prazo no artigo 1º, parágrafo único da sua Resolução Conjunta GP/CGJ 06/2015.

No entanto, uma pequena parcela fixou este limite temporal em 48 horas, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao determinar a apresentação do preso em 48 horas no artigo 2ª, parágrafo único de sua Resolução nº 1087/2015-COMAG.

Assim, baseada na decisão liminar do STF que deferiu a ADPF 347 e tornou obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o território nacional no prazo de 24 horas, a Resolução nº 213 do CNJ estabeleceu este período para apresentação do preso ao juiz competente, contadas a partir da comunicação em flagrante, unificando os diferentes limites temporais e acabando com a quebra de isonomia observada com a pluralidade de regulamentações locais. Este prazo também está previsto no PL 6620/2016, em trâmite na Câmara dos Deputados.

3.3.2 A quem deve ser feita a apresentação

Os tratados internacionais que regulamentam a matéria, além de determinarem que o preso tenha que ser encaminhado à presença de um juiz,

preveem que o feito poderá realizar-se, também, na presença de outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais.

No Brasil, consoante o analisado por Paiva (2017, p.59), a discussão acerca da possibilidade de a audiência de custódia ser realizada por outra autoridade não tem muito sentido, pois

se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, poder para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade.

Desta forma, considerando que a Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso LXII que a comunicação da prisão deve ser feita ao juiz competente e, no inciso LXV do mesmo artigo que a prisão ilegal deve ser relaxada pela autoridade judiciária, não há o que se discutir acerca da possibilidade de outra autoridade, além do juiz, ser competente para realizar a audiência de custódia. A Resolução nº 213 do CNJ adotou esta postura, assim como o PL nº 6620/2016.

3.3.3 Cabimento

Outro aspecto polêmico sobre o instituto em análise diz respeito a seu cabimento. A audiência de custódia deve ser garantida na prisão preventiva e na prisão temporária ou apenas na prisão em flagrante?

Durante a tramitação do PLS nº 554/2011, houve a sugestão de que a audiência de custódia também abrangesse os casos de prisão preventiva. Porém, em sua redação final, sem qualquer justificativa, não houve qualquer menção a este tipo de prisão, restringindo a aplicação do instituto apenas à prisão em flagrante.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao empregarem a expressão “toda pessoa presa” abrangem todos os tipos de detenção.

A Resolução nº 213 do CNJ, indo ao encontro do disposto nos tratados internacionais, assegura a execução da audiência de custódia também aos casos de prisão cautelar, conforme o disposto em seu artigo 13, qual seja:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de

mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Paiva (2017, p.91-92), neste sentido, argumenta que a audiência de custódia deve ser realizada nas situações de prisão preventiva e temporária, pois, nestes casos, *“a finalidade da apresentação do preso ao juiz, além de protetiva da integridade física e psicológica do conduzido, será predominantemente prospectiva, voltada para o futuro, para verificar ou reavaliar a necessidade da prisão, notadamente os fundamentos que ensejaram a sua decretação”*.

Assim, pode-se concluir que, mesmo não sendo preciso realizar uma análise da legalidade da prisão nas situações de prisão preventiva e temporária, já que estas ocorrem em razão de uma decisão judicial devidamente fundamentada, aquele que foi detido tem o direito de ser conduzido à presença de um juiz, conforme o disposto na CADH. Isto porque, durante a audiência de custódia, a experiência do encontro pessoal do agente com o juiz poderá fazer com que este reavalie a necessidade e adequação da prisão, podendo esta ser relaxada, revogada ou substituída por uma medida cautelar alternativa à prisão, caso seja adequada ao caso concreto.

3.3.4 Aproveitamento do conteúdo da audiência de custódia

Um intenso debate ocorreu entre juristas e doutrinadores acerca da proibição de utilizar-se as declarações dadas pelo agente durante a audiência de custódia em momento posterior, como meio probatório.

Em sua obra, Paiva (2017, p.117) argumenta que o depoimento do indivíduo colhido durante a realização do instituto em análise não pode ser utilizado contra ele durante a fase processual, sendo que o ideal *“seria que o resultado da audiência não apenas fosse encartado em autos apartados, mas sim que proibisse a sua juntada nos autos do processo principal”*.

Esta foi a orientação prevista no PLS 554/2011 aprovado pelo Senado, sendo determinado em seu parágrafo 7º de seu texto final que

§ 7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência

de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Percebe-se, assim, que o projeto de lei inovou no conteúdo de vedação probatória, já que no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em nível constitucional quanto em nível infraconstitucional, não há nenhuma previsão neste sentido.

