

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

YOLANDA GABRIELLA FERNANDES MUNIZ

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTITUTO DE REALIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SÃO MATEUS
2019

YOLANDA GABRIELLA FERNANDES MUNIZ

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTITUTO DE REALIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rubens da Silva Cruz.

SÃO MATEUS

2019

YOLANDA GABRIELLA FERNANDES MUNIZ

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTITUTO DE REALIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. RUBENS DA SILVA CRUZ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. :
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. :
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2019

A Deus, razão de todas as minhas vitórias.
Aos meus pais, irmã, familiares e amigos
que me mostram o melhor caminho a
seguir. Ao meu professor Rubens da Silva
Cruz, pelo conhecimento, informações
passadas e pelas valiosas sugestões.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente e acima de tudo, a Deus por me abençoar, guiar e proteger nessa minha trajetória.

Agradeço também, aos meus pais e minha irmã, essa formatura é dedicada a vocês, que muitas vezes trabalharam dobrado, sacrificando seus sonhos em favor dos meus. Para vocês que me ajudaram a superar minhas decepções e aplaudiram minhas conquistas.

Aos meus amigos que conheci ao longo desses cinco anos.

Ao Prof. Rubens da Silva Cruz pela paciência e atenção ao me orientar na formulação e conclusão deste trabalho, e pela contribuição em meu crescimento profissional e pessoal.

Feliz aquele que transfere o que sabe e
aprende o que ensina.

Cora Coralina

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a audiência de custódia e seu papel de realização de Direitos Fundamentais, apensar das críticas quanto a falta de regulamentação em lei do seu procedimento. Assim, perpassando pela teoria dos Direitos Fundamentais, notadamente, quanto à liberdade a sua limitabilidade, bem como no que tange as prisões cautelares e os valores constitucionais como a presunção de inocência e o devido processo legal, pretendeu-se ingressar no terreno fascinante dos institutos que buscam minimizar ou a crise do sistema penitenciário. Para isso, lançando mãos da pesquisa bibliográfica, não se furtou em buscar dados da quantidade de mais de meio milhão de audiências de custódias realizadas desde a implementação do instituto pelo CNJ em 2015, além de percorrer número desse instituto em 2019 na Comarca de São Mateus, dados imprescindíveis que permitem concluir pela eficiência da audiência de custódia e da prisão em flagrante, mas relevam números estarrecedores quanto a massiva reincidência dos indivíduos em cenário policial, o que releva a importância do presente estudo e do longo caminho para efetivação dos Direitos Fundamentais do homem e do cidadão.

Palavras-chave: prisão. audiência de custódia. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the custody hearing and its role in the realization of Fundamental Rights, despite the criticism regarding the lack of regulation of its procedure. Thus, going through the theory of Fundamental Rights, notably regarding freedom and its limitation, as well as with regard to precautionary prisons and constitutional values such as the presumption of innocence and due process of law, it was intended to enter the fascinating ground of the institutes that seek to minimize or the crisis of the penitentiary system. To this end, using the bibliographic research, it did not shy away from searching for data on the amount of more than half a million custody hearings held since the institute's implementation by the CNJ in 2015, as well as going through this institute's number in 2019 in the São Mateus County. , indispensable data that allow us to conclude by the efficiency of the custody hearing and the arrest in the act, but revealing terrifying numbers regarding the massive recidivism of individuals in a police scenario, which highlights the importance of the present study and the long way to the realization of the Fundamental Rights of the population. man and the citizen.

Keywords: prison. custody hearing. Fundamental rights.

