

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO MATOGROSSO DO SUL - UEMS
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA - UUP CURSO DE
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Ane Caroline de Freitas Vieira

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PARANAÍBA - MS

2017

ANE CAROLINE DE FREITAS VIEIRA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – Unidade Paranaíba/MS para obtenção de diploma de bacharel em direito.

Orientadora: Profa. Me. Marília Rulli Stefanini

PARANAÍBA – MS

2017

V713a Vieira, Ane Caroline de Freitas

Audiência de custódia no processo penal brasileiro/ Ane Caroline de Freitas Vieira. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.

71 f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Me Marília Rulli Stefanini.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Direitos humanos. 2. Audiência de custódia. 3. Excesso de prisões.
I. Vieira, Ane Caroline de Freitas. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.05

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

ANE CAROLINE DE FREITAS VIEIRA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em:/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Profa. Me Marília Rulli Stefanini

Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof. Me Alessandro Martins Prado

Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. Isael José Santana

Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, minha mãe, meu pai, minha irmã, e a todos os demais familiares, pelo suporte necessário durante os cinco longos anos da graduação. A estrutura familiar é muito importante nos momentos de adversidades enfrentados por todo graduando;

Também quero fazer menção às pessoas que tive o privilégio de conhecer durante o curso, dentre elas, minha amiga Luana, que me ajudou a suportar os momentos mais difíceis estando sempre comigo, nunca me esquecerei do Congresso Ícones do Direito em 2014, já que graças a ele hoje somos tão próximas. Tenho a certeza de que nossa amizade será *ad eternum*; Renata, Neto e Flávia, foi uma honra estudar com vocês, espero que sejamos amigos por toda a vida, porque vocês são realmente especiais;

Marcelo Maia, obrigada por estar comigo nesses três últimos anos, você também contribuiu para minha formação, sempre me apoiando, obrigada pela paciência, rs, pois sei que não foi fácil, você é muito importante para mim;

Minha querida orientadora Marília, uma das pessoas mais esforçadas e dedicadas que já conheci. Você é um orgulho para essa Universidade, obrigada por ter aceitado me orientar nessa pesquisa, Dra., um dia espero ser maravilhosa como você;

Agradeço também a todos os meus professores, que foram essenciais na minha formação acadêmica e agradeço a UEMS por ter sido minha segunda casa durante esses cinco anos da graduação;

Por fim, mas não menos importantes na minha vida, agradeço todo o amor e carinho incondicional dos meus cachorrinhos, Sophie e Nick, e dos meus gatinhos Julienne e Cocada, vocês também são muito especiais.

Aparelhei o barco da ilusão
E reforcei a fé de marinheiro.
Era longe o meu sonho, e
traíçoeiro
O mar...
(Só nos é concedida
Esta vida
Que temos;
E é nela que é preciso
Procurar
O velho paraíso
Que perdemos).
Prestes, larguei a vela
E disse adeus ao cais, à paz
tolhida.
Desmedida,
A revolta imensidão
Transforma dia a dia a embarcação
Numa errante e alada sepultura...
Mas corto as ondas sem
desanimar.
Em qualquer aventura,
O que importa é partir, não é
chegar.

Miguel Torga.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a Audiência de Custódia como meio de reverter o excesso de prisões ilegais, evitar torturas, reduzir a superlotação do sistema carcerário, avaliando, nesta audiência, a necessidade (ou não) da manutenção da prisão, almejando, ainda, a manutenção e respeito aos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Audiência de Custódia está prevista em textos Internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San Jose da Costa Rica, assim como em Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça, em âmbito brasileiro. Dessa forma, deve-se apresentar o preso em flagrante à autoridade judicial penal, no prazo de 24 horas a contar da comunicação da situação de flagrância. Primeiramente, busca-se contextualizar as prisões, seus princípios e a dignidade da pessoa humana. Posteriormente, analisam-se os tratados internacionais que instituíram a audiência de custódia, os quais o Brasil é signatário, bem como a Resolução n. 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamentou e internalizou expressamente a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. A crise do sistema carcerário também é alvo de análise, tendo em vista o número crescente de presos em estabelecimentos penais com déficit de vagas. Importante ainda é o estudo do posicionamento dos Tribunais de todo o país acerca da audiência de custódia, uma vez que cada tribunal editou normas próprias para implantar a audiência prevista no projeto piloto do CNJ. Por fim, averiguou-se os benefícios da audiência de custódia e o porquê da sua implantação tardia gerar tantas discussões. Ressalta-se ainda que a presente pesquisa fundamentou seus escritos em bibliografias, documentos públicos, decisões dos Tribunais, bem como em *sítios da web*.

Palavras Chave: Audiência de Custódia, Excesso de Prisões, Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present work aims to present the Custody Hearing as a mean to revert the excess of illegal arrests, prevent tortures and reduce the overcrowding of the prison system, evaluating, in such hearing, the necessity (or not) of maintenance of prison, aiming, still, the maintenance and respect for the Human Rights. In this sense, the Custody Hearing is provided for, in the International literature, as the International Pact of Civil and Political Rights and the Pact of San Jose, as well as in Resolution n. 123 of the National Council of Justice, within national scope. In this way, the offender must be presented in the act to the criminal judicial authority, within 24 hours starting from the notification of the flagrant situation. Firstly, it aims for the contextualization of prisons, its principles and the dignity of the human individual. Posteriorly, international treaties which instituted the custody hearing will be analyzed, which Brazil is also a signatory, as well as the Resolution n. 213 of 2015 of the National Council of Justice, that regulated and purposely internalized the custody hearing in the Brazilian legal system. The prison system crisis is also the object of this analysis, in view of the increasing number of inmates in criminal institutions with a deficit of vacancies. It is also of great importance the study of the role of Courts in the national scope regarding the custody hearing, once that every court has edited the standards for implementation of the hearing provided in the pilot project of the National Council of Justice. Lastly, it was verified the benefits of the custody hearing and why its late implementation has brought up so many discussions. It is worth mentioning that, the present research, is based on bibliographies, public texts, Court decisions, as well as websites.

Keywords: Custody hearing; Excess of arrests; Human rights.

LISTA DE ANEXOS

ANEXO 1 – Gráfico – Audiência de Custódia em números – Mato Grosso do Sul.....	69
ANEXO 2 – Gráfico – Audiência de Custódia em números – São Paulo.....	69
ANEXO 3 – Gráfico – Audiência de Custódia em números – Alagoas.....	70
ANEXO 4 – Tabela – Pessoas privadas de liberdade no Brasil.....	70
ANEXO 5 – Gráfico – Presos por natureza da prisão e tipo de regime.....	71

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL	12
1.1 Histórico da Pena Privativa de Liberdade no Brasil.....	12
1.2 Princípios das prisões	19
1.3 Espécies de prisões.....	24
1.3.1 Prisão em flagrante	25
1.3.3 Prisão temporária	32
1.3.4 Prisão domiciliar	34
1.3.5 Medidas Alternativas à Prisão Preventiva	34
1.4 Prisões Cautelares e a Dignidade da Pessoa Humana.....	36
2 INSTRUMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	38
2.1 Conceito	38
2.2 Princípios relacionados à audiência de custódia.....	40
2.3 Legislação Pertinente ao Tema.....	43
2.4 Controle de Convencionalidade	46
2.5 O Procedimento da Audiência de Custódia	47
2.5 Vantagens e Desvantagens da Aplicação da Audiência de Custódia	49
2.6 Resultados da Audiência de Custódia.....	53
3 ORIENTAÇÕES DO CNJ A RESPEITO DA AUDIÊNCIA E CUSTÓDIA.....	54
3.1 Excesso de Prisões.....	54
3.2 Pesquisa CNJ.....	56
3.3 Posicionamentos dos Tribunais em relação à Audiência de Custódia	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67
ANEXOS	69

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar a implantação tardia da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que estivesse prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, e no Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1978, ratificados pelo Brasil em 1992.

A audiência de custódia no Brasil é a apresentação do preso a autoridade policial, no prazo de 24 horas a contar do momento de sua prisão. É vista como uma forma de relaxar prisões ilegais, evitar maus tratos ou tortura aos presos, e internalizar os textos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. A escolha do tema se pautou nos benefícios que a audiência de custódia apresenta para reduzir a superpopulação dos estabelecimentos penitenciários e como forma de garantir aos custodiados acesso a princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, contraditório, proporcionalidade, dentre outros.

Em 2015, o CNJ editou a Resolução n. 213, que regulamenta a audiência de custódia e seus procedimentos. Anteriormente, já havia sido objeto de projetos de lei, em especial, ao Projeto de Lei do Senado n. 544, de 2011, que segue sua tramitação junto à casa legislativa e busca alterar a redação do artigo 306 do Código de Processo Penal.

A pesquisa se ocupará inicialmente em relatar a história das prisões no Brasil, de forma breve, indicando quais foram as principais mudanças no tratamento do preso no decorrer dos anos. Após, ainda no primeiro capítulo, serão abordados os princípios que se relacionam com as penas, as espécies de prisões, dando ênfase nas prisões cautelares, objeto de estudo deste trabalho e nas medidas alternativas à prisão. O último tópico se compromete a apresentar a dicotomia prisões cautelares x dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento, o estudo discorrerá acerca do instrumento da audiência de custódia e sua conceituação. Também serão apresentados os princípios que se relacionam a audiência de custódia e a legislação que sustenta o tema juridicamente. Similarmente, o procedimento da audiência de custódia será abordado, e ainda as vantagens e desvantagens da audiência de custódia, apresentando a seguir, seus resultados.

O terceiro capítulo retratará as orientações do Conselho Nacional de Justiça acerca da Audiência de Custódia, sendo tratada também a problemática do excesso de prisões e da

cultura do encarceramento. Posteriormente, será apresentada a Resolução n. 213 de 2015, que regulamentou os procedimentos da audiência de custódia, analisando-se todos os seus 16 artigos. O último tópico discorre sobre o posicionamento dos Tribunais em relação a audiência, sendo relatado o que diverge de um regulamento estatal para o outro.

Por fim, são elaborados comentários fundamentados no disposto em cada tópico, elucidando o que foi apresentado, e adequando a importância da audiência de custódia para o processo penal brasileiro, como forma de respeito a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico.

1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

O presente capítulo discorrerá acerca do histórico da pena privativa de liberdade no Brasil, os princípios relacionados às prisões, as espécies de prisões e as prisões cautelares do ponto de vista da dignidade da pessoa humana.

1.1 Histórico da Pena Privativa de Liberdade no Brasil

Desde os primórdios da humanidade sabe-se que as infrações cometidas pelos indivíduos são reprimidas com sanções. No decorrer dos anos, essas sanções foram evoluindo e se adequando às mudanças sociais de cada época, no entanto, a “prisão” como é conhecida hoje não era recorrente nos períodos arcaicos.

Na verdade, a partir do século XVIII, também conhecido como Século das Luzes, é que foram iniciadas as maiores transformações no que diz respeito à qualidade das penas. No final do século XVIII e início do século XIX, começa a haver uma modificação da postura adotada, onde o corpo do condenado é que tinha que sofrer pelo mal por ele produzido. Os suplícios que, na definição de Foucault², eram a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em “mil mortes”, foram sendo gradualmente abolidos. O espetáculo do horror, as cenas chocantes do patíbulo estavam sendo deixadas de lado. Começava, portanto, a transição das penas aflitivas, corporais, para a pena privativa de liberdade. Mesmo tratando-se de penas privativas de liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve orientar toda a atividade legislativa do Estado, não poderá deixar de ser observado. (GRECO, 2011, p.84).

No Brasil, à época do descobrimento, como lecionam Estefam e Gonçalves (2013), os índios brasileiros não eram civilizados como os outros povos, e os relatos sobre sua índole eram incertos, há informações de que os indígenas eram violentos e ferozes canibais, e outros relatos de que eram povos dóceis.

Também relatam que, inicialmente, eram comuns diversas formas primitivas de pena, como a vingança divina, vingança privada, o Talião e a composição. Todavia, o direito penal indígena era muito primitivo, não tendo influenciado o direito penal brasileiro hodierno. Os índios eram considerados inferiores em relação aos colonizadores, logo, o ordenamento não os considerou, adotando normas dos povos ibéricos.

A maior influência da legislação penal brasileira foram as Ordenações do Reino, oriundas da metrópole portuguesa, sendo consideradas as fontes primitivas do Direito Penal.

Essas ordenações, conforme expõem Estefam e Gonçalves (2013) utilizavam-se de castigos cruéis, sendo a pena de morte a mais comum, seguida de penas de caráter corporal, como mutilações, açoite, etc.

Estefam e Gonçalves (2013) ainda asseveram que as Ordenações Filipinas, as últimas a vigorarem no Brasil, tinham características perversas e buscavam intimidar pelo terror, confundindo crime, moral e pecado; suas penas eram majoritariamente cruéis e algumas aplicadas a bel-prazer do julgador, o que gerava desigualdade no tratamento entre os infratores.

A primeira legislação penal brasileira foi o Código Criminal do Império, promulgado em 1830, trazendo referências à obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas (1764)*, e dividia-se em duas partes, a primeira era denominada Dos Delitos e a segunda parte Das penas. O Código representou um grande avanço para o direito penal positivo, “saímos da Idade das Trevas e, guiados pelos faróis do Iluminismo, ingressamos no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa.” (ESTEFAM e GONÇALVES, 2013 p.75).

Nota-se que o novo código representou um avanço, uma vez que inseriu a individualização da pena, imprescritibilidade da condenação, apresentou o sistema dia-multa; todavia, ainda previa as penas cruéis. A pena de morte se aplicava a três casos, sendo elas no caso de homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravos.

Nesse sentido, a promulgação do Código significou certa cessação com o domínio colonial, indicando que o direito penal brasileiro estava se modernizando em matéria legislativa. Todavia, o texto legal apresentava falhas, “como a falta de definição de culpa, a desigualdade no tratamento do escravo, a ausência de separação entre Igreja e Estado e a previsão da pena de galés, esta de fundo cruel, e da pena de morte” (ESTEFAM e GONÇALVES, 2013, p.76).

Nessa esteira de pensamento, o Código Criminal Imperial previa penas cruéis, como a pena de morte em seu artigo 38 e seguintes, que dispunham que a pena de execução se daria na força e disciplinava os procedimentos a serem adotados; a pena de galés, que também tinha

caráter cruel, estava prevista em seu artigo 44, e consistia nos réus andando com correntes e calcetas de ferro nos pés, bem como trabalhando no serviço público à disposição do governo.

Com respeito à função do Direito Penal, o Código, em boa parte, refletia o pensamento dominante, e a sociedade era concebida como um conjunto de sujeitos obrigados a obedecer à autoridade, representando o delito como um ato de desobediência, no qual o decisivo era a atitude interior de rebeldia, muito embora por meio de uma legislação mais humanitária” (ESTEFAM E GONÇALVES, 2013, p. 77)

Posto isso, compreende-se que o Direito Penal retratava, ou retrata até hoje, as ideias da sociedade predominante e seu intuito era desestimular os indivíduos para que não desobedecessem às leis vigentes.