A Resolução nº 213 do CNJ, no entanto, em sentido totalmente oposto, determinou em seu artigo 12 o apensamento do termo de audiência ao inquérito ou à ação penal.

Importante destacar que a citada resolução, por ser um ato administrativo emanado pelo Poder Judiciário, não poderia ter disposto do mesmo conteúdo presente na redação final do PLS 554/2011, pois, como se trata de uma vedação probatória, ela somente poderá ser criada por ato do Poder Legislativo, sob pena de infringir os termos do inciso I do artigo 22 da Constituição Federal.

Andrade e Alflen (2016, p.164), por sua vez, entendem que a celeuma acerca do conteúdo da oitiva prestada pelo custodiado ser utilizado no processo de conhecimento é uma falsa discussão, pois *“o que importa não é a saída ou permanência dessa informação nos autos de prisão em flagrante, pois o juiz que a obteve permanecerá como presidente do futuro processo de conhecimento, com todos os conceitos e preconceitos formados no curso da audiência de custódia, independentemente do que se vier a produzir posteriormente”*.

No entanto, importante ressaltar que, em caso de divergência entre o depoimento prestado na audiência de custódia e a interrogação realizada ao final da instrução, o magistrado deve considerar para fins de formação de convencimento, que o indivíduo não tem condição nem tempo hábil para se defender adequadamente na ocasião da realização da audiência de custódia, principalmente nos casos de prisão em flagrante.

3.4 Eficácia da Audiência de Custódia

A audiência de custódia, conforme já explicado ao longo do presente trabalho, tem a intenção de praticar o contraditório participativo e, por conseguinte, o

poder de interferência das palavras do preso nas decisões proferidas pelo órgão julgador. No entanto, percebe-se que em muitos casos o depoimento do agente é colocado em segundo plano ou, até, repudiado por falta de provas.

Isto se torna mais relevante quanto à questão da tortura e maus tratos por parte dos policiais no momento da apreensão, pois como o agente irá comprovar o conteúdo de sua afirmação sendo que seria necessária a realização de exame de corpo de delito e este encontra-se custodiado?

Antes da implantação do instituto em análise, o custodiado demorava meses até ter o primeiro encontro com o magistrado, tempo este suficiente para o desaparecimento de vestígios da suposta tortura e maus tratos cometidos. Assim, tornava-se impossível a comprovação da alegação feita pelo agente.

Conforme a pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2012):

Quanto mais próxima do momento da prisão, a defesa técnica pode ter um impacto positivo não somente para a pessoa assistida, mas também para a justiça criminal na fase processual em geral. Exemplos de várias partes do mundo revelam que intervenções próximas ao momento da prisão podem reduzir o uso da prisão provisória, melhorar o desempenho dos operadores do sistema de justiça criminal e provocar decisões mais racionais e efetivas, além de elevar o nível de responsabilização e respeito pelo Estado de Direito.

Porém, mesmo com a aplicação do direito de apresentação sem demora, nota-se uma evidente falta de sintonia entre o determinado pela norma e a realidade da prática. Apesar do Conselho Nacional de Justiça informar que, até abril de 2017 houve alegação de violência no ato da prisão em 11.051 casos³, apenas alguns juízes manifestaram proatividade ao combate desses crimes, já que a maioria, ao realizar a audiência, analisa apenas a legalidade da prisão, frustrando ao mesmo tempo o combate à tortura e o contraditório participativo, ao não permitir a manifestação do custodiado.

Nesta senda, segundo a pesquisa realizada pelo Conectas (2017, p.13) *“nem mesmo sinais claros de agressões – manchas de sangue, roupas rasgadas, hematomas ou feridas – alteraram o comportamento de alguns juízes: em 33% dos*

³ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). *Audiência de custódia: Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil*. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

casos, os magistrados não fizeram nenhuma pergunta sobre a ocorrência de tortura, mesmo quando a pessoa presa apresentava marcas aparentes de violência”.

Ademais, esta mesma pesquisa da Conectas (2017, p.09) demonstrou que poucos são os casos em que o relato da violência durante a audiência se originou a partir de questionamentos do Ministério Público, que é a única instituição que tem o dever constitucional de fiscalizar o trabalho das polícias. Ainda, demonstrou também que quando havia relatos de tortura, não houve o pedido de apurar as denúncias de violência por parte do Ministério Público.

Assim, percebe-se que as audiências de custódia são fundamentais para que seja oportunizado ao preso a possibilidade de relatar casos de tortura e maus-tratos. No entanto, sem a contribuição da Magistratura e o do Ministério Público, aquela não terá resultados positivos.