LISTA ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

DP – Defensoria Pública

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

PMES – Polícia Militar do Espírito Santo

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – PRESOS SUBMETIDOS A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	40
GRÁFICO 2 – LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE PAGAMENTO DE FIANÇA.	41
GRÁFICO 3 – LIBERDADE PROVISÓRIA SEM PAGAMENTO DE FIANÇA	43
GRÁFICO 4 – PRISÃO PREVENTIVA	44
GRÁFICO 5 – REINCIDENTES	45

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	3
2	NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NA REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
2.1	CONCEITO E DIMENÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
2.2	ESPÉCIES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE, DIREITOS DO PRESO, DEVIDO PROCESSO LEGAL, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	8
2.3	NOVO CONCEITO DE PROCESSO PENAL E SUA MISSÃO	11
3	DAS PRISÕES CAUTELARES	13
3.1	CONCEITO DE PRISÃO	13
3.2	DIFERENÇA ENTRE PRISÃO-PENA E PRISÃO SEM PENA	14
3.3	PRISÃO PREVENTIVA	18
3.4	PRISÃO TEMPORÁRIA	19
3.5	PRISÃO EM FLAGRANTE	20
4	A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
4.1	CONCEITO DOUTRINÁRIO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PREVISÃO LEGAL E VISÃO DO STF	25
4.2	REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	30
4.3	PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	34
5	ANÁLISE DOS DADOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM SÃO MATEUS	39
6	CONCLUSÃO	46
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Todos os dias, dezenas de pessoas são detidas em flagrante delito, acusadas do cometimento de algum crime, sendo então levadas à Delegacia de Polícia.

Mesmo havendo garantias constitucionais quanto à liberdade de locomoção, somadas a presunção de inocência e o devido processo legal, verifica-se que boa parte desse contingente de pessoas acaba abarrotando as cadeias públicas, proliferando uma onda de subversão de valores constitucionalmente previstos.

Eis que surge, por iniciativa do Poder Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça o instituto da audiência de custódia, uma espécie de entrevista do indivíduo que é detido em flagrante, na presença do juiz competente, do membro do Ministério Público e do Advogado.

Indaga-se a legitimidade e efetividade da audiência de custódia para a efetivação de Direitos Fundamentais, tem sido legítima, tem sido eficaz, quais os seus frutos e legados?

Essa problemática permite se levantar a hipótese que a audiência de custódia, além de não ter a devida regulamentação legal, se constitui uma farsa, tanto do ponto de vista jurídico legal, por falta dessa regulamentação, quanto não tem sido útil, já que não há aparato judicial suficiente para atender as demandas.

Para verificar esse problema, urge lançar mãos da metodologia de uma pesquisa bibliográfica, consistente na consulta a doutrina, na jurisprudência e diante dos dados obtidos junto às estatísticas do Conselho Nacional de Justiça e das informações das audiências de custódias realizadas no município de São Mateus.

Então, o objetivo do presente trabalho é analisar no interior do ordenamento jurídico a utilidade da audiência de custódia à luz do novo processo penal; verificar as modalidades de prisão cautelar, e analisar o procedimento, a legalidade e os dados das audiências de custódias, tanto no âmbito dos levantamentos do CNJ, quanto na Comarca de São Mateus-ES.

O trabalho então se justifica pela relevância do tema, já que a situação carcerária é constantemente alvo das principais notícias jurídicas, rebeliões, informações de violações de direitos, discussões sobre superlotação dos presídios e condições inadequadas da custódia dos detentos.

Daí o primeiro capítulo versará sobre os Direitos Fundamentais, notadamente a liberdade, a presunção de inocência e o devido processo legal, bem como o conceito de desdobramento do processo penal, sobretudo no que concerne a realização de direitos fundamentais.

Por sua vez, o segundo capítulo falará da prisão, adentrando mais profundamente nas modalidades de prisão cautelar como a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante, uma vez que, a audiência de custódia ocorre num contexto de conclusão dos procedimentos da prisão em flagrante. A relevância desse ponto reside no fato de que a prisão cautelar não tem o condão de punição, mas são bastante utilizadas pelos órgãos de persecução criminal e é justamente nesse ponto que a audiência de custódia tangencia a atuação estatal, podendo trazer maiores efetividades às garantias e direitos constitucionalmente previstas.

Já o terceiro capítulo versará sobre a audiência de custódia, sua origem, previsão legal, importância e procedimentos, o verdadeiro cerne do trabalho.