Noutro giro, com o advento da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve rápida elaboração de um novo código, o qual, por sua vez, foi promulgado em 1890. Compreende-se que o mesmo apresentava inúmeras falhas, uma vez que sua redação não permitiu maiores reflexões sobre as mudanças que estavam ocorrendo na época, como a abolição da escravatura e aplicação de uma nova forma de governo; consequência disso é que logo no início da vigência do código, foram promovidas, desde logo, tentativas de reformulação.

Frisa-se que, anteriormente à edição do Código, o Decreto nº 744 de setembro de 1890 aboliu a pena de galés e estabeleceu o lapso temporal máximo de 30 anos para o cumprimento da pena. Logo, o Código de 1890 propunha outras penas, como a pena prisão, pena de banimento temporário, interdição, que, em seu turno, consistia na suspensão de direitos de cunho político, assim como a suspensão e demissão de emprego público e multa.

Insta ressaltar que as penas classificavam-se em mais severas e mais brandas, conforme expõem Chaves e Sanchez (2009):

Classificadas em principais (mais severas) e acessórias (mais brandas), as penas previstas eram a *prisão celular*, a *reclusão*, a *prisão com trabalho obrigatório*, a *prisão disciplinar*, o *banimento*, a *interdição*, a *suspensão e perda de serviço público* e a *multa*, fixada em dias. O Código republicano declarava expressamente que não deveria haver penas infamantes e que a prisão não deveria exceder 30 anos, além de abolir definitivamente a pena de morte, como, aliás, previu a Constituição promulgada quatro meses depois. Por fim, adotou os Princípios de Personalidade e Personificação da pena, demonstrando forte influência do Positivismo Jurídico do século XIX.

Assim sendo, o Código de 1890, ainda que apresentasse falhas, aboliu a pena de morte e as penas perpétuas, o que representava o início da tentativa de humanização do código penal brasileiro.

Posteriormente, em 1940 estava pronto o novo diploma legislativo penal, projeto de Alcântara Machado e revisado por nomes como Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Roberto Lyra. Segundo Estefam e Gonçalves (2013) a doutrina classifica o referido código como “ecclético”, tendo agregado o pensamento clássico e o positivismo.

Posto isso, afere-se a interpretação de que o Código de 1940 apresenta como penas privativas de liberdade a pena de reclusão e a de detenção, alocando a prisão simples para as Contravenções Penais; também existe a previsão da pena de multa, sendo essas as penas principais. Como penas acessórias existem a perda de função pública e a interdição de direitos.

Evidencia-se, ainda, que o atual Código trouxe as medidas de segurança, destinadas aos inimputáveis e semi-imputáveis, e consistiam em medidas de detenção e, não detenção. Assim, as medidas de detenção destinavam-se à internação em manicômio judiciário, colônia agrícola ou institutos de trabalhos ou de ensino; enquanto aquelas chamadas de medidas de não detenção consistiam em proibições de frequentar certos lugares, exílio local, e consistiam numa espécie de liberdade vigiada.

Entretanto, nos anos de 1977 e 1984 existiram duas grandes reformas em relação ao então vigente código, sendo que a primeira referiu-se ao rol das sanções e a segunda em toda parte geral. Chaves e Sanchez (2009) elucidam as mudanças trazidas pelas reformas:

Por meio destas duas legislações federais ordinárias, foram instituídos, dentre outros, a supressão do isolamento celular contínuo; a definição das penas em privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e pecuniárias (multa, calculada em dias), bem como dos regimes de execução da reprimenda (fechado, semi-aberto e aberto), adotando-se como referência a quantidade da pena aplicada e não a periculosidade do condenado, como outrora; a institucionalização da prisão-albergue, como uma espécie do regime aberto; a regulação do trabalho externo para os condenados em qualquer regime; novos meios para o condenado obter perdão judicial; a previsão genérica de concessões, como o trabalho externo, frequência a cursos fora da unidade prisional, licença para visitar a família; e a extensão ao condenado à pena de detenção, os direitos e as concessões antes estipuladas apenas para os condenados à pena de reclusão.

Estabeleceu-se ainda as diferenças entre Reincidência Genérica e Específica, a possibilidade da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Ademais, suprimiu-se o sistema do duplo-binário, adotando-se o chamado Sistema

Vicariante, para os inimputáveis ou semi-imputáveis, não se permitindo mais a aplicação de pena cumulada com medida de segurança. Ocorreu, também, a supressão da possibilidade de aplicação de uma pena principal (por exemplo, uma privativa de liberdade) com uma pena acessória (por exemplo, uma restritiva de direitos). E assim chegamos ao Código Penal vigente atualmente.

Logo, em apertada síntese, nota-se que o Código Penal no Brasil sofreu inúmeras mutações ao galgar dos anos, onde, nos primórdios se aplicavam penas cruéis, permeando-se por uma fase de humanização em que a pena deixou de ter caráter capital, o que se sustenta, inclusive, hodiernamente, em que o direito penal visa a uma sociedade mais justa, sem punições que aflijam a dignidade da pessoa humana, bem como a defesa de um direito penal mínimo.

Segundo Estefam e Gonçalves (2013, p. 79) “A filosofia que se buscou imprimir ao Direito Penal, por meio da reforma, notadamente no que pertence à finalidade da pena, residiu no dever de castigar, com a intenção primeira de prevenir e com o escopo final de ressocializar”. Ou seja, pela primeira vez a pena foi associada à ressocialização, e não como apenas uma forma de punir ou castigar o indivíduo. A aplicação de penas mais brandas, e de instrumentos que a substituíssem, ou suspendessem, esclarece que a função da pena, após as reformas, era de prevenir novas práticas criminosas.

Greco (2011, p. 472) afirma que as penas se flexibilizaram em decorrência de “maior preocupação com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos”, preocupação derivada da criação de diversos pactos que objetivavam consagrar a dignidade da pessoa humana, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que visava extinguir penas lesivas e degradantes.

Todavia, Greco (2011, p. 472) destaca que a sociedade, nos dias de hoje, ainda clama pela volta de penas cruéis:

A sociedade, amedrontada com a elevação do índice de criminalidade, induzida pelos políticos oportunistas, cada vez mais apregoa a criação de penas cruéis, tais como a castração, nos casos de crimes de estupro, por exemplo, ou mesmo a pena de morte.

Isso representaria um retrocesso para o sistema de penas, justamente por ter decorrido tanto tempo e tantas mudanças legislativas para que as penas cruéis fossem abolidas. Apesar

disso, o autor conclui que, mesmo a passos lentos, o ordenamento jurídico caminha para a eliminação de penas que atinjam a dignidade da pessoa humana.

No que tange à finalidade das penas, Greco (2011, p. 473) assevera que as penas, de acordo com o art. 59 do Código Penal, “devem ser necessárias e suficientes à *reprovação e prevenção* do crime”. Assim, a reprovação consiste na indicação de que a conduta não é aceitável, assim como a retribuição, a qual consiste em punir o indivíduo para externar a reprovabilidade da sua ação ou omissão. Ressalta, também, que a prevenção é a pena como desestímulo do agente para não incorrer na prática delituosa.

Nesse ínterim, Greco (2011) apresenta duas teorias as quais buscam explicar a função das penas, sendo elas, a teoria absoluta e a relativa. A primeira teoria prega que a pena tem caráter retributivo, uma vez que a prisão do condenado “compensaria” o dano causado, e a segunda refere-se ao caráter preventivo, dividindo-se em prevenção geral e prevenção especial que se subdividem-se, ainda, em negativa e positiva. A prevenção geral negativa consiste no poder ameaçador da pena, quando o sujeito não comete o crime temendo pela punição. Já a prevenção geral positiva entenderia a pena como manifestação do Estado para validar a confiança da sociedade no ordenamento jurídico, ou seja, a pena demonstraria a inviolabilidade das leis do Estado. No que tange à prevenção especial, a pena tende a evitar futuros crimes, agindo sobre os agentes que incorreram na prática criminosa, evitando, com isso, a reincidência.

Pelo exposto, pode-se afirmar que o Código Penal Brasileiro adota a teoria mista ou unificadora das penas, ou seja, considera a pena tanto retributiva, quanto preventiva, uma vez que o caput do seu art. 59 menciona que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940, p. 535)

Diante da citação acima realizada, compreende-se que o artigo 59 do Código Penal remete à teoria mista, afirmando que será fixada a pena para que se demonstre a reprovação da conduta e seja prevenido novo delito.

Por conseguinte, Segundo Estefam e Gonçalves (2013) os fundamentos da pena são: prevenção, retribuição, reparação e readaptação. A prevenção advém do fato de que:

A existência da norma penal incriminadora visa intimidar os cidadãos, no sentido de não cometerem ilícitos penais, pois, ao tomarem ciência de que determinado infrator foi condenado, tenderão a não realizar o mesmo tipo de conduta, pois a transgressão implicará na sanção. Esta é a chamada prevenção geral. Em termos específicos, a aplicação efetiva da pena ao criminoso no caso concreto, em tese, evita que ele cometa novos delitos enquanto cumpre sua pena (privativa de liberdade, por exemplo), protegendo-se, destarte, a coletividade (prevenção especial). (ESTEFAM e GONÇALVES, 2013, p. 465)

A prevenção, conforme o exposto acima, é um impedimento ao infrator para que não cometa novos delitos, influenciando na sociedade em geral também, que observando a sanção imposta ao criminoso, não delinquirá para não ser punida.

A finalidade retributiva diz respeito a pena atuar como um “castigo” ao infrator, considerando a proporcionalidade ao agravo causado, de acordo com os limites constitucionais. A reparação compensaria a vítima ou seus parentes pelos resultados decorrentes da prática do ilícito penal, estando prevista no Código Penal, em seu art. 91 inciso I, como efeito da condenação penal: “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (BRASIL, 1940, p. 538). Ou seja, o criminoso tem o dever de reparar o dano causado.

Já a readaptação refere-se à reinserção do criminoso ao convívio da sociedade, devendo ser reabilitado e reeducado, recebendo estudo, tendo acesso ao lazer e aprendendo novas formas laborais para que tenha possibilidades no mercado de trabalho.

Nesse ínterim, informa-se que o Código Penal Brasileiro admite duas espécies de pena privativa de liberdade: reclusão e detenção. A pena de reclusão é destinada a condenações mais graves e a pena de detenção a condenações leves; dentre as diferenças relacionadas ao regime de cumprimento da pena, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto; a pena de detenção em regime semiaberto ou aberto. Também é prevista na Lei das Contravenções Penais, Decreto-lei n. 3688/41, a prisão simples. As espécies de prisões serão detalhadas neste trabalho em tópico adiante.

Sobre a reclusão e a detenção, além das diferenças no regime de cumprimento de pena, pode-se destacar que, caso haja concurso material e duas condenações, reclusão e detenção, primeiramente será cumprida a pena de reclusão, após, a detenção, de acordo com os artigos 69 e 76 do Código Penal; segundo o art. 92, inciso II do Código Penal, é efeito secundário da condenação a “a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado” (BRASIL, 1940, p. 538); se o inimputável ou semi imputável for apenado com reclusão, poderá o juiz determinar sua internação, sendo o delito punível com detenção, o julgador poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial, de acordo com o art. 97 da norma penal; segundo o art. 322 do CPP, a autoridade policial poderá conceder fiança nas infrações punidas com detenção; e se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, assevera Greco (2011, p. 482) que a prisão preventiva:

Poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos casos de detenção, somente se admitirá a prisão preventiva quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (art. 313, I e II, do CPP), ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, IV, do CPP).

Greco (2011) elucida acima em quais casos poderá ser decretada a prisão preventiva se tratando de pena de reclusão ou detenção de acordo com o Código de Processo Penal.

Sobre a prisão simples, que também é uma modalidade de pena privativa de liberdade, de acordo com o artigo 6º da Lei de Contravenções Penais, deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, já que não há hipótese de regime fechado para crimes de menor potencial ofensivo; deve ser cumprida sem o rigor penitenciário, e o trabalho será facultativo caso a pena não exceda o prazo de quinze dias.

Nota-se que a pena passou por uma evolução profunda, juntamente com a sociedade.

1.2 Princípios das prisões

Os princípios são muito importantes, pois deles decorrem as diretrizes básicas fundamentais de todo o ordenamento jurídico. Nota-se que eles exercem a função de verdadeiros alicerces na definição de todo sistema normativo. Dito isso, passa-se ao estudo dos princípios que fundamentam as prisões.

Para Estefam e Gonçalves (2013) aplicam-se às penas os princípios da legalidade e anterioridade; da humanização; da pessoalidade ou intranscendência, da proporcionalidade; da individualização da pena e da inderrogabilidade.

Nesse sentido, os princípios da legalidade e da anterioridade decorrem do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e do art. 1º do Código Penal, que determinam que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988, p. 8); o inciso XXXIX da Carta Magna dispõe que só existirá crime se o delito estiver previsto no ordenamento jurídico e se a previsão for anterior a conduta considerada delitiva.

Em suma, o princípio da legalidade, ou da reserva legal, é o que exige a tipicidade das infrações penais em uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, de acordo com as formalidades constitucionais, e sancionada pelo Presidente da República. Um ilícito penal não pode ser criado por meio de decreto, resolução, medida provisória etc.

Já o princípio da anterioridade exige que lei que incrimina certa conduta seja anterior ao fato delituoso que se pretende punir. Assim, é inaceitável que, após a prática de certo fato não considerado criminoso, aprove-se uma lei para punir o autor daquele fato pretérito. Igualmente não se pode aumentar a pena prevista para um delito e pretender que sua aplicação incida em relação a fatos já ocorridos. (ESTEFAM E GONÇALVES, 2013, p.466)

Os princípios da legalidade e da anterioridade integram o princípio da reserva legal. A prática delituosa e a pena deverão estar previstas na lei vigente à época do ato. A pena não poderá ser aplicada se inexistente sanção referente ao fato.

Logo, a prisão do indivíduo não será determinada caso o ato cometido não possua previsão legal, e caso após a prática, seja editada norma que tipifique a conduta, a lei não retroagirá para punir fato praticado quando o ato era lícito.

O princípio da humanização das penas preza pelo respeito à dignidade da pessoa humana e decorre de uma evolução histórico-cultural. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Democrática de Direito presente na Constituição Federal; é um valor inestimável inerente ao homem, e princípio referencial para aplicação e interpretação do ordenamento jurídico.

A humanização das penas encontra previsão em vários incisos do artigo 5º da Constituição Federal, a saber: inciso III, que veda tortura e tratamento humano ou degradante; inciso XLVI, que dispõe sobre a individualização da pena; inciso XLVII, que veda a pena de morte, salvo em hipóteses de guerra declarada, o inciso ainda veda as penas perpétuas, de

trabalho forçado, de banimento e penas cruéis; inciso XLVIII, que determina que os estabelecimentos penais devem ser distintos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do preso; inciso XLIX, que assegura aos apenados o respeito a sua integridade física e moral e inciso L, que garante as presidiárias condições para que estejam com seus filhos durante o período da amamentação.

Assim, o princípio da humanização das penas, presente na Constituição Federal com suas normas proibitivas, assegura direitos aos presidiários, proibindo práticas que atinjam a dignidade humana dos apenados.