Nos termos do estudo realizado pela Conectas (2017, p.22), *“essas instituições não podem se isentar de responsabilidade diante da situação, podendo inclusive estar incorrendo na prática de tortura por omissão nos termos da lei. Agir de maneira protocolar é perpetuar a violência institucionalizada”.*

A tortura e os maus-tratos ocorrem em todo o sistema de Justiça criminal e a audiência de custódia é uma oportunidade única de combater essa cultura enraizada no país. Assim, os juízes, promotores e defensores devem adotar uma postura ativa e comprometida diante dos testemunhos apresentados na audiência para que esta se torne eficiente no combate à tortura e maus-tratos.

Sobre a questão da audiência de custódia como forma de diminuir a quantidade de presos provisórios, apesar de ainda ser cedo para se tirar conclusões, ela vem apresentando resultados positivos. Após dois anos do lançamento do projeto-piloto do CNJ, foram realizadas 229.634 audiências de custódia no país, sendo que, destas, em 103.669 casos o custodiado foi colocado em liberdade. Ou seja, em 45,15% dos casos o agente conseguiu responder ao processo em liberdade, com fiança, relaxamento ou alguma medida cautelar diversa da prisão (BRASIL, CNJ, 2017), ajudando na diminuição da quantidade de presos sem uma sentença condenatória nos presídios brasileiros.

Sobre as medidas cautelares diversas da prisão, os magistrados, ao aplicá-las, devem ter como finalidade atender ao disposto no Protocolo I da Resolução nº 213 do CNJ (BRASIL, 2015), qual seja:

- I. a promoção da autonomia e da cidadania da pessoa submetida à medida;
- II. o incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução dos conflitos;
- III. a autoresponsabilização e a manutenção do vínculo da pessoa submetida à medida com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais; e
- IV. a restauração das relações sociais.

Sendo assim, percebe-se que a intenção da citada resolução foi, justamente, estabelecer uma relação estreita entre o fluxo das audiências de custódia e as Centrais de Alternativas Penais dos estados, onde deveria ser disponibilizado atendimento individualizado à pessoa submetida à medida.

No entanto, conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça (BALLESTEROS, 2016, p.23), as visitas de campo e os dados coletados demonstraram que *“há uma enorme discrepância entre os estados em relação à efetiva implementação das diretrizes estabelecidas pela Resolução do CNJ e, por conseguinte, dos resultados alcançados até então com o Projeto Audiências de Custódia”*.

Deste modo, implantada na capital de todas as Unidades da Federação e, iniciando a inclusão das comarcas do interior dos Estados, mesmo diante de todas as limitações, o direito de apresentação vem apresentando resultados positivos na diminuição de casos de prisões desnecessárias e um modelo viável de amenização da crise do sistema prisional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo expor uma perspectiva acerca do instituto da audiência de custódia e a necessidade de sua aplicação como forma de mudar a perspectiva do sistema carcerário brasileiro.

Ao longo do primeiro capítulo, apresentou-se um breve contexto histórico acerca da origem da detenção como pena privativa de liberdade, conceitos gerais sobre as prisões, os tipos de prisão cautelar previstos na legislação penal processual e, por fim, as medidas cautelares diversas da prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Foi abordado durante o segundo capítulo a realidade do sistema carcerário brasileiro, tendo por base dados fornecidos por órgãos públicos. Ainda, demonstrou-se a relação entre a superlotação dos presídios e a quantidade de pessoas presas provisoriamente em razão da utilização da prisão cautelar de forma banalizada, contribuindo, assim, para o alto índice de encarceramento presente no Brasil.

Em seguida, como uma alternativa à diminuição da prática de se utilizar as prisões cautelares de forma banalizada, o terceiro capítulo trouxe alguns apontamentos relacionados à apresentação do preso sem demora ao juiz, salientando sua origem, sua finalidade, aspectos polêmicos, bem como sua eficácia após a implantação no Brasil.

Assim, diante do estudo realizado, conclui-se que a utilização das prisões cautelares de forma banal tem grande influência no excesso de encarceramento do sistema prisional e no descumprimento aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, já que o Estado possui a autorização de privar o indivíduo de sua liberdade, mas não a autorização de tolher sua dignidade.

Diante deste contexto, a audiência de custódia surgiu como uma esperança de melhorar esta situação e como forma de ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos ao qual o Brasil é signatário.

Por conseguinte, é incontestável que o disposto no artigo 306 e respectivo §1º do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual, após a prisão de qualquer pessoa, basta que o juiz seja comunicado acerca desta e que seja encaminhado a ele os autos de prisão em flagrante, encontra-se em total desacordo com o previsto nos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário. Isso ocorre porque os

citados tratados preveem o comparecimento pessoal do detido, para que este tenha a possibilidade de ser ouvido pela autoridade judicial. Sendo assim, o simples conhecimento por parte de um juiz de que alguém foi preso não satisfaz esta garantia.