Finalmente o quarto capítulo traz à tona dados do Conselho Nacional de Justiça e das audiências de custódias realizadas no âmbito do Estado do Espírito Santo no ano de 2019, importantes informações desse instituto fascinante que vale a pena conhecer um pouco mais.

2 NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NA REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO E DIMENÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo de sua evolução, o Direito Constitucional vem apresentando com relevância os direitos fundamentais, tendo como base a dignidade humana.

Como suprem lei do ordenamento jurídico, a constituição federal de 1988 proclama em seu texto a asseguaração de tais direitos.

Diante disso, Paulo Bonavides (2011, p. 561) traz que “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”. Tais direitos que são essenciais a uma vida digna. É o que expressa igualmente Napoleão Casado Filho (2012, p. 21):

“[...] os Direitos Humanos são um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico”.

Bonavides (2011, p. 563 - 564), define o campo de abrangência da primeira dimensão ou geração dos Direitos Fundamentais:

“Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Vale ressaltar que os que os direitos humanos são aqueles positivados no plano internacional tal entendimento se completa quando Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 29) afirma: “guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que relevam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. Enquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição Federal tal entendimento se completa quando Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 29) afirma: “” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, na ordem interna do Estado. Ambos os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Diversas doutrinas costumam classificar direitos fundamentais em gerações ou dimensões diante da sequência do surgimento dos direitos, visto que evoluíram

de acordo com os interesses e as necessidades do homem. Como observa Marcelo Novelino (2017, p. 282):

“Os **direitos fundamentais de primeira dimensão** (ou geração), ligados ao *valor liberdade*, surgiram com as primeiras constituições escritas, cujos textos consagraram os *direitos civis* e *políticos*. Nas revoluções liberais ocorridas no final do Século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais”.

Neste mesmo sentido, afirma Gilmar Mendes (2009, p. 267):

“A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião”.

Entretanto a primeira geração constituiu entre os poderes políticos e civis, fundamentando-se no direito à liberdade. A segunda geração de acordo com Marcelo Novelino (2017, p. 283):

“Os **direitos fundamentais de segunda dimensão** (ou geração), ligados à *igualdade material*, compreendem os *direitos sociais, econômicos* e *culturais*. Os direitos sociais, a despeito de serem encontrados em alguns textos dos séculos XVII e XIX, passaram a ser amplamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX”.

Nos dizeres de Gilmar Mendes (2009, p. 267-268), pelos direitos de segunda geração:

[...] se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.
O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados [...].”

Nos dizeres de Paulo Bonavides (2011, p. 565):

“Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude”.

Portanto, os direitos de segunda dimensão, constituem nos direitos sociais, culturais e econômicos, ambos fundamentados no princípio da igualdade. Por meio destes, surgiu a ideia de que tão importante quanto a proteção do indivíduo era também proteger o coletivo, ou seja, instituições de direito público e privado. São exemplos desses direitos à saúde, à educação, à moradia, à segurança pública, dentre outros.

A terceira geração (dimensão) conforme Bonavides (2011, p. 569) “[...] direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo [...]”.

São sempre citados como direitos de terceira dimensão, os direitos de proteção do consumidor e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Novelino (2017, p. 283) afirma:

“[...] ligados à *fraternidade* (ou *solidariedade*), é atribuído à constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio da colaboração de países ricos com os países pobres. Diversamente das duas dimensões anteriores, há divergências na doutrina acerca dos direitos compreendidos nesta dimensão”.

Neste mesmo sentido afirma Gilmar Mendes (2009, p. 267-268):

“[...] se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados”.

A terceira geração (dimensão) constitui os direitos ligados ao princípio da solidariedade, direitos esses que são transindividuais destinados a proteção do gênero humano.

Diante de toda a evolução, há um reconhecimento da existência da quarta dimensão, a mesma é abordada por poucos: “[...] direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Conforme, também, observa Marcelo Novelino (2015, p. 316):

“A incorporação de novas dimensões de direitos fundamentais revela o caráter dinâmico de sua trajetória histórico-evolutiva, ainda que, em

essência, esses novos direitos guardem uma ligação mais ou menos direta com os três valores tradicionais (liberdade, igualdade e fraternidade) ”.