Já o princípio da pessoalidade ou intranscendência declara que a pena não poderá atingir outro indivíduo a não ser o réu condenado, podendo ser cumprida apenas por este, não sendo aplicada a sucessores ou coautores do delito. O princípio da pessoalidade está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLV, que determina a impossibilidade de a pena estender seus efeitos a terceiros que não concorreram ao crime.

A personalidade da pena se extingue com a morte do réu, todavia, caso haja pena de multa ou obrigação de reparar um dano, transcenderá aos herdeiros. Uma das aplicações práticas desse princípio é o auxílio reclusão, que consiste em um benefício previdenciário concedido aos dependentes do custodiado para assegurar-lhes o sustento, tendo em vista o acusado estar impossibilitado de auxiliar nas despesas familiares. Ou seja, o benefício impede que as consequências do aprisionamento ultrapassem a pessoa do preso e atinjam sua família

Conforme nos esclarece Greco (2011, p. 79):

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada – privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa –, somente o condenado é que deverá cumpri-la.

Segundo o entendimento doutrinário, o princípio da intranscendência fixa apenas ao condenado o cumprimento de sua pena, vedando que a pena se estenda a terceiros alheios a prática delituosa.

Cabe expor ainda o princípio da proporcionalidade, que Alberto Silva Franco apud Greco (2011, p. 75) assim define:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção.

O princípio da proporcionalidade é uma regra fundamental e implica em uma análise ponderativa entre a gravidade do fato e a gravidade da pena para que excessos não sejam cometidos. A proporcionalidade está intimamente ligada com os direitos fundamentais.

Encontra-se implícito na Constituição Federal, não estando previsto expressamente em seus artigos, porém, atua em conjunto com outros princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos mais importante de todo o ordenamento jurídico. Nota-se que a proporcionalidade, ainda que não esteja prevista, é um princípio do Estado de Direito, devendo ser observado para que não sejam lesados os direitos e garantias individuais.

Cumprir destacar ainda, que o referido princípio se aplica tanto ao legislativo, no momento da elaboração das normas, como aos juízes, que devem impor penas proporcionais ao agravo. Duas são as vertentes que decorrem do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Segundo a proibição do excesso, pretende-se proteger a liberdade dos cidadãos, abstendo-se de punições descabidas para práticas não relevantes pelo Direito Penal, assim, evita-se a punição excessiva de fatos pouco relevantes. A proporcionalidade na proibição dos excessos é um instrumento de controle dos poderes estatais.

Já a proibição de proteção deficiente, como nos elucidada EstefamapudGreco (2013, p. 78): “a proibição deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais”.

A proibição da proteção deficiente visa vincular o Estado a proteger os direitos fundamentais, não podendo alegar insuficiência.

O artigo 59 do Código Penal é um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade, já que menciona que o juiz deverá se ater à culpabilidade, antecedentes, conduta social do réu, personalidade, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima para fins de aplicação de pena.

O princípio da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição de 88 refere-se à cominação de penas, fase na qual o legislador tende a valorar os bens protegidos pelo Direito penal, pormenorizando as penas de cada crime mediante sua importância e gravidade. Após a análise do fato praticado pelo agente, o julgador deverá fixar a pena, de acordo com o critério trifásico que consta no art. 68 do Código Penal, que determina que, posteriormente à fixação da pena, deve-se ater às circunstâncias atenuantes e agravantes, em seguida, as causas de diminuição e aumento da pena.

Esta é a fase da chamada aplicação da pena, a qual compete, como deixamos antever, ao julgador, ou seja, ao aplicador da lei. A individualização sai do plano abstrato (cominação/legislador) e passa para o plano concreto (aplicação/julgador). (GRECO, 2011, p. 70)

Na individualização da pena o aplicador da lei mensura a pena ao caso concreto, analisando o histórico penal do réu. A pena fixada deverá ser proporcional à lesão causada ao bem jurídico.

Greco (2011) ainda traz o princípio da limitação da pena, presente no texto constitucional em seu art. 5º, inciso XLVIII, que proíbe as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Segundo o autor, a vedação a essas penas está intimamente relacionada a um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. A vedação dessas penas acata ao princípio basilar do direito, que é a dignidade da pessoa humana. O legislador constituinte proibiu as penas cruéis visando proteger a integridade física e moral do condenado.

Tem-se por fim, o princípio da inderrogabilidade, que consiste no fato de que o julgador não pode eximir-se da aplicação da pena ao réu considerado culpado, “salvo exceções expressamente previstas em lei, como, por exemplo, do perdão judicial em crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa, receptação culposa etc.” (ESTEFAM e GONÇALVES, 2013, p. 467). A inderrogabilidade determina que sempre que a conduta estiver tipificada a pena deverá ser aplicada, não podendo o julgador extinguir a pena por mera liberdade ou deixar de aplicá-la.

Conforme se observou, inúmeros princípios aplicam-se às penas, todavia, o com mais relevância dentre eles e do qual derivam quase todos os outros princípios, bem como as normas do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana.

1.3 Espécies de prisões

Segundo Távora e Alencar (2010), a prisão compreende a limitação da liberdade de locomoção, e pode decorrer de decisão condenatória ou cautelar, e é o que Edilson Mougenot Bonfim (2010, p. 532) expõe, a saber:

- a) Prisão-pena: É a que decorre de decisão condenatória transitada em julgado (sentença ou acórdão), que aplica pena privativa de liberdade. Em nosso sistema, a prisão-pena somente existe no âmbito do direito penal, sendo, portanto, de afirmar que a prisão-pena no Brasil é aquela decorrente de decisão condenatória penal transitada em julgado.
- b) Prisão sem pena: É a que não decorre de decisão condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico-jurídico. A doutrina identifica quatro espécies: prisão civil; prisão administrativa; prisão disciplinar e prisão processual (provisória ou cautelar).

A prisão pena é imposta por sentença condenatória transitada em julgada e não possui natureza acautelatória, sendo o cumprimento de pena privativa de liberdade determinada por decisão judicial; enquanto a prisão sem pena tem natureza processual, busca apenas acautelar, dependendo da existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Todavia, o presente trabalho limita-se às prisões processuais, que se dividem em: prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão temporária e prisão domiciliar. Távora e Alencar (2010) mencionam que a prisão possui certas formalidades que as revestem de legalidade e buscam evitar abusos e excessos.

No que tange às formalidades necessárias à prisão, destacam-se: o mandado de prisão, que decorre do art. 5º da Constituição Federal e determina 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, 1988, p. 9) dito isso, o mandado judicial é a ordem escrita e fundamentada que viabiliza a prisão, salvo hipóteses em que é dispensado.

Deve-se atentar também ao princípio da inviolabilidade domiciliar previsto no art. 283, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. (BRASIL, p. 1940). As restrições concernentes a inviolabilidade domiciliar estão previstas no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, que dispõe: “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de

flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” (BRASIL, p.6, 1988), logo, há uma limitação ao cumprimento de ordens de prisão durante o período noturno, o que colide com o termo “a qualquer hora”, ressalvadas hipóteses de flagrante delito, ou para prestar socorro a quem necessite.

Ainda é importante destacar que a prisão pode ocorrer em perseguição, quando o capturando empreender fuga, de acordo com o art. 290, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, que explica o que seria a perseguição:

[...]

§ 1o - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

[...] (BRASIL, p. 639, 1940)

A perseguição se dá quando o executor da pena, tendo notícias do paradeiro do réu, o persegue, ou quando o tenha avistado e vai ao seu encontro, ainda que o perca de vista. Se o transgressor estiver fora do país, a prisão deverá respeitar às leis e tratados que se referem à extradição, ou se o réu estiver em território nacional, todavia, em local distinto do que consta no mandado, sua prisão poderá ser deprecada, devendo instruir a precatória o inteiro teor do mandado. No tocante as prisões, há ainda as possibilidades de prisão especial e restrições quanto ao uso da força e de algemas.

1.3.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante consiste no cerceamento momentâneo da liberdade de indivíduo que estava cometendo um crime. A prisão do flagranteado visa impedir o exaurimento ou consumação do delito, evitar a fuga do agente, garantir a integridade física do autor e da vítima e assegurar a coleta de elementos informativos, conforme se explana a seguir.

Flagrante, segundo Távora e Alencar (2010, p. 512), é:

O delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração

com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia.

A prisão em flagrante, conforme exposto acima, é a que ocorre no momento da prática da conduta delituosa e independe de mandado judicial, pois ocorre de forma repentina. Aury Lopes Jr. (2014) menciona que classificar a prisão em flagrante como medida cautelar é um equívoco, tendo em vista que o flagrante seria uma medida inconsistente, que em hipótese alguma garante o resultado final do processo, podendo ser praticada por particular ou autoridade policial. Para o autor, “a prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade. (LOPES JR., 2014, p. 585-586). O art. 302 do Código de Processo Penal traz as espécies de flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1940, p. 640)

De acordo com o artigo 302, só se enquadra em situação de flagrância o agente surpreendido realizando a prática delituosa, ou que seja perseguido após a prática criminosa, ou encontrado com objetos que se façam presumir ser o autor do crime.

Aury elucida que, além das situações presentes no art. 302, há ainda a hipótese prevista no Art, 303, que trata de delitos permanentes. Roxin *Apud* Aury Lopes Jr.(2014. p. 589) conceitua os delitos permanentes como “aqueles em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor por tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo”.

Nos delitos permanentes a consumação é prolongada no tempo e a permanência dos efeitos do crime resulta da vontade do autor; há uma ofensa a um bem jurídico que se posterga enquanto a permanência do delito. Exemplos de crimes permanentes são o tráfico de drogas, uma vez que as condutas perduram no tempo, assim como os resultados do crime; o cárcere

privado, pois priva a pessoa de sua liberdade por tempo indeterminado, a depender da vontade do agente.

Cirino dos Santos *Apud* Aury Lopes Jr. também esclarece que “os tipos permanentes não se completam na produção de determinados estados, porque a situação típica criada se prolonga no tempo conforme a vontade do autor” (2014, p. 589). Segundo o autor, nos casos de crime permanente, no tempo em que dure a permanência, o agente poderá ser preso em flagrante delito, uma vez que se subentende que se está cometendo a infração penal, nos termos em que prevê o inciso I do art. 302.

Aury (2014) também cita os flagrantes ilegais, a saber: o flagrante forjado, que é uma situação de flagrância criada para legitimar a prisão, trata-se de um fato atípico, um exemplo é a droga inserida no carro do suposto agente; não há prática delituosa, a situação foi forjada. No campo dos flagrantes ilegais também há o flagrante provocado, que induz ou estimula o agente para que cometa o delito. O STF editou a Súmula Vinculante n. 145 para tratar do tema, que assim dispõe: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” (Súmula Vinculante n. 145).

O artigo 17 do Código Penal também elucida que não se pune o crime impossível de ser cometido, como é no caso do flagrante provado.

Do mesmo modo, no flagrante preparado há uma preparação meticulosa da situação, e também se aplica a Súmula n. 145 por se tratar de crime impossível. Destaca-se ainda, o flagrante esperado, que é quando a própria polícia, munida de informações, espera que o delito se realize para efetuar o flagrante. Esse flagrante, dependendo do caso concreto poderá ser legal ou ilegal, o crime existe e a prisão em flagrante é válida.

Por fim, o flagrante protelado ou diferido, que segundo o autor aplica-se somente nos casos de organizações criminosas e encontra respaldo nos arts. 8º e 9º da Lei n. 12.850/2013, e “autoriza a polícia a retardar sua investigação (prisão em flagrante) para realizar-se em momento posterior (por isso, diferido), mais adequado sob o ponto de vista da persecução penal.” (Lopes Jr, p 594). O dispositivo só se aplica aos casos de associação criminosa, e autoriza a polícia a protelar o flagrante para momento posterior, aguardando situação oportuna aos objetivos da persecução penal.

Aury (2014) sintetiza o procedimento da prisão em flagrante, definindo que de imediato após a prisão, o detento deverá ser encaminhado à autoridade policial. Com a implantação da Audiência de Custódia, o prazo para apresentação do preso a autoridade

judicial é de no máximo 24 horas desde a privação de liberdade, para que os objetivos da audiência de custódia sejam atingidos, os quais serão melhor detalhados adiante.

No mesmo prazo, o detento deverá receber a nota de culpa de sua prisão, assinada pela autoridade policial, conforme consta no artigo 306, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, indicando o motivo de sua prisão, o nome do condutor e o nome das testemunhas.

Quanto as garantias constitucionais da prisão em flagrante, destacam-se as presentes no art. 5º da Constituição Federal:

Art 5º (...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LVIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1988, p. 6-10)

De acordo com os incisos do artigo 5º, o indivíduo só poderá ser preso em flagrante ou por autoridade competente munida de mandado de prisão, e assim que for preso, sua família ou alguém por ele indicado será comunicado de sua prisão e do local onde se encontra; o custodiado será informado de todos os seus direitos e de que terá acesso a assistência familiar e de advogado, sendo informado também sobre quem efetuou sua prisão, e de quem fará seu interrogatório; caso sua prisão seja ilegal, será liberado imediatamente e se a lei admitir, a prisão em flagrante será convertida em liberdade provisória.

Aury (2014) assevera que, além das garantias previstas na Constituição, há de se observar o disposto no art. 306 no Código de Processo Penal:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24h (vinte e quatro horas) após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. (BRASIL, 1941, p. 640)

O artigo 306 determina que todas as prisões devem ser comunicadas não só a família do preso, mas ao juiz competente e ao Ministério Público, e seu parágrafo 1º, fixa o prazo de 24 horas para que seja entregue ao juiz o auto de prisão em flagrante, todavia, sabe-se que com a audiência de custódia, o prazo de 24 horas, objetiva, além da entrega do auto de prisão, apresentação do custodiado ao juiz penal. O parágrafo 2º delimita o prazo de 24 horas para a entrega da nota de culpa ao preso.

Cumpra salientar que a inobservância da regra constante no artigo 306 torna a prisão em flagrante ilegal, e nesse caso, não cabe ao juiz homologar o auto de prisão em flagrante assim que receber os autos, mas verificar que não ocorreu a comunicação imediata e relaxar a prisão por ilegalidade formal.

Em síntese, haverá a oitiva do condutor, oitiva de testemunhas, oitiva da vítima, interrogatório do preso, a lavratura do auto de prisão em flagrante, encaminhamento ao juiz competente em 24 horas, caso em que o juiz deverá: relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva/temporária ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O objetivo desses atos é analisar a legalidade da prisão, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

1.3.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é a prisão de forma provisória que ocorre quando presentes os pressupostos dos artigos 312 e 313 do Código Processual Penal, e deverá ser decretada judicialmente. Insta salientar que a prisão preventiva possui natureza cautelar, uma vez que objetiva a tutelar a sociedade, garantir a investigação criminal e o processo penal e assegurar a aplicação da pena. Por enquadrar-se como medida cautelar, baseia-se no *periculum in mora* e no *fumus boni iuri*, conforme elucida Avena (2014, p. 962):

o primeiro significando o risco de que a liberdade do agente venha a causar prejuízo à segurança social, à eficácia das investigações policiais/apuração criminal e à execução de eventual sentença condenatória, e o segundo, consubstanciado na possibilidade de que tenha ele praticado uma infração penal, em face dos indícios de autoria e de prova da existência do crime verificados no caso concreto.