Conforme afirmado por Lopes Junior (2017:

A audiência de custódia representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso, mas ainda assim sofre críticas injustas e infundadas. Enfim, não há porque temer a audiência de custódia, ela vem para humanizar o processo penal e representa uma importantíssima evolução, além de ser uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que ao Brasil não é dado poder de desprezar .

Apesar de não poder alcançar um estudo totalmente seguro sobre a eficácia do instituto, já que este se encontra em fase inicial no Brasil, nota-se que ele tem apresentado resultados positivos, principalmente no que diz respeito à aplicação do direito do indivíduo de ter uma rápida análise acerca da necessidade da sua prisão e na diminuição, ainda que por enquanto não muito expressiva, da quantidade de presos provisórios aguardando julgamento.

No entanto, não se pode concluir que a audiência de custódia irá solucionar sozinha o problema da superlotação carcerária. Muita coisa deve ser mudada, principalmente no que se refere a um maior controle sobre o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, garantindo uma maior aplicabilidade deste instituto e do disposto na Lei 12.403/2011. Para isto, todos os operadores do direito devem estar fortemente engajados, todos com o objetivo de humanizar o processo penal, passando a lidar não apenas com papéis, mas sim com pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Claudio do Prado. **Evolução histórica e perspectivas sobre o encarceramento no Brasil como sujeito de direitos**. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>>. Acesso em abr. 2017.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. In LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de PROCESSO PENAL. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia> . Acesso em mai. 2017.
- BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Curt%20Gon%C3%A7alves%20Koenig.pdf> Acesso em mai. 2017.
- BALLESTEROS, Paula R. **IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: ANÁLISE DE EXPERIÊNCIAS E RECOMENDAÇÕES DE APRIMORAMENTO**. 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em 10 jul 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em abr. 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: 2012.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). **Audiência de custódia: Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em jun. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em mai. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em mai. 2017.

BRASIL. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**. Rio de Janeiro: Livraria do Ipea, 2015. 100 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24862>. Acesso em jun. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em mai. 2017.

BRASIL. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em mai. 2017.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. **A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva**. Jus Navegandi. Teresina: 2.004. a. 8. n. 270. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5039/a-insuficiencia-da-garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-do-decreto-de-prisao-preventiva>>. Acesso em mai. 2017.

CERNEKA, Heidi Ann et al (Org.). **Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo**. São Paulo: Ittc, 2012. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e Pastoral Carcerária Nacional. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.org/pesquisas/>>. Acesso em mai. 2017.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS (São Paulo). **Tortura blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato?rio_completo_Tortura_blindada_Conectas_Direitos_Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato?rio_completo_Tortura_blindada_Conectas_Direitos_Humanos(1).pdf)>. Acesso em mai. 2017..

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em mai. 2017.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm>. Acesso em mai. 2017.

CORSI, Éthore Conceição. **Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17376&revista_caderno=3>. Acesso em jun. 2017.

ENGBRUCH, Werner; SANTIS, Bruno Moraes di (Ed.). A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. **Liberdades**, São Paulo, n. 11, p.143-160, set./dez. 2012. Trimestral. Artigo coordenado por Fábio Suardi D'elia. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/145-HISTORIA>. Acesso em mai. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 39ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HIRATA, Felipe Akio de Souza. **Um completo conceito de prisão: englobando o estado de emergência.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 128, set 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15238>. Acesso em jun. 2017.

HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). **Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/267868>>. Acesso em mai. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. VIII. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LAZARI, Rafael de. **A audiência de custódia como manifestação de um Poder Judiciário Protetor dos Direitos Humanos.** Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 8, n. 2, 2015.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 1, n. 17, p.11-23, dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf>. Acesso em fev. 2017.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo Penal no Limite.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1977.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: < <http://www.more.ufsc.br/> > . Acesso em 02 jun. 2017.

NOBRE, Ana Luiza de Lemos; MOREIRA, Carine Brum da Costa; MOREIRA, Henrique Giusti; ROLIM, Taiane da Cruz. **Prisões cautelares: breves apontamentos, de acordo com a Lei n.º 12.403/2011**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15272>. Acesso em jun. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2012.

OEA. **Decisiones de la Corte IDH**. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em abr. 2017.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. **A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14030>. Acesso em jun. 2017.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudhdireitos-civis.html>. Acesso em fev. 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. 3. V. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Rede Justiça Criminal, ed. 05. Ano 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em mai. 2017.

ZACKSESKI, Cristina. **Da prevenção penal à nova prevenção**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. (Org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2010, v.3.