Portanto, é sabido dizer que as gerações (dimensões) implicam no avanço histórico da proteção do indivíduo em face do estado. Mas não é capaz de reduzir o desenvolvimento de novas formas de proteção.

2.2 ESPÉCIES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE, DIREITOS DO PRESO, DEVIDO PROCESSO LEGAL, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ensina Marcelo Novelino (2016, p. 346), que a liberdade pode se referida em dois sentidos diversos, sendo a liberdade positiva, denominada de liberdade política ou liberdade dos antigos ou ainda liberdade de querer, aquela em que o indivíduo pode orientar o seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros. Já a liberdade negativa, também conhecida como liberdade civil ou liberdade dos modernos ou liberdade de agir, seria a situação do sujeito ter a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros, ou seja, é uma ausência de impedimentos.

No que tange a liberdade de locomoção, a qual está inserida no artigo 5º, inciso XV do Texto Constitucional: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, trata-se, conforme assegura a doutrina, um dos aspectos fundamentais da liberdade física do homem e compreende não somente o direito de ir e vir, como também o direito de permanecer. Assim, caso haja ilegalidade quanto a intervenção na liberdade de locomoção poderá se manejado ação constitucional denominada de habeas corpus, nos termos do artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal, sendo oportuno dizer que, tal ação é cabível tanto no caso da liberdade já se encontrar violada (denominado habeas corpus reparatório) e naquelas hipóteses em que houver uma ameaça à liberdade de locomoção, caso do chamado habeas corpus preventivo (NOVELINO, 2016, p. 369).

Marcelo Novelino (2016, p. 369), observa que, todavia, a liberdade de locomoção como qualquer outro direito fundamental sofre restrições, conforme elenca:

[...] A Constituição estabelece diretamente a possibilidade de restrições à liberdade de locomoção durante a vigência do estado de sítio, quando poderão ser impostas a obrigação de permanência em localidade

determinada e a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (CF, art. 139, I e II). A liberdade de locomoção, além das limitações inerentes a sua própria natureza, poderá ser restringida quando houver uma fundamentação baseada em outros princípios de hierarquia constitucional. São restrições legítimas, por exemplo, a imposição legal de penas privativas de liberdade ou a autorização legislativa conferida à Administração Pública para disciplinar a forma de circulação das pessoas em determinados locais, como ocorre na regulamentação do uso de vias e logradouros públicos. A Constituição estabelece, ainda, uma cláusula de reserva legal para os casos de entrada, permanência e saída do país. Nesse sentido, a exigência legal de visto do estrangeiro para ingresso em território brasileiro (Lei 6,815/80, art. 4º e ss) [...].

Ainda observa o autor, questão polêmica quanto a constitucionalidade da cobrança de pedágio nos casos em que o Poder Público não coloca à disposição do cidadão uma via alternativa e de forma gratuita. Assim, alguns defendem que tal intervenção ofende a liberdade de locomoção, já que a inexistência de vias alternativas e gratuitas, as quais possibilitem o acesso ao mesmo destino, criaria um obstáculo indevido no direito fundamental de ir e vir. Somado a isso, a cobrança do pedágio também seria ilegal, pois violaria o direito de escolha do serviço, legalmente outorgado aos usuários do serviço público. Na outra banda, há que entenda perfeitamente possível essa cobrança, já que se trate de uma exceção à vedação de limitações, por meio de cobrança de tributos ao tráfego de pessoas ou de bens, de forma que, a cobrança de pedágio não estaria condicionada à existência de via alternativa. Porém, o autor informa que tal tema ainda encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, o qual já reconheceu a repercussão geral da matéria (NOVELINO, 2016, p. 369 e 370).