O *periculum in mora* consiste no perigo da demora, na visualização de um dano próximo ou iminente. Por sua vez, o *fumus boni iuris* é a alta possibilidade de deferimento do pedido, tendo em vista a razoabilidade do direito.

Ressalta-se que a prisão preventiva não viola o princípio da presunção da inocência, uma vez que seu caráter é excepcional, e é admitida pela Constituição Federal ainda que implicitamente, permitindo a prisão do indivíduo, mesmo não sendo em situação de flagrante, antes da sentença condenatória definitiva, desde que preenchidos os requisitos objetivos elencados no Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o art. 311 do Código de Processo Penal menciona que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer etapa da investigação policial ou do processo penal, ou seja, não é necessário inquérito policial instaurado para validar a decretação da prisão preventiva na fase anterior ao processo judicial.

Art. 311 – Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 1941, p. 640)

Quanto à legitimidade para solicitar a prisão preventiva, Aury (2014) critica o fato de o legislador brasileiro permitir que seja decretada a prisão preventiva de ofício, tendo em vista o comprometimento e a imparcialidade do julgador que assume uma postura inquisitória ao decretar de ofício a prisão preventiva. A postura do juiz nesse caso é conflitante com o sistema acusatório e com a sua imparcialidade.

No tocante aos pressupostos da prisão preventiva, há de se destacar os indícios suficientes de autoria e a prova da existência do crime, ambos presentes no art. 312 do Código de Processo Penal e integrando o *fumus comissi delicti*. Menciona-se que os indícios da existência de um delito não são revestidos de juízo de certeza, apenas de uma razoável probabilidade.

O indício suficiente de autoria pode ser compreendido como aquele que, embora revestido apenas de probabilidade, tem como base fatos concretos que indicam que o sujeito pode ter cometido o crime investigado. A prova da existência de um crime, para o autor “trata-se da documentação que demonstra, nos autos, a efetiva ocorrência da infração penal” (AVENA, 2014, p. 970-971).

Sobre os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, evidenciam-se quatro ordens de fundamentos, a saber: garantia de ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal. Enfatiza-se que a prisão preventiva se justifica para garantir a ordem pública quando a liberdade do acusado, desde que elevada sua periculosidade, resultar em insegurança social de que volte a

delinquir. Nucci *Apud* Avena (2009, p. 972-973) entende que “a garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio, gravidade da infração e repercussão social”.

No que tange à garantia de ordem econômica, Aury (2014) assegura que tal fundamento tem pouca utilização forense, tendo sido inserido no art. 312 do Código de Processo Penal em decorrência da Lei Antitruste, que se destina a coibir práticas que eliminam a concorrência, restringindo a produção e aumentando os preços, tendo por finalidade proteger o risco oriundo de condutas que afetem a tranquilidade e harmonia da ordem econômica.

Por conseguinte, o fundamento da conveniência da instrução criminal trata das prisões decretadas para impedir provas forjadas e destruição ou ocultação de elementos que sirvam de fundamento à eventual condenação. Por fim, a segurança de aplicação da lei penal é o propósito da prisão preventiva, fundada na apreensão de que o agente se distancie da culpa, impossibilitando a execução penal decorrente de futura sentença condenatória.

O art. 313 apresenta as hipóteses em que a prisão preventiva poderá ser decretada:

Art. 313 – Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-

Lei nº 2.484, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir

a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – Revogado

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941, p. 641)

A primeira hipótese que admite a decretação da prisão preventiva é quando o crime imputado ao acusado é doloso e a pena restritiva de liberdade superior a quatro anos. O inciso II, por sua vez, admite que seja preso preventivamente o reincidente em crime doloso, ressalta ainda, que a condenação anterior que já estiver prescrita, não será considerada para fins de decretação da prisão. A terceira hipótese refere-se aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, podendo ser decretada a prisão apenas se esta for indispensável para a execução da medida protetiva de urgência. A última hipótese, prevista no parágrafo único do artigo 313, admite a prisão preventiva em casos que haja dúvidas sobre a identidade civil do investigado

ou quando não fornecer elementos necessários a sua identificação, devendo permanecer preso até que seja devidamente identificado.

O art. 314 determina que a prisão preventiva não será decretada, caso o juiz verifique por meio do conjunto probatório dos autos, ter o acusado praticado o fato nas circunstâncias previstas nos incisos I, II, e III, do artigo 23 do Código Penal, a saber, respectivamente: em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito, como é explicado por Aury:

Se houver prova razoável de que o agente tenha praticado o fato ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude, tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não caberá a prisão preventiva, por ausência de fumaça de ilicitude na conduta. (LOPES JR., 2014, p. 613).

A prisão preventiva, conforme explanado, depende de tripla análise do caso concreto, pelo juiz, para verificar se estão presentes as hipóteses previstas no artigo 313 do Código Penal, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Caso seja decretada a prisão preventiva, deverá ser feito de forma fundamentada nesses três requisitos. Cabe ressaltar que não há prazo definido em lei para a duração da prisão preventiva, todavia, deve atender aos princípios da proporcionalidade e necessidade.

1.3.3 Prisão temporária

A prisão temporária, modalidade de prisão cautelar, visa assegurar o desfecho do inquérito policial, quando o investigado representar um risco a investigação policial, ou quando o acusado não possuir endereço fixo ou não indicar dados que esclareçam sua identidade. Encontra-se prevista na Lei 7.960/1989, e em seu art. 1º já traz um rol taxativo com suas hipóteses de cabimento, que serão analisadas uma a uma a seguir.

As duas primeiras hipóteses, já elencadas no parágrafo anterior, admitem a decretação da prisão temporária quando indispensável para as investigações e policiais, e quando o acusado não possuir residência fixa, ou não fornecer elementos que esclareçam sua identidade. O inciso III elenca vários crimes em que poderá ser decretada a prisão temporária quando houver fundadas razões. Importante destacar que o rol é taxativo, somente os crimes previstos admitem a prisão temporária. São eles: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptó violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou

substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; associação criminosa; genocídio em qualquer de suas formas típicas; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos na Lei de Terrorismo.

O art. 2º da Lei 7.960/1989 dispõe sobre a legitimidade e o prazo da prisão temporária, que deverá ser “decretada pelo juiz mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público”. (BRASIL, 1989)

A prisão temporária deverá ser decretada pelo juiz, entretanto, não pode ser decretada de ofício, pois somente ocorre em sede de inquérito policial.

Sobre o prazo, elucida Avena (2014, p. 1007):

Como regra, a custódia terá o prazo de cinco dias, podendo este lapso ser prorrogado por igual período, em caso de excepcional necessidade. Tratando-se de crimes hediondos ou equiparados, dispõe o art. 2º, § 4º da Lei 8.072/1990 (com a alteração da Lei 11.464/2007) que o prazo da temporária será de trinta dias, prorrogáveis por igual tempo, desde que comprovada a extrema necessidade desse proceder. Do contrário, impõe-se a liberação.

O prazo da prisão temporária é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco. Após o término do prazo, o indivíduo será colocado em liberdade imediatamente, independente de alvará de soltura.

Sintetizando a prisão temporária, não poderá ser decretada de ofício, é necessária representação do Ministério Público ou da autoridade policial. O Juiz decidirá no prazo de 24 horas pela decretação ou não, caso decida que sim, será expedido mandado, com cópia para o acusado, com as razões de sua prisão. Após cinco dias, ou 30, em se tratando de crime hediondo, ou o prazo é prorrogado, ou o preso é imediatamente solto, sem necessidade de alvará de soltura.

A prisão temporária gera inúmeras controvérsias. Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, admitir prisão antes da investigação é uma grave ofensa ao princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

O princípio da presunção da inocência é um dos fundamentos basilares do direito, e determina que ninguém poderá ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, nota-se que a prisão temporária afeta esse princípio, de forma que estabelece a prisão de um indivíduo de forma muito arbitrária antes mesmo do término das investigações policiais.

1.3.4 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar está prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, que a conceitua da seguinte forma: “consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. (BRASIL, 1941, p. 641). A prisão domiciliar é uma medida alternativa à prisão preventiva. O indivíduo que cumpre pena domiciliar tem sua liberdade restrita às dependências de sua residência, só podendo ausentar-se com determinação judicial.

O art. 318 traz as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, e há quem defenda que se trata de um rol meramente exemplificativo, a depender da análise do caso concreto. As hipóteses previstas para a concessão do benefício de cumprir a pena em casa serão concedidas: quando o agente for maior de oitenta anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de menor de seis anos de idade, ou com deficiência; gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou está de alto risco.

Quem fiscaliza a prisão domiciliar é a polícia militar, ou a polícia federal, podendo ser determinado pelo juiz o uso de tornozeleiras eletrônicas para auxiliar na fiscalização. O modo de fiscalização não é unânime.

O juiz poderá deferir o cumprimento da prisão domiciliar desde que comprovado algum requisito do artigo 318 do Código de Processo Penal.

1.3.5 Medidas Alternativas à Prisão Preventiva

A *ultimaratio* consiste na premissa de que as prisões cautelares devem ser a exceção. A prisão preventiva só deverá ser decretada quando não houver medida alternativa que seja adequada a sua substituição.

O artigo 282 do Código de Processo Penal nos elucida a excepcionalidade das prisões cautelares: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se: (...) §6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)” (BRASIL, 1941, p. 637). O artigo 310 do Código Processual Penal também dispõe sobre o tema:

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, 1941, p. 640)

Logo, percebe-se que o legislador favoreceu as medidas cautelares diversas em relação a prisão preventiva. Em último caso, após esgotadas as alternativas menos gravosas ao investigado, aplica-se a prisão cautelar. Assim sendo, a finalidade das medidas alternativas é evitar prisões desnecessárias, aplicando medidas mais simples, garantindo a eficiência da atividade persecutória estatal.

Nesse sentido, as medidas cautelares diversas à prisão encontram-se regulamentadas no art. 319 e 320 do Código de Processo Penal. O Código elenca nove medidas alternativas que são:

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 as 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.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas. (BRASIL, 1941, p. 641-642)

Pela citação acima realizada, compreende-se que as medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 são: o comparecimento periódico em juízo, servindo como um mecanismo de controle judicial sobre as atividades exercidas pelo réu; proibição de frequentar lugares determinados, buscando evitar novas práticas delituosas; proibição de contatos com determinadas pessoas que se relacionem ao fato criminoso, como em casos de violência

doméstica que a vítima requer medidas protetivas de urgência; proibição de se ausentar da Comarca, evitando a fuga do acusado; recolhimento domiciliar noturno ou nos momentos de descanso, também evitando a fuga e contato com atividades ilícitas; suspensão de exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, sendo útil quando se tratar de crimes contra a administração pública e delitos de ordem econômica; intervenção do inimputável ou semi inimputável que cometeu crimes com violência ou grave ameaça, mantendo seguro o enfermo mental; fiança a ser determinada nas infrações que a admitam e monitoração eletrônica dos presos com tornozeleira ou pulseira com GPS.

Posto isso, as medidas cautelares diversas da prisão extinguiram o sistema bipolar, em que o julgador ou mantinha o denunciado preso provisoriamente ou em concedia sua liberdade provisória, por isso era denominado de bipolar, tendo em vista o fato do magistrado só ter duas alternativas.

Assim, após a Lei. 12.403/2011, o sistema bipolar deixou de existir, surgindo um novo sistema com várias hipóteses de medidas cautelares e aplicações. Ressalta-se que, no tocante à Audiência de Custódia, nada impede que o juiz, no momento da apresentação do custodiado, converta a prisão em flagrante em medida cautelar alternativa, mais benéfica ao preso.

1.4 Prisões Cautelares e a Dignidade da Pessoa Humana

Inicialmente, cumpre mencionar que a dignidade da pessoa humana é o princípio base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, fundamento do Estado Democrático de Direito, encontrando-se presente no Art. 1º da Constituição Federal, bem como deverá ser utilizado como parâmetro de interpretação de todas as normas jurídicas.

No mesmo sentido, o Artigo 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional, também assegurou o princípio da presunção da inocência, que, por sua vez, determina que ninguém será considerado culpado, sem sentença transitada em julgado, incumbindo ao Estado a realização da investigação policial para apurar os fatos.

Assim, afere-se que a prisão cautelar não sujeita o indivíduo ao cumprimento de pena em caráter antecipado, pois não há pena a ser cumprida, ainda, podendo essa prisão ser substituída por uma medida cautelar alternativa, de acordo com a Lei nº 12.403/2011, sendo a prisão a *ultimaratio*.

Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana garante tratamento digno aos indivíduos de forma geral, independentemente de incorrerem em práticas criminosas, devendo, os mesmos, serem tratados com dignidade, já que a dignidade é essencial e inerente à existência humana. Já o princípio da presunção da inocência, previsto em pactos internacionais e no artigo 5º da Constituição Federal, evidencia não somente a respeito de ser o acusado culpado ou não, como salienta Delmanto Junior (2001, p. 66):

Verifica-se, portanto, que o direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

Conforme esse entendimento, a prisão e o princípio da presunção de inocência não caminham na mesma direção. A prisão deveria ser decretada apenas em casos excepcionais, realidade distinta da observada hoje, com o excesso de prisões e a crise do sistema carcerário. A Constituição assegura a presunção da inocência, mas admite prisões sem penas, que sejam oriundas de ordem escrita e fundamentada, bem como cumpram os requisitos legais objetivos.

Assim sendo, a prisão cautelar do acusado representa uma afronta à dignidade da pessoa humana e à presunção da inocência, já que o expõe o investigado a situações degradantes, em celas com outros presidiários, assumindo uma posição de condenado, sem prazo para término, em alguns casos. Desrespeitar esses dois princípios é inconcebível em um Estado Democrático de Direito

2 INSTRUMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Conceito

O presente capítulo apresenta a Audiência de Custódia, instrumento previsto em textos internacionais, e mais recentemente na Resolução n. 213 do CNJ, e visa conferir uma análise da legalidade da prisão para evitar erros e excessos parte da autoridade policial e do judiciário.

A Audiência de Custódia teve como origem a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, que estabeleceu “a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções” (Andrade e Alflen, p. 16, 2016).

Em 1969, a audiência de custódia foi objeto do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, que dispunha em seu artigo 9º, item 3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1969)

Posteriormente, em 22 de novembro de 1969, o Pacto de San Jose da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, manifestou em seu artigo 7,5, “a necessidade de apresentação rápida da pessoa presa a um juiz ou outra autoridade, situação que, no Brasil, acabou por conhecida como audiência de custódia.” (Andrade e Alflen, p. 18, 2016).