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 3 e 4) após dizer que princípio, numa significação etimológica, é causa primária, momento em que algo tem origem, ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, afirma também que o processo não foge a regra e é regido por princípios, dentre os quais se pode elencar a presunção de inocência, denominado de estado de inocência ou não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença pena condenatória, com trânsito em julgado.

Aplicando tal princípio o Supremo Tribunal Federal deu novo entendimento a chamada prisão em segunda instância:

[...] Por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal (STF) derrubou a possibilidade de prisão de condenados em segunda instância.

Na 5ª sessão de julgamento sobre o assunto, a maioria dos ministros entendeu que, segundo a Constituição, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado (fase em que não cabe mais recurso) e que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 5 mil presos podem ser beneficiados pela mudança de entendimento, se não estiverem presos preventivamente por outro motivo. Levantamento do Ministério Público Federal a decisão do STF pode beneficiar 38 condenados na Operação Lava Jato [...] (<https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>).

Em relação ao devido processo legal, Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 285 e 286) sustenta que se trata de ferramenta imprescindível para a preservação dos direitos e garantias fundamentais. É cláusula de proteção das liberdades públicas, contra o arbítrio das autoridades estatais.

Para o autor, o devido processo legal foi consagrado no artigo 5º, inciso LIV da CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, apesar de estar presente no direito brasileiro, mesmo que implicitamente, antes de 1988 (BULOS, 2012, p. 285).

Dessa maneira, Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 286), traça um breve histórico e destaca a relevância do devido processo legal:

[...] Somente no final do século XX, os juristas despertaram para a importância do *due process of law*. A magistratura, de um modo geral, desconhecia-lhe a amplitude, deixando de aplicá-lo, v.g., em matéria de inconstitucionalidade das leis violadoras dos direitos e garantias fundamentais. A relevância do devido processo legal exsurge, inclusive, no embate entre o interesse particular e os interesses da comunidade. O primeiro só prevalece quando houver a comprovação de sua imperatividade (*compelling interest*). Haverá, então, inversão do ônus da prova. O indivíduo afrontado em seus direitos fundamentais poderá invocar a tutela de suas prerrogativas. Quanto ao Estado, compete-lhe provar a inexistência daquele interesse imperativo da comunidade, para o ato legislativo ou executivo não violar a Constituição [...].

Não obstante diversos outros direitos, notadamente de presos são extraídos da Constituição Federal de 1988 como a ampla defesa, o contraditório, a vedação de provas ilícitas e o *nemo tenetur se detegere*, dentre outros (NUCCI, 2016, p. 5).

Para se ter uma ideia, a Lei número 7.210/1984, Lei de Execução Penal traz um rol de direitos dos presos:

Dos Direitos

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - Alimentação suficiente e vestuário;

II - Atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - Constituição de pecúlio;

V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 IX - Entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 X - Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 XI - chamamento nominal;
 XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 XV - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. [\(Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003\)](#)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução

Importante direito que também se constitui em dever é o trabalho do preso, importante instrumento de ressocialização.

2.3 NOVO CONCEITO DE PROCESSO PENAL E SUA MISSÃO

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 46) trazem à tona o conceito clássico de Processo Penal de José Frederico Marques, para quem o processo penal seria um conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, assim como regula as atividades da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares.

Assim, tal conceito se preocupa com a aplicação do jus puniendi estatal, ou seja, a partir do momento em que ocorre um crime, nasce para o Estado, o direito de punir, o qual é regulado no Direito Penal, porém tendo em vista o devido processo legal, há que se ter um conjunto de atos que realizem o devido processo legal para se chegar a uma sentença.

Assim, o processo penal é indispensável, justamente pelo fato de se vedar, via de regra, a vingança privada, o que implicaria em um exercício arbitrário das

próprias razões, o qual é crime contra a administração da justiça, nos termos do artigo 345 do CP (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 46).