O artigo 7, item 5 do Pacto de San Jose da Costa Rica assim dispõe:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Atualmente, está prevista na Resolução n. 213 do CNJ, que em seu artigo 1º menciona que a Audiência de Custódia consiste em apresentar o indivíduo preso em flagrante, juntamente com seu auto de prisão, à autoridade judicial competente no prazo de 24 horas a

contar do auto de prisão em flagrante, para que seja ouvido e apuradas as circunstâncias de seu apresamento, aplicando em seguida uma das medidas constantes do artigo 310 do Código de Processo Penal:

- Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
- I - relaxar a prisão ilegal; ou
 - II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
 - III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, p. 640, 1940)

O artigo 310, em comento, trata da prisão em flagrante delito, hipótese em que poderá o julgador, de acordo com seus incisos, deverá: relaxar a prisão ilegal, garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal; converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime ou indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941, p. 640); conceder liberdade provisória, afiançável ou não; também poderá ser convertida em prisão domiciliar, se presentes os pressupostos do artigo 318 do Código Penal, a saber: ser maior de 80 anos; estar extremamente debilitado por doença grave; ser mantenedor de criança menor de 6 anos ou com deficiência; ser gestante; ser mulher com filho de até 12 anos ou ser homem responsável por filhos de até 12 anos; a prisão em flagrante também poderá ser convertida em prisão temporária, caso seja necessário as investigações do inquérito policial ou quando o réu não possuir residência fixa e deixar de fornecer elementos que o identifiquem.

Renato Brasileiro de Lima (2016, n.p.) em seu Manual de Direito Processual Penal conceitua de forma concisa a audiência de custódia:

Grosso modo, a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão em flagrante, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

Para Lima (2016), a Audiência de Custódia nada mais é do que a apresentação do custodiado ao juiz, logo após a prisão, ou pouco tempo depois, com a presença de seu advogado e do Ministério Público.

O instituto da Audiência de Custódia visa proteger os direitos intrínsecos aos custodiados, uma vez que conduz os presos, sem demora, à autoridade judicial, garantindo o contraditório e a ampla defesa, estando presentes o Ministério Público e a defesa técnica.

Logo, há uma análise da necessidade da prisão, bem como se houve tratamento humano degradante desde o momento da apreensão. Nesse diapasão, pode-se classificar a audiência de custódia como um instrumento de acesso à jurisdição penal, sendo considerada espécie de proteção à liberdade pessoal, e constitui ainda, meio de defesa pessoal do aprisionado.

Nesse ínterim, Renato Brasileiro de Lima (2016, n.p.) também expõe outros propósitos da audiência de custódia:

A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des) necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante. Só para que se tenha uma ideia da importância desse contato entre o juiz e o preso em flagrante, no primeiro dia de atividades do projeto responsável pela implantação da audiência de custódia na comarca de São Paulo, dos 25 (vinte e cinco) indivíduos presos em flagrante apresentados, 17 (dezesete) foram beneficiados com liberdade provisória, ao passo que somente 8 (oito) tiveram o flagrante convertido em prisão cautelar. Fosse a convalidação judicial realizada sem a audiência de custódia, não temos dúvida em afirmar que a proporção seria inversa.

A realização desta audiência de custódia também visa à diminuição da superpopulação carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos.

Do trecho se entende que a audiência de custódia se mostra relevante para aliviar a superpopulação carcerária no Brasil, por permitir o contato do preso com o juiz e da análise das circunstâncias da prisão.

2.2 Princípios relacionados à audiência de custódia

A audiência de Custódia tem como fundamento princípios basilares constitucionais, penais e processuais penais, os quais visam afastar perspectivas imprecisas sobre sua aplicação. Dentre esses princípios, destacam-se, essencialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência; princípio da verdade real e princípios da ampla defesa e princípio do contraditório.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor supremo do ordenamento jurídico, dele decorrendo todos os outros princípios e normas. O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o elenca como fundamento do Estado Democrático de Direito, dada sua relevância. Nota-se, como salienta Vander Ferreira Andrade (2010), que é inerente ao ser humano:

A dignidade da pessoa humana se descortina como uma qualidade do homem, perceptível a partir da inteligência e do pensamento; assim é que, em sua qualidade de atributo indissociável do ser humano, a ele esteve imantada desde os primórdios da história humana, todavia, somente nos últimos séculos tem sido erigida à condição de fundamento da própria condição humana.

Assim, deve-se prezar pelo respeito à dignidade do homem em todas as hipóteses, uma vez que é um valor intrínseco a existência humana, e é a base para todos os direitos fundamentais existentes. Pode ser considerado o mais importante dos princípios gerais do direito, tendo em vista que todas as normas se pautam na dignidade da pessoa humana, que deve ser assegurada pelo Estado como valor supremo do indivíduo.

O princípio da dignidade da pessoa humana permeia toda a Constituição Federal, podendo ser reconhecido também no artigo 5º, inciso III, que inadmite penas de tortura ou tratamento humano degradante. No que tange a prática da tortura policial, a Audiência de Custódia é um instrumento para coibir essa prática, assegurando a integridade corporal dos presos, relacionando-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da presunção de inocência é de suma relevância à audiência de custódia, uma vez que preza pela verificação se de fato houve a prática criminosa. Tem previsão no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, determinando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). A Convenção Americana dos Direitos Humanos também prevê a presunção de inocência em seu artigo 8º, item 2.

Assim sendo, o princípio em questão se relaciona intimamente com o princípio do *in dubio pro reu*, que dispõe que sempre que houver incerteza e dúvidas com relação ao processo e as provas produzidas, a interpretação deverá ser favorável ao acusado.

Tendo por base a presunção da inocência, o indivíduo não poderá ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado, podendo responder ao processo

em liberdade, já que se preza pela inocência do suspeito e respeita-se o devido processo legal. Considerar o acusado culpado pelo delito imputado a ele antes dos trâmites processuais seria antecipar a sua pena.

Posto isso, a audiência de custódia proporciona ao julgador examinar a necessidade da prisão cautelar, após a análise do caso concreto, evitando assim, incongruências no término do processo penal.

Nesse ínterim, o princípio da verdade real ou princípio da verdade material busca, de todas as formas possíveis e legais, por meio de diligências e adotando as providências cabíveis, apurar os fatos imputados, para que o *jus puniendi* seja exercido de forma correta e perspicaz, desvinculando o magistrado de analisar apenas o que consta nos autos processuais.

Como denota Mikhail Rutherford (2015) em seu artigo sobre a verdade real no processo penal:

Tal princípio se mostra importante na esfera jurídica nacional e internacional, em razão da essencial necessidade do respeito a individualização da pena, do contraditório e ampla defesa, além do instituto do *in dubio pro reo*. É essencial que o poder punitivo estatal, quando do exercício do *jus puniendi*, o promova de forma pontual, objetiva e exitosa. Não pode se admitir erros dentro do processo penal, razão pela qual a verdade real dos fatos deve ser trazida à baila de todas as maneiras possíveis, devendo ainda, o magistrado promover diligências no sentido de corroborar para o levantamento dos fatos nos autos.

Assim, de acordo com a explanação acima, nota-se que a audiência de custódia seria mais uma tentativa de busca pela verdade real, tendo em vista que o contato pessoal entre o preso em flagrante e o magistrado é mais contributivo do que a ciência dos fatos pelo juiz se dando por meio do que está documentado nos autos.

Outros importantes princípios são o da ampla defesa e do contraditório, assegurados pela Constituição em seu inciso LV, artigo 5º, que assim dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, p. 8).

Apesar de retratados quase sempre juntos, os dois princípios, ainda que relacionados, são distintos. A ampla defesa assegura ao acusado o direito de invocar todos os meios lícitos ao processo para fins de esclarecimento da verdade ou caso queira, de permanecer inerte,

gerando nulidade processual, caso seja atestado que o réu foi impedido de exercer a ampla defesa.

Por seu turno, o princípio do contraditório deriva da ampla defesa, por ser mais abrangente, e delimita que sempre que a uma parte for dado o direito de ser ouvida, a outra parte também deverá se manifestar para se opor às acusações ou fornecer entendimento diverso acerca do que foi alegado.

Pelo exposto, compreende-se que os princípios acima abordados relacionam-se com a verdade real, a qual é almejada no processo penal, tendo em vista que oportunizam ao custodiado elucidar os fatos à sua maneira, podendo exercer sua defesa pessoal.

2.3 Legislação Pertinente ao Tema

Primeiramente, ressalta-se que o Brasil ratificou o Pacto de San Jose da Costa Rica, que, por sua vez, é considerado um feito internacional no que tange aos direitos humanos e garantias individuais, em 1992, sendo que o mesmo passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal por meio da Emenda Constitucional de n. 45 datada de 2004. Entretanto, o Brasil não colocou em prática as garantias previstas no pacto de imediato e algumas premissas foram desconsideradas por diversos fatores, tal como econômico.

A audiência de custódia, por exemplo, prevista em seu artigo 7º, item 5, permaneceu 25 (vinte) anos exclusivamente no papel; mesmo tendo o STF conferido a Convenção Americana dos Direitos Humanos caráter supralegal, sujeitando-a apenas à Constituição Federal, apenas em 2015 recomendação do Conselho Nacional de Justiça buscou efetivar o instituto.

Nota-se que não houve empenho para que as disposições da Convenção fossem internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, como expõe Guilherme Madeira (2016 n.p.):

No entanto, é forçoso reconhecer que o Brasil viola as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos neste tema. Isto porque a CIDH tem afirmado de maneira reiterada a necessidade da chamada audiência de custódia para os presos, vale dizer, a pessoa presa deve ser apresentada ao magistrado para que, então, tome as condutas previstas no art. 310 do CPP. Aliás, a CIDH reiteradamente afirma que não supre a falta de audiência de custódia a apresentação de cópia do auto de prisão em flagrante, como é feito no Brasil.

Assim, a implantação da audiência de custódia no Brasil passou por inúmeras discussões até sua real aplicação, embora constasse no Pacto de San Jose de Costa Rica, o qual o Brasil é signatário desde 1992 e em inúmeros textos internacionais protetores dos direitos humanos. Diversos projetos de leis buscavam regulamentar, mesmo que tardiamente, a apresentação do custodiado a autoridade competente no prazo de 24 ou 48 horas da prisão.

No entanto, o primeiro intento legislativo a discorrer sobre o tema foi o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, uma proposta de um novo Código Processual Penal que mencionava a figura de um “juiz das garantias”, apto a atuar apenas na fase do inquérito policial, e previa a apresentação do preso ao juiz, mas de forma facultativa. Atualmente encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados sob a denominação de PL nº 8.045 de 2010.

Após, o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 buscou regulamentar o tema para tornar a audiência de custódia obrigatória, inserindo três finalidades que justificavam a audiência, a saber:

[...] a) resguardo da integridade física e psíquica do preso; b) diálogos mantidos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil. E c) necessária adequação da legislação brasileira ao direito comparado e aos tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, em especial o PIDCP e a CADH. (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p. 35).

Esse projeto previa alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal para que o preso fosse apresentado ao juiz no prazo máximo de 24 horas, todavia, só previa a presença do custodiado e da autoridade. O projeto ainda segue tramitando naquela Casa Legislativa.

Posteriormente, houve a Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011, que buscava alterar a redação do inciso LXII do artigo 5º da Constituição Federal, que passaria a ter o seguinte texto:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, devendo em até quarenta e oito horas ser conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre sua legalidade. (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p. 45)

Nesse sentido, cumpre mencionar que o referido projeto foi arquivado em 31 de janeiro de 2015.

Em seguida, o Projeto de Lei nº 7.871 de 2014 propôs regular a audiência de custódia. O projeto supracitado pretendia alterar a redação do artigo 301 do Código de Processo Penal e propunha apenas que se apresentasse o preso ao juiz no prazo de 24 horas. Foi arquivado em 31 de janeiro de 2015.

Em 2015 foi apresentado o Projeto de Lei nº 470 pelo deputado federal Laerte Bessa, que também dispunha que a audiência de custódia não deveria ser obrigatória, e equiparava o delegado de polícia ao juiz para fins de apresentação do custodiado.

Após, houve a Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015, que pretendia alterar o artigo 89 da Constituição Federal, inserindo a apresentação judicial do preso, mas sem indicar qualquer procedimento. A proposta não prosperou.

Por fim, o tema é objeto da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, de dezembro de 2015, que buscou “dar fim à quebra de isonomia verificada com a multiplicidade de regulamentações locais” (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p.13).

Houve questionamentos acerca da Resolução, pelo fato da regulamentação da audiência de custódia ter sido realizada por meio de um ato administrativo, e ferir o artigo 22 da Constituição Federal, a saber “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.” (BRASIL, 1988, p. 15). Os questionamentos não prosperaram. Andrade e Alflen (2016, p. 115) expõem que a audiência de custódia não foi criada pela Resolução, apenas regulamentada, como se observa:

Dito isso, o ato administrativo emitido pelo CNJ, a exemplo daquele emitido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, não se prestou a criar nenhum instituto, muitos menos em importá-lo ao nosso país, a partir das previsões do CADH. Na verdade, ao ratificar o CADH e o PIDCP, o Brasil internalizou a audiência de custódia por meio de uma norma que, segundo a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, detém status de norma supralegal, significando isso dizer que aquele instituto está inserido em uma norma hierarquicamente inferior à Constituição Federal, mas superior ao CPP, em razão de ele possuir status de lei ordinária.

Dito isso, nota-se que a audiência de custódia já está internalizada no ordenamento jurídico brasileiro desde a ratificação do PIDCP e do CADH, ainda que tenha demorado 20 anos para ser efetivada.

2.4 Controle de Convencionalidade

O controle de convencionalidade busca assegurar o cumprimento de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Assim dispõe o Pacto de San Jose da Costa Rica em seu artigo 2º:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA, 1969).

Trata-se do comprometimento estatal com as disposições presentes no tratado, para garantir que seus preceitos sejam obedecidos, fiscalizando as normas editadas para que estejam em consonância com o estabelecido nos tratados internacionais que versem sobre direitos e garantias fundamentais.

O CNJ esclarece que:

O controle de convencionalidade é a forma de garantir a aplicação interna das convenções internacionais das quais os países são signatários, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992. Em 2008, o STF entendeu que os tratados internacionais sobre matéria de direitos humanos assinados pelo Brasil têm natureza supralegal – em 2004, a Emenda Constitucional 45 havia estabelecido que esses tipos de tratados teriam valor de emenda à Constituição, caso aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional (Art. 5º, §3º). (Deborah Zampier, “Controle de Constitucionalidade deve ser do Estado, diz vice da corte IDH”, 2016).

Logo, constata-se que, quando o Brasil ratifica um texto internacional, o qualifica como uma de suas normas. O controle de convencionalidade é um instrumento de proteção aos direitos humanos, todavia, ainda assim o Estado manteve-se inerte por quase 20 anos com relação às disposições do CADH e do PIDCP.

Observam-se os resultados dessa inércia na superpopulação carcerária dos estabelecimentos penais brasileiros, que teve um aumento de 575% de presos nos últimos 20 anos.

Assim, em relação ao tema proposto, o controle de convencionalidade objetiva garantir o cumprimento dos textos internacionais que tratem de direitos humanos e que o Brasil seja signatário, assim como o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, e colocado em prática em 2015. Ou seja, por meio deste controle pode-se demandar a implementação da audiência de custódia no Brasil.

2.5 O Procedimento da Audiência de Custódia

Sobre o procedimento para a realização da audiência de custódia, insta salientar que o mesmo se inicia com a discussão de quem deverá ser apresentado. A maioria dos projetos de lei que tramitam junto ao Senado limita a audiência de custódia aos indivíduos presos em flagrante. Todavia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o entendimento internacional decidiram que não deve haver restrição, devendo ser aplicada a qualquer indivíduo preso ou detido.

Nesta esteira de pensamento, a ONU (Organização das Nações Unidas) emitiu a Resolução 43/73 de 1988, elucidando o que seria pessoa presa, ou detida, conforme explicam Andrade e Alflen (2016, p.54):

Segundo suas disposições, a pessoa presa seria aquela que sofre privação de liberdade decorrente de condenação criminal, o que nos remete à figura do sujeito que dá início ao cumprimento de pena privativa de liberdade a ele imposta. Por outro lado, a pessoa detida aparece definida como toda aquela que sofre privação de liberdade que não seja consequência da imposição de uma pena; ou seja, o conceito de pessoa detida é apresentado a título de exclusão, em lugar de haver uma definição mais fechada em relação a ela. Com isso, além de abarcar todas as hipóteses presentes na CEDH (Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais), a ONU também inseriu a figura do apenado como detentora do direito à audiência de custódia.

Entende-se, que os termos “preso” e “detido” não são sinônimos, apesar de serem os dois vocábulos utilizados para se referir a indivíduos privados de seu direito de ir e vir. Detido é o indivíduo que é privado de sua liberdade, mas não em decorrência de uma pena, e preso é aquele que a privação decorre de uma condenação penal e aplicação da pena restritiva de liberdade.

A Resolução n. 213 do CNJ (2015) representa um avanço, pois traz a audiência de custódia como garantia não só dos presos em flagrante, mas, de acordo com o artigo 13, em qualquer aprisionamento decorrente de cumprimento de mandado de prisão preventiva ou definitiva. A apresentação do preso ou detido deverá ser pessoal, se justificando na necessidade do contato direto entre o juiz e o indivíduo preso, invocando o princípio da oralidade, da imediação e o princípio da identidade física do juiz. O princípio da oralidade engloba os princípios da imediação e da identidade física do juiz. A oralidade seria a predominância da palavra falada sobre a escrita; o princípio da imediação trata do contato direto e pessoal entre o julgador e as partes, bem como ocorre na audiência de custódia; e o princípio da identidade física do juiz determina que o juiz que presidir a instrução deve proferir a sentença.

Posto isso, demonstra-se que a Resolução ainda dispõe em seu artigo 1º, § 4º, que, se o indivíduo preso estiver enfermo, ou em situação excepcional que o impeça de apresentar-se ao juiz, a audiência de custódia poderá ser realizada no local onde encontrar-se, ou, se em local de difícil acesso ou deslocamento inviável, providenciar-se-á sua condução para que compareça à audiência, assim que seja possível.

Quanto ao prazo para apresentação, o Pacto de San Jose da Costa Rica utilizou a expressão “sem demora”, deixando a critério de cada país especificar o lapso temporal em que deverá ocorrer a audiência. O Brasil adota o prazo de 24 horas a partir do momento da prisão, ratificado pela Resolução do CNJ, que concorda com o Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na ADPF 347.

Todavia, o prazo nem sempre é respeitado, ainda que a Resolução mencione que será fiscalizado o seu cumprimento. Segundo Andrade e Alflen (2016), há duas consequências presentes em textos internacionais para a não realização da Audiência de Custódia, a depender do momento de persecução penal: se ainda estiver em fase de investigação, determina-se a apresentação imediata do acusado à autoridade judicial ou sua soltura; se já instaurado processo, deve-se analisar se o acusado já se encontra em liberdade, caso positivo, não haverá prejuízo de sua defesa, se aplicada pena de restrição de liberdade ou medida cautelar diversa da prisão, haverá nulidade por não ter sido realizada a audiência de custódia.

No que tange à autoridade judicial competente, a Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a expressão “juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções

judiciais” em seu artigo 7º, 5, entretanto, a Resolução n. 213 elegeu o juiz penal, competente para julgar o processo que determinou a prisão em flagrante, como detentor da função de presidir a audiência de custódia.

Renato Brasileiro (2016, n.p.) sintetiza todo o procedimento:

Lavrado o auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, o preso será conduzido, sem demora, à presença do juiz. Durante a realização da audiência de custódia, a autoridade judiciária deverá: **a)** cientificar o preso de seu direito de permanecer em silêncio; **b)** perguntar ao preso se foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de se consultar com advogado, o de ser visto por médico e o de comunicar-se com seus familiares; **c)** indagar o preso sobre as circunstâncias de sua prisão e sobre as condições do estabelecimento onde se encontra detido; **d)** fazer consignar em ata quaisquer protestos, queixas ou observações relacionadas com os procedimentos policiais ou administrativos ou com as condições de sua custódia; **e)** tomar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades; **f)** comunicar ao Ministério Público possíveis ilegalidades; **g)** abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal, sem prejuízo de demandar consignar as declarações que o preso desejar fazer espontaneamente: como se percebe, é vedada a inquirição do preso sobre o mérito da imputação.

A audiência de custódia segue um rito especificado na Resolução do CNJ (2015), devendo estar presentes o acusado, o juiz penal, promotor de justiça e o defensor constituído pelo preso. Em tese, seu procedimento é simples e consiste apenas em perguntas relacionadas a circunstâncias da prisão, não devendo ser discutido o mérito.

Conforme o explanado acima, sabe-se que a audiência de custódia é objeto do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, que busca alterar a redação do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal. O CNJ, diante da demora em colocar em prática o instituto, editou a Resolução nº 213 de 2015, disciplinando a audiência de custódia, que é obrigatória a toda a prisão em flagrante ou não, no prazo de 24 horas a contar do momento da prisão. Nota-se também que, mesmo tendo estipulado prazo, nem sempre ele é respeitado, e nada se faz a respeito, apenas determina-se que o preso seja levado ao juiz imediatamente.

2.5 Vantagens e Desvantagens da Aplicação da Audiência de Custódia

No que se refere às vantagens da Audiência de Custódia, pode-se destacar que esse instrumento previne a tortura policial e preserva a integridade corporal do preso ou detido, já que a apresentação ao juiz em 24 horas evita que o indivíduo sofra violência policial ou eventuais abusos nas horas em que estiver sob a custódia da autoridade policial.

Nota-se ainda que a audiência de apresentação reflete também sobre a necessidade da prisão, quando for ela ilegal ou arbitrária, ou quando se tratar de casos em que se aplicaria o princípio da insignificância. Pode ser classificada como forma de contenção do *Jus Puniendi*; exercendo o controle judicial, vindo a evitar a ilegalidade ou arbitrariedade das prisões, levando em conta o princípio da presunção da inocência.

Devido a sua importância, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos considera a audiência de custódia um direito impassível de anulação, pois trata diretamente de direitos e garantias fundamentais.

Também é mister considerar que a implantação da audiência de custódia pode amenizar a questão da superpopulação carcerária, uma vez que após a análise do judiciário, o número de prisões ilegais tende a diminuir consideravelmente.

Aury Lopes Jr. e Caio Paiva elucidam as vantagens da audiência de custódia na Revista Liberdade, de publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, *sem demora*, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente, anota **Carlos Weis**, “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”[11].

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual. (LOPES JR. e PAIVA, Revista Liberdade, nº 17, setembro-dezembro 2014)

Denota-se do entendimento do trecho que a audiência de custódia, apresentação sem demora a autoridade policial, visa assegurar o princípio do contraditório, possibilitando ao preso a sua defesa pessoal e técnica. Os autores ainda elencam outras vantagens da audiência:

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos[12]. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um *encontro* do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Em diversos precedentes, a *Corte Interamericana de Derechos Humanos* tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “*garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência*”.^[13] Já decidiu a *Corte IDH*, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física”,^[14] advertindo estar em jogo, ainda, “tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal. (LOPES JR. e PAIVA, Revista Liberdade, nº 17, setembro-dezembro 2014)

Dentre as vantagens da audiência de custódia, segundo Lopes Jr. e Paiva (2014), destacam-se a garantia ao preso de exercer sua defesa pessoal e técnica, de ter sua integridade corporal preservada, de ter contato direto com o magistrado, e da legalidade de sua prisão ser analisada, para que eventuais excessos não sejam cometidos.

No que tange às desvantagens da implantação da audiência de custódia, o presente trabalho busca apresentar os benefícios da audiência, sendo as desvantagens que serão abordadas a seguir aduzidas por grupos desfavoráveis a aplicação da audiência.

Dentre as desvantagens apontadas, a principal delas é a falta de estrutura física e de pessoal, impedimento alegado principalmente pelas instituições envolvidas na realização da audiência de custódia, “mais precisamente, pela polícia judiciária, Ministério Público e o Poder Judiciário -, por meio de manifestações oficiais ou por intermédio das entidades de classe representativas de seus integrantes” (ANDRADE e ALFLEN, 2016, p. 146).

Nota-se que as entidades envolvidas, segundo expõem Andrade e Alflen (2016), apelam para esses argumentos, sempre que há inovações legislativas que ocasionem modificação na sua rotina ou atuação.

Os impactos sentidos pela polícia judiciária com a implantação da audiência de custódia são mais severos em grandes centros, já que o número de prisões em flagrante é grande, e não há tantos agentes e viaturas para executar os novos procedimentos.

Já o Poder Judiciário sofreria um impacto estrutural, uma vez que é necessário local específico para que o preso aguarde enquanto não realizada a audiência, principalmente em

grandes comarcas, em situações em que há mais de um preso a ser conduzido. Além disso, o local deverá estar disponível em finais de semana e feriados, bem como será fundamental a contratação de servidores responsáveis pela vigilância do fórum.

Nas pequenas comarcas em que há só um magistrado, será necessário outro juiz, tendo em vista que o juiz que presidir a audiência de custódia não poderá atuar no processo de conhecimento, devendo então, haver dois juízes distintos, já tendo o STJ e as Cortes Internacionais se manifestado sobre o assunto:

Ninguém menos que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o juiz que realiza interrogatório na fase de investigação não poderá atuar no futuro processo, ao passo que as Cortes internacionais de direitos humanos assentaram a necessidade de obediência do princípio do juiz que investiga não julga. (ANDRADE e ALFLEN, p. 150, 2016)

Logo, nota-se que serão necessários mais juízes, o que aumentariam os custos do Poder Judiciário.

Quanto à defesa técnica do preso, esta seria a mais prejudicada, a priori, haja vista a dispensabilidade do advogado nesse primeiro momento, haveria dificuldade em encontrar defensor para acompanhamento a audiência, ainda mais se for em horários e dias não usuais; assim como a defensoria pública, levando em conta a sua falta de estrutura. Andrade e Alflen (2016) asseveram que se audiência de custódia ocorresse apenas no horário de expediente, talvez os danos fossem reduzidos e sua implantação mais efetiva.

Também é abordado como um problema o prazo de 24 horas a contar da comunicação do flagrante. Diversas comarcas, em certas regiões do país, não dispõem de subsídios para realizar as audiências de custódia em prazo hábil, Andrade e Alflen (2016) citam a região norte do país, que não possui transporte terrestre, apenas fluvial, o que dificultaria o acesso as comarcas.

Todavia, ainda que os apontamentos tenham relevância, o propósito da audiência de custódia necessita de um prazo curto para que sejam atendidas as suas finalidades, como analisar a situação do custodiado, evitar as prisões ilegais, verificar se não houve tratamento abusivo ou tortura; ainda que falte pessoal e estrutura necessária, a implantação da audiência de custódia está sendo realizada de maneira tardia, enquanto inúmeros outros países já

incorporam o instituto em seus ordenamentos, o Brasil encontra-se caminhando, devagar, mas conseguindo alcançar resultados favoráveis, conforme se verifica a seguir.

2.6 Resultados da Audiência de Custódia

No Brasil, a audiência de custódia está sendo realizada desde 2015, após o projeto piloto do Ministro Lewandowski, que resultou na Resolução n. 2013 de 2015.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, foram realizadas até junho do presente ano 258.485 audiências de custódia. Desse número, 44,68% resultaram em liberdade, totalizando 115.487 indivíduos colocados em liberdade provisória. Cerca de 55,32%, 142.988 audiências resultaram em prisão preventiva. Em 12.655, 4,90% foram alegadas violência no ato da prisão e 27.669, 10,70% houve encaminhamento social ou assistencial.

O Mato Grosso do Sul aderiu à audiência de custódia no dia 05 de outubro de 2015, após a visita do Ministro Ricardo Lewandowski, sendo o 25º estado a aderir ao programa. No período de 05.10.2015 a 05.07.2017, foram realizadas 11.842 audiências de custódia (anexo 2), desse número, 7.660 audiências resultaram em prisão preventiva; 4.182 resultaram em liberdade provisória, não houve nenhum caso de alegação de violência no ato da prisão e 310 casos foram encaminhados ao serviço social. (anexo A)

Nesse sentido, o estado que mais realizou audiências de custódia foi o de São Paulo, totalizando 56.682 audiências. Desse total, 30.576 foram convertidas em prisão preventiva, 26.106 resultaram em liberdade provisória, 3.352 alegaram violência no ato da prisão e 3.509 foram encaminhados ao serviço social. (anexo B)

Noutro giro, o estado com menor número de audiências de custódia realizadas é Alagoas, com apenas 1.819 audiências, dentre esse número, 954 resultaram em prisão preventiva, 865 em liberdade provisória, 407 alegações de violência no ato da prisão e 200 encaminhamentos ao serviço social. (anexo C)

Analisando os dados retirados do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, nota-se que a audiência de custódia vem mostrando resultados favoráveis quanto a análise das prisões realizadas. O número de indivíduos que tem sua prisão convertida em liberdade provisória é grande, e representa quase a metade do número total de audiências.

3 ORIENTAÇÕES DO CNJ A RESPEITO DA AUDIÊNCIA E CUSTÓDIA

3.1 Excesso de Prisões

A cultura do encarceramento é muito presente no Brasil, o que torna a situação carcerária muito complexa. Os presídios são afetados com a superlotação, colocando em risco a vida dos presos e privando-os de terem sua dignidade e direitos respeitados.

O Departamento Penitenciário Nacional fez o último levantamento em junho 2014, atestando que a população prisional era de 607.731 presos, e que havia um déficit de 231.062 vagas. (anexo D)

Insta frisar que o Brasil é o quarto país com maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos, China e Rússia. A pesquisa também indicou que a maioria dos presos são negros, de baixa escolaridade e baixa renda.

De acordo com o relatório do Infopen, que é responsável pelas informações estatísticas sobre o sistema penitenciário brasileiro, a aplicação da audiência de custódia tem propiciado melhorias na situação carcerária:

Nesse sentido, têm sido extremamente interessantes os resultados da implantação das audiências de custódia, objeto de acordo de cooperação entre o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça, que consistem na garantia da rápida apresentação da pessoa presa a um juiz nos casos de prisões em flagrante. Na audiência, são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado da pessoa presa. Além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, o juiz pode verificar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos. (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, p. 6 – Junho de 2014)

Nota-se que a audiência de custódia não contribui para o aumento da população carcerária, pelo contrário, converte inúmeras prisões em liberdade provisória, diminuindo as prisões desnecessárias e a lotação dos presídios, que tem uma taxa de ocupação de 161%.