Esse aspecto de instrumentalidade do Direito Processual Penal em relação ao Direito Penal é destacado por Renato Brasileiro (2017, p.37):

[...] Todavia, esta pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator sujeitar-se à pena. Em outras palavras, essa pretensão já nasce insatisfeita. Afinal, o Direito Penal não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção penal sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*). Aliás, até mesmo nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, em que se admite a transação penal, com a imediata aplicação de penas restritiva de direito ou multas, não se trata de imposição direta de pena. Utiliza-se, na verdade, de forma distinta da tradicional para a resolução da causa, sendo admitida a solução consensual em infrações de menor gravidade, mediante supervisão jurisdicional, privilegiando-se, assim, a vontade das partes e, principalmente, do autor do fato que pretende evitar os dissabores do processo e o risco da condenação [...].

Verifica-se, entretanto, que a preocupação desses conceitos é definir o papel do processo penal na implementação do exercício do Direito de Punir, porém, pela Constituição Federal de 1988, o processo deve ser um mecanismo de realização de direitos fundamentais.

3 DAS PRISÕES CAUTELARES

3.1 CONCEITO DE PRISÃO

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 641), a prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.

O autor descreve que o fundamento constitucional da prisão reside no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, anotando demais desdobramento da prisão:

[...] A regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização. Os incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, do mesmo artigo, regulam a maneira pela qual a prisão deve ser formalizada [...].

O sistema penal brasileiro prevê a pena de reclusão ou a de detenção para sanção por prática de crime sendo estas isoladas, alternativas ou cumulativas a pena de multa. Ao tratar das prisões, Renato Brasileiro cita que “A palavra “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio, onis*), que significa “prender”. Renato Brasileiro critica ainda o significado na política criminal brasileira, sendo que no país a prisão indica a manutenção do cárcere e não somente o ato de apreensão do indivíduo.

O entendimento se completa quando Renato Brasileiro (2014, p. 804) afirma que “a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado”. Isto porque:

“No sentido que mais interessa ao direito processual penal, prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar definidos em lei (CF, art. 5º, LXI). (LIMA, 2014, p. 804) ”.

A lei suprema do ordenamento jurídico prevê que a prisão deve ser devidamente motivada e reduzida a termo por decisão do magistrado competente para que esta seja legal, ou seja, ninguém poderá ter sua liberdade privada, senão em flagrante delito ou por decisão judicial.

Ao se referir ao tema prisão, não é justo dizer e nem se pode omitir que ela veio como um alento nas medidas punitivas vez que as anteriores se davam por meio de castigos físicos aos infratores.

Verifica-se a indignação com as práticas de punições realizadas no sistema criminal daquela época, as injustiças dos homens poderosos com os menos favorecidos, destacando a violação de direitos humanos. Beccaria induz o leitor a refletir sobre melhores instituições, “leis sábias”, promovendo um maior bem-estar a todos, sem qualquer distinção. Pelas palavras do autor:

“À proporção em que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores já justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão”. (BECCARIA, p. 28)

Ele pensa que o direito de punir deve limitar-se ao ponto de fazer justiça, pois a pena deve consistir apenas em um meio de punição, cuja finalidade é afastar o homem de qualquer ato criminoso. Isto posto, Beccaria conclui a obra dizendo que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. ”

Corroborando tal entendimento, anos mais tarde, Michel Foucault assevera a de necessidade que “[...] as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a de morte só seja imputada contra os culpados assassinos, e sejam abolidos os suplícios que revoltem a humanidade. ” (1987, p. 94)

Foucault (1987, p. 94) critica os métodos punitivos, apontando as atrocidades ocorridas na época do suplício ao declarar: “É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. ” Desta forma, o autor faz referência ao excesso do desejo de punição, suplicando um respeito maior a humanidade.

3.2 DIFERENÇA ENTRE PRISÃO-PENA E PRISÃO SEM PENA

Existem duas espécies de prisões no Brasil: a prisão-pena e a prisão sem pena. De acordo com Tourinho Filho (2011, p. 642) “ A prisão-pena é o sofrimento

imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”.

Nesse mesmo sentido, Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 547):

“A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva [...]”.