Ressalta-se que o Brasil possui, ainda, a quinta maior taxa de presos sem condenação, 41% da população carcerária não tem sentença penal condenatória; 4 entre 10 presos não haviam sido julgados quando coletados os dados do informativo. O estudo também afirma que de 1990 a 2014, houve um aumento de 575% da população carcerária, o que comprova o excesso de prisões e contribuiu gradativamente para superlotação dos presídios. Pondera-se

que o estado de São Paulo é o que possui maior número de pessoas presas, 219.053, o que corresponde a 36% da população carcerária do país.

Ressalta-se o fato de que cerca de 41% das pessoas presas não possuem condenação, 250.213 presos; outros 41%, 250.094 presos são sentenciados ao regime fechado; 15% sentenciados no regime semiaberto; 3% em regime aberto, e números inexpressivos em medida de segurança de internação e medida de segurança de tratamento ambulatorial. O estudo afirma que “para cada pessoa no regime aberto, há cerca de 14 pessoas no regime fechado; para cada pessoa do regime semiaberto, há aproximadamente três no fechado.”(Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, p. 20 – Junho de 2014)

Aproximadamente 60% dos indivíduos presos aguardam há mais de 90 dias o julgamento. No Mato Grosso do Sul, 70% dos custodiados aguardam julgamento cumprindo pena privativa de liberdade por tempo superior a três meses, segundo o INFOPEN.

Frisa-se que, a faixa etária mais presente nos estabelecimentos penais é de jovens de 18 a 24 anos, representando 31%, seguido de 25% correspondente a 25 a 29 anos. O levantamento INFOPEN ainda verifica que há predominância de presos de cor negra, 67% contra 31% de brancos; dois a cada três presos são negros.

O levantamento também considerou o grau de escolaridade dos presos, e atestou que o grau de instrução da maioria da população carcerária é muito baixo, 53% tem ensino fundamental incompleto; 12% ensino fundamental completo; 11% ensino médio incompleto; 9% foi alfabetizado em cursos regulares; 7% possui ensino médio completo; 6% é analfabeto e números quase inexpressivos possuem ensino superior completo e incompleto.

Outro dado alarmante diz respeito ao fato de que a maioria das prisões é referente ao crime de tráfico de drogas, compreendendo 27%; seguido de 21% de roubo; 14% de homicídio; 11% de furto; 11% de outros crimes; 7% de porte de arma; 3% de latrocínio; 2% de quadrilha ou bando e 1% de violência doméstica.

Conforme explanado acima, nota-se que o número de encarcerados é excessivo, tendo em vista o déficit de 231.062 vagas. Nos últimos 20 anos a população carcerária cresceu de forma alarmante, causando a superlotação dos presídios, expondo a vida dos custodiados a

riscos; só no primeiro semestre de 2014, ocorreram 565 mortes violentas nos estabelecimentos penais, excluídas mortes não intencionais por motivos de saúde.

A audiência de custódia veio não só para assegurar a integridade corporal dos presos, mas para reduzir esses índices, uma vez que conforme dados apresentados, quase a metade das prisões são convertidas em liberdade provisória, por serem desnecessárias. Todos os números apresentados foram retirados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen do ano de 2014, último levantamento publicado. É desumano e degradante manter todos esses indivíduos presos sem o mínimo de dignidade em celas com lotação excedida.

3.2 Pesquisa CNJ

O Conselho Nacional de Justiça, finalmente, está buscando efetivar a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. O termo de abertura do projeto de 30 de abril de 2015 é dirigido pelo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, tendo como parceiros o Ministério de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, e propõe a audiência de custódia pautada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Internacional de Direitos Humanos.

A Resolução que disciplina a audiência de custódia é de 15 de dezembro de 2015, sendo que em 2016, o Conselho Nacional de Justiça elaborou uma cartilha explicativa sobre a audiência de custódia e sua implantação nas capitais do país.

Nessa cartilha, o CNJ aponta os benefícios da audiência de custódia, que ele descreve como:

Trata-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão. (Audiência de custódia, CNJ, p. 11, 2016)

Ainda que especifique que a audiência de custódia só se aplica a prisões em flagrante, é notório o entendimento internacional de que se aplica não só em situações de flagrância, mas em qualquer prisão., ou seja, o artigo 1º da Resolução n. 213 (2015) faz referência à pessoa apreendida, podendo ser interpretado como não só a pessoa presa em flagrante.

Importante destacar que o objetivo da audiência de custódia, o qual consta na cartilha informativa, é o de respeitar os direitos e garantias fundamentais do custodiado, a saber:

A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Finalmente, audiências de custódia permitem conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura. (Audiência de custódia, CNJ, p. 11, 2016)

Assim, conforme acima mencionado, o CNJ editou a Resolução nº 213, de 2015, regulamentando todos os procedimentos relacionados à realização da audiência, os quais serão abordados a seguir.

Desta feita, a Resolução, em seu artigo 1º, traz a conceituação da audiência de custódia, que determina que toda a pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada, no prazo de 24 horas a contar da comunicação da prisão, à autoridade judicial competente, para que seja realizada sua oitiva sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão. O artigo faz referência somente à pessoa presa em flagrante, todavia, como elucidam Andrade e Alflen (2016, p. 55), pode-se estender a interpretação desse artigo:

Um passo importante rumo à correção deste mau caminho foi dado pelo CNJ, em sua Resolução nº 2013. Embora não apresente uma redação tecnicamente perfeita, seu artigo 1º já faz referência à apresentação da pessoa presa em flagrante ou apreendida, dando a entender que não só da prisão em flagrante trata aquela resolução.

Nota-se que se buscou submeter à audiência de custódia somente os presos em flagrante, mas o entendimento doutrinário é claro que a audiência deverá ser aplicada a todos os presos.

Nesse sentido, o parágrafo 1º diz respeito à comunicação da prisão ao juiz, que será feito mediante o encaminhamento do auto de prisão. Já o parágrafo 2º delimita a figura da autoridade judicial, que será o juiz penal, e se tratando de flagrante de competência do Tribunal, será definido o juiz a quem se fará a apresentação do preso.

Por outro lado, o parágrafo 4º diz respeito à pessoa enferma ou impossibilitada de comparecer à audiência, hipóteses em que será realizada a audiência de custódia onde se encontrar, ou imediatamente após melhora na condição de saúde. Isso demonstra a importância da audiência de custódia, que em nenhum caso deveria ser dispensada ou deixada de realizar.

Quanto à impossibilidade dos juízes de cumprirem o prazo estabelecido, o CNJ em seu parágrafo 5º afirma que editará complemento à Resolução para regular esses casos. O prazo de 24 horas corresponde à expressão “sem demora” prevista no Pacto de San Jose da Costa Rica, e após dois anos de implantação da audiência, ainda nota-se que esse prazo nem sempre é respeitado.

Sobre o transporte do preso ao local da audiência e após a um estabelecimento penal, caso a prisão seja mantida, o artigo 2º determina que a Secretaria de Segurança Pública ou Secretaria de Administração Penitenciária serão responsáveis por transportar o custodiado. O parágrafo único ainda acrescenta que os Tribunais poderão celebrar convênios para viabilizarem a audiência fora da Comarca.

No entanto, se o juiz competente não estiver presente na comarca até o final do prazo de 24 horas, o preso deverá ser levado a outro juiz, imediatamente, conforme o artigo 3º, da Resolução.

Exige-se, ainda, a presença do Ministério Público e de defensor ao custodiado, constituído ou não, caso este em que atuará a defensoria pública, é assegurado pelo artigo 4º. Não menos importante, o parágrafo único dispõe acerca da proibição da presença dos policiais que efetuaram a prisão ou responsáveis pela investigação, nada mais lógico haja vista na audiência serem realizadas perguntas a respeito de torturas e práticas ilegais no ato da prisão, inclusive por parte dos policiais.

A Resolução ainda assegura que o preso não ficará sem defesa, pois, segundo o artigo 5º, se constituir advogado, este será notificado; caso não tenha defensor, será atendido pela

Defensoria Pública. Assim sendo, o artigo assegura ao custodiado o exercício da ampla defesa e do contraditório, e, desta forma, em momentos anteriores à apresentação ao juiz, será oportunizado ao preso e ao seu defensor local reservado, sem a presença de agentes policiais, conforme consta no Artigo 6º da Resolução.

Quanto ao artigo 7º, cria-se um sistema eletrônico específico, o SISTAC (Sistema da Audiência de Custódia), que deverá registrar o fluxo de audiências; sistematizar os dados coletados; produzir estatísticas; elaborar ata; facilitar as consultas; registrar denúncias de tortura; manter registros dos encaminhamentos e analisar os efeitos da audiência de custódia. Segundo o artigo, o SISTAC visa simplificar os procedimentos da audiência de custódia e contribuir para com a sua realização.

A realização da audiência, segundo o parágrafo 2º do artigo 7º, ocorrerá após o protocolo do auto de prisão e da nota de culpa, que constará o motivo da prisão, nome do condutor e o nome das testemunhas. No auto de prisão em flagrante deverá conter informações as quais serão registradas no SISTAC, de acordo com o parágrafo 3º. O parágrafo 4º menciona que os dados que o SISTAC coletar serão disponibilizados no site do CNJ.

Sobre os procedimentos que devem ser observados pela autoridade judicial, o artigo 8º elucida que o juiz deverá entrevistar a pessoa presa, informando o que é a audiência de custódia; assegurar que esteja sem algemas, salvo em casos excepcionais; cientificá-lo de que poderá permanecer em silêncio; questioná-lo se lhes foram informados seus direitos e oportunizado consulta com seu defensor; atendimento médico e comunicação com sua família; interrogar sobre as circunstâncias da sua prisão; perguntar qual foi o tratamento recebido, se foi submetido à tortura ou maus tratos; verificar se foi realizado o exame de corpo de delito; o juiz deverá abster-se de perguntas com finalidade de produzir provas, devendo adotar providências para sanar irregularidades e realizar perguntas para analisar se cabe o encaminhamento assistencial e a concessão de liberdade, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Feito isso, o juiz terá subsídios suficientes, após manifestação do Ministério Público e da defesa técnica, conforme explicita o parágrafo 1º, para requerer, ao final do ato, o relaxamento da prisão ou concessão da liberdade provisória, com ou sem aplicação de medida

alternativa ou a decretação de prisão preventiva ou, por fim, adoção de medidas para preservar os direitos da pessoa presa.

A oitiva da pessoa presa deverá ser registrada em mídia que será arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 8º. Da ata da audiência de custódia só constará a deliberação do juiz, e será entregue cópia ao preso em flagrante, ao defensor e ao Ministério Público.

Se o juiz decidir pelo relaxamento da prisão, de acordo com o parágrafo 5º do artigo 8º, o preso será imediatamente colocado em liberdade, mediante expedição de alvará de soltura.

Caso seja determinada a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, deverão ser estipulados prazos para seu cumprimento, de acordo com o artigo 9º, e reavaliando se deverão ser mantidas ou não. As Centrais Integradas de Alternativas Penais, segundo o parágrafo 1º, deverão realizar o acompanhamento das medidas cautelares, mantendo contato com as equipes responsáveis pelos encaminhamentos assistenciais. Se o juiz identificar que o preso necessita de atendimento que é realizado pelas políticas de proteção ou inclusão do poder público, deverá encaminhá-lo para que seja feito seu acompanhamento, conforme o 2º parágrafo do artigo. Segundo o artigo 3º, o juiz deve garantir ao preso atendimento médico e psicossocial, quando necessário.

O artigo 10 elucida que a aplicação de medida cautelar será em caráter excepcional, quando houver impossibilidade de conceder liberdade provisória sem cautelar ou determinar medida menos severa. Denotando que em tese, sempre que houver elementos necessários para o relaxamento da prisão, o preso deverá ser liberado.

Se a pessoa presa se declarar vítima de maus tratos ou tortura, de acordo com o artigo 11, as informações serão registradas, e averiguadas, encaminhando a vítima ao atendimento médico e psicológico; o parágrafo 1º determina que durante a audiência serão adotados procedimentos para apurar indícios de tortura. O parágrafo 2º determina as informações que deverão ser coletadas, caso haja denúncia de maus tratos, a saber, a identificação dos agressores, data, local e hora dos fatos, descrição dos fatos, identificação de eventuais testemunhas, registro das lesões sofridas, se no laudo médico elaborado há indícios de tortura, registro dos encaminhamentos para investigação dos relatos; registro se houve aplicação de

medida protetiva. Após a coleta dessas informações, as lesões do preso poderão ser registradas em fotografia ou vídeo, de acordo com o parágrafo 3º. Caso seja necessário, o parágrafo 4º, permite que seja deferida medida protetiva ao preso. O encaminhamento dos dados deverá ser informado ao juiz da instrução penal, conforme o parágrafo 5º.

O artigo 12 menciona que o ata da audiência de custódia deverá ser apensada ao inquérito ou ação penal, e o artigo 13 assegura a apresentação judicial no prazo de 24 horas, também em decorrência de mandados de prisão cautelar ou definitiva, o que ratifica a ideia de que a audiência de custódia não se destina apenas a pessoas presas em flagrante delito.

Os Tribunais deverão expedir os atos que auxiliarão os juízes a cumprir a Resolução, segundo o artigo 14, e será analisado no próximo tópico que cada Tribunal elaborou a sua regulamentação sobre a audiência de custódia. O artigo 15 fixou o prazo de 90 dias para implantar a audiência de custódia, porém, quando da Resolução 213, muitos Tribunais já haviam elaborado suas regulamentações. O parágrafo único do artigo fixa o mesmo prazo para que as pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência sejam apresentadas à autoridade judicial.

O artigo 16 menciona que o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Execução de Medidas Socioeducativas fiscalizará o cumprimento da Resolução, e o artigo 17 fixou a data de 1º de fevereiro de 2016 para sua entrada em vigor.

Conforme se observou, a regulamentação proposta pelo CNJ na Resolução n. 213 de 2015 trouxe os pontos mais importantes da audiência de custódia, a saber, fixou o prazo, a autoridade judicial competente, as medidas e procedimentos pertinentes à realização da audiência. Ainda que tenha pecado na definição de quem deverá ser apresentado, há a necessidade de se estender a audiência aos presos no geral, tendo em vista que nem só as prisões em flagrante podem ser revestidas de ilegalidades.

3.3 Posicionamentos dos Tribunais em relação à Audiência de Custódia

Diante do descumprimento dos preceitos do CADH e do PIDCP, o PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, apresentou Arguição Direta de Preceito Fundamental, ADPF, que

visa prevenir ou corrigir agravo à norma fundamental constitucional decorrente de qualquer ação ou omissão do Poder Público.

A ADPF 347 impetrada buscava tornar obrigatória a todos os juízes e tribunais a realização da audiência de custódia, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, deferindo a medida cautelar proposta, o que tornou obrigatória em todo o país a audiência de custódia em setembro de 2015.