A perda de liberdade do indivíduo decorrente de sentença penal condenatória é classificada como prisão pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, as prisões cautelares que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória compreendem o conceito de prisão sem pena.

O Código de Processo Penal regula uma série de procedimentos que devem ser observados no momento da realização da prisão cautelar, conforme se pode exemplificar:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.
(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.
(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas.

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

Art. 288. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guisa expedida pela autoridade competente,

devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora.

Parágrafo único. O recibo poderá ser passado no próprio exemplar do mandado, se este for o documento exibido.

Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Daí, sobretudo o disposto no artigo 289, § 3º do CPP é melhor efetivado com a audiência de custódia, pois, em se tratando de prisão em flagrante, não basta apenas a comunicação através de documento da efetivação da prisão para o juiz competente, já que, atualmente, com a audiência de custódia, o detido deve ser levado à presença do juiz.

Outros dispositivos também regulamentam situação em que os policiais ou as pessoas que visam realizar a prisão em flagrante podem se deparar, a exemplo do uso da força e a perseguição, conforme regula o CPP:

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 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 encaixo.

§ 2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida.

Art. 291. A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato. (Redação dada pela Lei nº 13.434, de 2017)

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 863), são três espécies de prisão no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a) prisão extrapenal: tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar; b) prisão penal, também conhecida como prisão pena ou pena: é aquela que decorre de sentença condenatória com trânsito em julgado. De se notar, todavia, que os Tribunais Superiores passaram a admitir a execução provisória da pena tão logo seja proferido um acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância (STF, HC 126.292). c) prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena: tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Com a reforma de 2008 (Lei nº 11.689/08 e Lei nº 11.719/08), foram expressamente extintas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, outrora previstas como espécies autônomas de prisão cautelar [...].

Dessa maneira, são exemplos de prisão sem pena, à prisão em flagrante, à prisão preventiva e a prisão temporária.

3.3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a modalidade de prisão cautelar ou processual que depende de ordem judicial, não havendo um tempo fixado por lei para sua duração e para que seja decreta devem ser preenchidos requisitos relacionados aos elementos de autoria e materialidade, além da necessidade exigida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal bem como depende das circunstâncias legitimadoras do artigo 313 do mesmo diploma legal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada 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 e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nota-se que com a inserção de diversas medidas cautelares diversas da prisão, conforme previstas no artigo 319 do CPP, a prisão preventiva somente poderá ser decreta após um filtro que o magistrado deve fazer, verificando a possibilidade de aplicação de outra medida que não seja a prisão cautelar. A prisão cautelar, em razão do direito de liberdade e presunção de inocência deve ser encarada como exceção.

Para Guilherme Nucci (2016, p. 694), a prisão preventiva se constitui em medida cautelar de constrição da liberdade do indivíduo, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.

Portanto, a prisão preventiva pode ocorrer a partir de uma prisão em flagrante, o qual, é tido como legal e necessário, sendo então decretada a custódia cautelar do indivíduo. De outro modo, durante as investigações ou o processo penal, poderá, havendo necessidade, ser decretada a prisão preventiva

3.4 PRISÃO TEMPORÁRIA

Por sua vez, a prisão temporária que também é modalidade de prisão cautelar, depende de ordem judicial, mas possui a finalidade de resguardar a efetividade das investigações, conforme previsão na Lei 7.960/1989:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - Quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

Assim, além da necessidade de ser demonstrada a imprescindibilidade das investigações, bem como em casos em que o investigado não possui residência fixa ou não fornece elementos de sua identidade, deve ocorrer somente em casos de crimes graves, a exemplo dos seguintes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Um dos diferenciais da prisão temporária é a sua duração, pois em regra, somente poderia durar 5 dias, sendo prorrogável por mais 5 dias, em caso de extrema e comprovada necessidade. Excepcionalmente, porém, em casos de crimes

hediondos ou equiparados, a prisão temporária poderá durar 30 dias, podendo ser prorrogada por mais 30 dias em caso de extrema e comprovada necessidade.