Logo após, para dar efetividade à liminar concedida na ADPF 347, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 2013 de 2015, apesar de que alguns tribunais como Paraná, Maranhão, Espírito Santo, Roraima e Pernambuco, já haviam emitido regulamentos, provimentos e resoluções acerca do tema.

Desta feita, o estado do Acre emitiu a Portaria Conjunta nº 17 em 1º de setembro de 2015 regulamentando a audiência de custódia, quando, nessa portaria determinou que seriam apresentadas as pessoas presas em flagrante, e que as audiências ocorreriam em horário de expediente. Também menciona, em seu artigo 12, que quando inviável o encaminhamento imediato da pessoa presa por justificativas pessoais, há a dispensa da audiência, o que não acata o parágrafo 4º do artigo 1º da Resolução do CNJ (2015).

No mesmo sentido, o Tribunal de Alagoas também procurou regulamentar a audiência de custódia, publicando a Resolução nº 21, de 15 de setembro de 2015, fixando o prazo de 24 horas a contar do momento da comunicação da prisão e a apresentação dos presos em flagrante e assim como a Portaria do Acre, dispensando da apresentação se não for possível a apresentação imediata do custodiado; o parágrafo 1º do seu artigo 4º menciona que “as audiências deverão ocorrer, preferivelmente, com a presença do Ministério Público vinculado ao juízo e da defesa técnica constituída pelo autuado ou defensor público atuante na unidade judiciária ou defensor dativo nomeado pelo juiz.” Em seu último artigo, ainda informa que posteriormente poderão as audiências ser realizadas por videoconferência, o que não supriria a presença física e o contato direto entre preso e juiz, deturpando sua finalidade.

Da mesma forma, o Poder Judiciário do Amapá divulgou o Ato Conjunto nº368, de 17 de setembro de 2015, determinando que as audiências de custódia se estendem somente aos presos em flagrante, e que devem ser realizadas a partir das 11h, horário de funcionamento

dos fóruns. Frisa-se que as outras determinações são as mesmas apresentadas pelos outros Tribunais.

Nesta ocasião, o Estado do Amazonas editou a Portaria nº 1.272, de 03 de agosto de 2015, e menciona que serão designados “juízes de custódia”, cumprindo expedientes normais, além de sábado, domingo e feriados, porém, serão encaminhados à audiência apenas os presos em flagrante delito.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Ceará expediu a Resolução nº 14, de 06 de agosto de 2015, e o Tribunal do Distrito Federal emitiu a Portaria Conjunta nº 101, em 07 de outubro de 2015, regulamentando, ambos, também, a audiência de custódia somente aos presos em flagrante, bem como não apresentando divergências dos outros regulamentos.

À vista disso, o estado do Espírito Santo, em 10 de abril de 2015, disponibilizou a Resolução nº 13, instituindo a criação do Serviço de Plantão de Flagrantes para realização das audiências de custódia, onde estas serão realizadas das 08h às 18h, e em fins de semana e feriados, havendo um juiz penal plantonista, dentre outras disposições, que regulamentam a segurança e o transporte dos presos e autoridades policiais. Nota-se que a Resolução do ES dispõe sobre muitos aspectos pertinentes à realização da audiência, buscando realmente efetivar o instituto.

Por consequência, o Tribunal de Justiça de Goiás emitiu a Resolução nº 35, de 22 de julho de 2015, com poucas disposições e nenhuma inovação.

Isso posto, o estado do Maranhão disponibilizou o Provimento nº 14 de 2014, que condiciona a audiência de custódia apenas aos casos em que o juiz converter a prisão em flagrante em prisão provisória.

O estado do Mato Grosso do Sul editou o Provimento n 352, de 1º de outubro de 2015. Também dispondo que só serão submetidos a audiência de custódia os presos em flagrante, e que se a prisão se der em finais de semana, recessos ou feriados, deverá ser realizada a audiência no dia útil subsequente. Determina em seu artigo 2º, parágrafo único que, em situações excepcionais, admite-se a videoconferência.

Deste modo, o Estado do Mato Grosso elaborou o Provimento 1 de 2017, criando o Núcleo de Audiências de Custódia da Capital, determinando que antes da audiência os flagranteados serão submetidos a exame de corpo de delito por médico oficial.

Conseqüentemente, o Poder Judiciário de Minas Gerais emitiu a Resolução nº 796, de 25 de junho de 2015, informando que a audiência se realizará em horário de expediente normal do fórum, em dias úteis, e que ato normativo próprio regulamentará a realização da mesma em fins de semana e feriados.

Assim sendo, o Tribunal de Justiça do Pará publicou o Provimento Conjunto nº 01, de 24 de setembro de 2015, onde se o preso relatar ter sido agredido ou torturado durante a prisão será encaminhado a perito médico para exame de corpo de delito.

Desta maneira, o estado da Paraíba editou o Provimento Conjunto nº 01, de 29 de julho de 2015, dispondo que não serão realizadas audiências de custódia durante fins de semana e feriado, devendo o custodiado ser apresentado no dia útil subsequente. Deste modo, o Poder Judiciário do Paraná expediu a Resolução nº 144, de 14 de setembro de 2015, criando a Central de Audiências de Custódia e determinando que as audiências ocorram das 12h as 18h.

Por conseguinte, o Estado do Piauí publicou o Provimento Conjunto nº 03, de 11 de junho de 2015, elucidando que as audiências ocorram de segunda a sexta feira, das 8 às 12 horas, bem como em casos excepcionais, o prazo de 24 horas poderá ser prorrogado por mais 24 horas.

Assim sendo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte expediu a Resolução nº 18, de 16 de setembro de 2015, expondo que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado em até 24 horas prisão ao poder judiciário, e, após o recebimento, haverá mais 24 horas para que se agende a audiência de custódia. O horário de realização das audiências será das 14h as 18h, e em casos excepcionais, também se admite prorrogação do prazo por mais 24 horas.

No mesmo sentido, o estado do Rio Grande do Sul enunciou a Resolução nº 1087, de 16 de julho de 2015, informando que não se excederá o prazo de 48 horas contados do momento da prisão, nos casos em que não for possível a realização da audiência no dia dos fatos.

Após, o Tribunal de Justiça de Roraima editou a Resolução nº 26, de 02 de setembro de 2015, que acabou sendo revogada pela Resolução nº 39, de 16 de dezembro de 2015, e foi precedida pela Resolução nº 59 de dezembro de 2016, que alterou a sistemática da audiência de custódia do estado.

Por consequência, o Poder Judiciário de Sergipe emitiu a Instrução Normativa nº 11, de 29 de setembro de 2015, a qual, por sua vez, não cita o prazo de 24 horas para a realização da mesma, o que, por sua vez, acaba não condizendo com a orientação do CNJ.

A análise das regulamentações editadas pelos Tribunais do país permite observar que as disposições quase sempre são as mesmas. Um Tribunal ou outro admite a videoconferência, que não corresponde aos objetivos da audiência de custódia, uma vez que não substitui o contato pessoal e direto entre o preso e o magistrado. Com relação aos prazos, alguns tribunais dispõem sobre a prorrogação, outros, ainda que não seja expresso, o fato da não realização em finais de semana e feriados importam em prorrogação do prazo de 24 horas a contar do momento da comunicação da prisão, o que também não corresponderia a apresentação “sem demora”, como elucida o Pacto de San Jose da Costa Rica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração da presente pesquisa possibilitou a compreensão do instituto da audiência de custódia, a qual, por sua vez, consiste na apresentação, sem demora, do preso ao juiz para análise das circunstâncias da prisão. No decorrer da pesquisa, foi realizado estudo dos fundamentos e implicações que permeiam a implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se que somente após 25 anos de previsão do instituto, que é previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, também denominada Pacto de San Jose da Costa Rica, textos internacionais que versam sobre Direitos Humanos e que o Brasil é signatário desde 1992, buscou-se efetivá-lo e normatizá-lo no ordenamento.

Constatou-se, que nos dois anos de implantação foram realizadas mais de 258 mil audiências de custódia em todo o país, sendo que deste número, mais de 115 mil indivíduos obtiveram o relaxamento de suas prisões, enquanto em 142 mil audiências, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva.

Nota-se, que quase a metade dos indivíduos submetidos à audiência de custódia não tiveram sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Em outros tempos, esses sujeitos continuariam presos, contribuindo ainda mais para o aumento da população carcerária e ratificando a falha no sistema judiciário em decretar prisões indevidas, e, que consequentemente violam a Dignidade Humana.

Deste feita, verifica-se que a audiência de custódia é benéfica não só para o sistema carcerário, mas para os custodiados, que têm respeitada sua dignidade humana, evitando abusos, maus tratos e prisões desnecessárias, arbitrárias e ilegais.

Portanto, o trabalho em tela permitiu reflexões acerca dos princípios constitucionais que circundam as prisões e a audiência de custódia, bem como das vantagens desse novo instituto, que apesar de estar sendo aplicado apenas à prisão em flagrante, é nítido o entendimento doutrinário e internacional de que deverá ser ampliado a todos os tipos de presos e prisões, uma vez que é uma garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do contraditório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca, ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2ª Ed. rev. atual. ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ANDRADE, Vander Ferreira. **Do Direito Fundamental à Segurança Pública: análise crítica do sistema constitucional de segurança pública brasileiro**. 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5371/1/Vander%20Ferreira%20de%20Andrade.pdf>. Acesso em: 10.set.2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. E-book. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. BRASIL. Constituição Federal (1988). In VadeMecum Saraiva, 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. In VadeMecum Saraiva, 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. In VadeMecum Saraiva, 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHAVEZ, Leandro Santos, SANCHEZ, Claudio José Palma. **A evolução Histórica do Direito Penal Positivado no Brasil**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2238/2222>. Acesso em: 10. set. 2017.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão temporária e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESTEFAM, André, GONÇALVES, Eduardo. **Direito Penal Esquematizado**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Cursode Direito Penal: Parte Geral**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR.,Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury, PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. In. REVISTA LIBERDADE, nº 17, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

NASCIMENTO, Mikhail Rutherford Santos. **A verdade real no processo penal**. Disponível em: <https://mikhail.jusbrasil.com.br/artigos/234313693/a-verdade-real-no-processo-penal>. Acesso em: 10. set. 2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 4ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

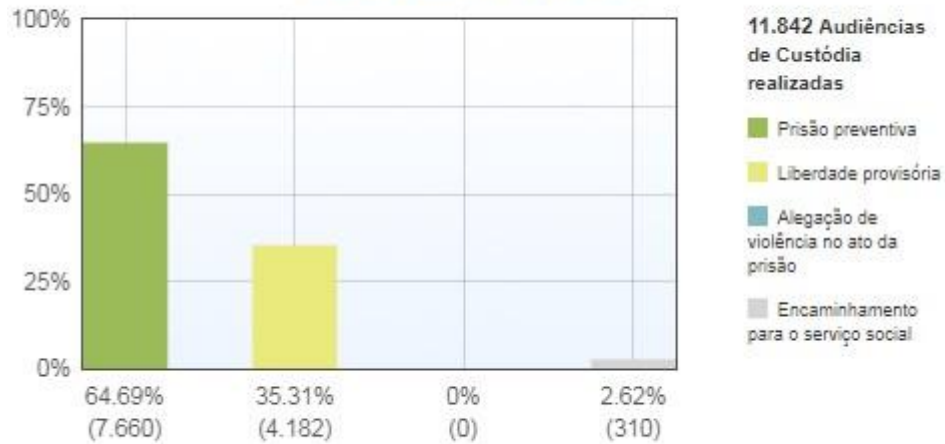
_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>. Acesso em: 14.set.2017

TAVORÁ, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Ed. JusPodivm, 2016.

ANEXOS

Audiência de Custódia em Números

MATO GROSSO DO SUL



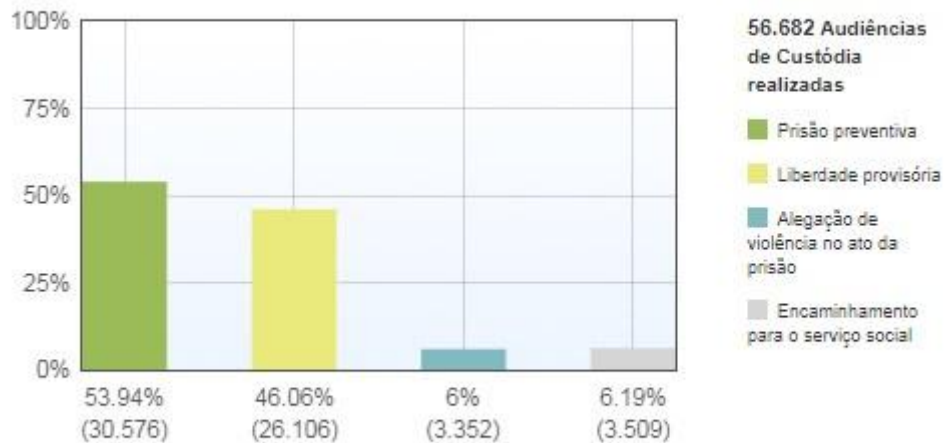
Fonte: TJMS

Período: 05/10/2015 a 05/07/2017

(Anexo A, fonte TJ/MS.)

Audiência de Custódia em Números

SÃO PAULO



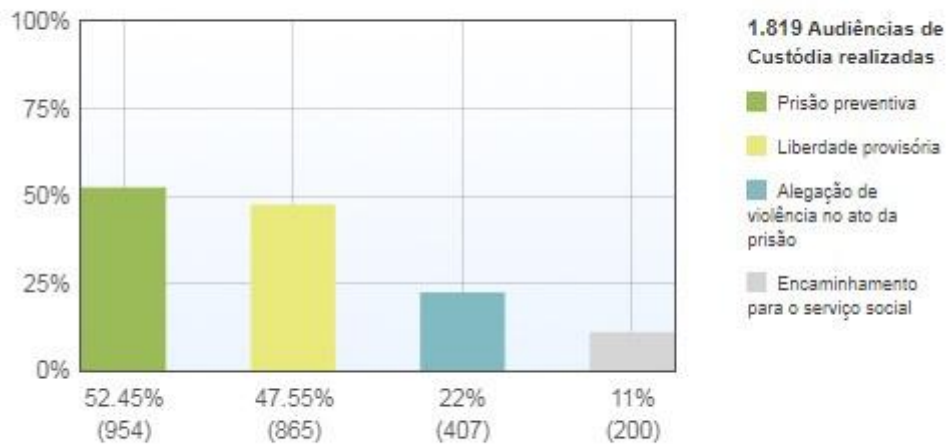
Fonte: TJSP

Período: 24/02/2015 a 30/06/2017

(Anexo B, fonte TJ/SP)

Audiência de Custódia em Números

ALAGOAS



Fonte: TJAL

Período: 02/10/2015 a 30/06/2017

(Anexo C, fonte TJ/AL)

3. Dados Gerais

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014⁴

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

(Anexo D, fonte: Infopenjun/2014)

3.2.1. Presos por natureza da prisão e tipo de regime¹⁶

Figura 9. Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime¹⁷



Fonte: Infopen, junho/2014

(Anexo E, fonte: Infopen)