Fazendo críticas ao instituto da prisão temporária, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 994) dizem que a prisão temporária que está disciplinada na Lei número 7.960/1989, que substituiu a Medida Provisória número 111/1989, havendo uma mácula de inconstitucionalidade, já que a prisão temporária ingressou no ordenamento jurídico por iniciativa do executivo, dissociada não só do fator de relevância e urgência, requisitos essenciais para as medidas provisórias, restringindo direitos fundamentais ligados à liberdade de locomoção sem lei em sentido estrito que seria ato da competência do Poder Legislativo, apesar da conversão da medida provisória em lei, fato que para os autores não remove a mácula.

Os autores também lembram que, mesmo com essa mácula de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a liminar na ADIN 162/DF que pretendia sepultar a prisão temporária (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 994).

3.5 PRISÃO EM FLAGRANTE

Por sua vez, a prisão em flagrante é modalidade de prisão cautelar que se diferencia da prisão preventiva e da prisão temporária por não depender de ordem judicial, podendo ser praticada por qualquer pessoa do povo e devendo ser feita pela polícia, conforme é a previsão do artigo 301 do Código de Processo Penal.

Assim, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 951) conceituam essa modalidade de prisão cautelar:

[...] Flagrante 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 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 [...].

Assim, vale ressaltar que a prisão em flagrante se diferencia também das outras modalidades de prisões cautelares pelo fato de ocorrer numa relação de imediatidade do fato, ou seja, próximo ao fato criminoso que produziu a possibilidade

de realização do flagrante, conforme decorre do artigo 302 do Código de Processo Penal:

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.

A doutrina diz que os incisos I e II do artigo 302 do CPP representam o chamado flagrante próprio, também chamado de flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro.

Já o inciso III do artigo 302 do CPP é denominado de flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante, enquanto o inciso IV deste mesmo diploma legal configura o chamado flagrante ficto, presumido ou assimilado (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 953).

Vale a pena observar os procedimentos legais da prisão em flagrante, conforme o disposto no Código de Processo Penal:

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá está o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. [\(Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005\)](#)

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. [\(Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005\)](#)

§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. [\(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)

Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.

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 à pessoa por ele indicada. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

§ 1º Em até 24 (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. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

§ 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 os das testemunhas. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.

Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

Além desse procedimento, o ordenamento jurídico brasileiro trouxe à tona, através do Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia, momento para o qual a prisão em flagrante será destinada, notadamente para a efetivação das providências previstas no artigo 310 do CPP.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

No cenário nacional pós-constituição de 1988, há necessidade dos instrumentos da persecução penal, sobretudo colocando o indivíduo não como um instrumento da aplicação da penal, mas destinatário dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, paralelamente se percebe a fragilidade do sistema penitenciário com superlotação e reiteradas rebeliões em diversos complexos penitenciários do país, além da situação precária dos inúmeros estabelecimentos penais, fato que tem levado questões ao Poder Judiciário.

Dessa maneira, a audiência de custódia tem sido vista como ferramenta que se ajusta aos anseios constitucionais, conforme se verificará nos tópicos seguintes, diminuindo a tensão sobre os estabelecimentos penais, sobretudo permitindo ao preso uma nova oportunidade de evitar os rigores do cárcere.

Jade Tozato Ferreira (2016, p. 30 e 31), traz a origem da audiência de custódia, citando a Magna Carta de 1215, que limitou os poderes dos monarcas da Inglaterra, informando que:

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

A autora também se vale do Pacto de São José da Costa Rica em seu item 5, artigo 7º, o qual estabelece que:

“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (FERREIRA, 2016, p. 31).

Também não deixa de mencionar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe em seu item 3, no artigo 9º, que, por sua vez ordena que:

“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de se 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” (FERREIRA, 2016, p. 31).

Jade Tozato Ferreira (2016, p. 32) ainda sustenta o posicionamento consagrado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos que em seu artigo 5.3 expõe: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais”

Nesse sentido, Caio Paiva (apud FERREIRA, 2016, p. 32) conclui o objetivo da audiência de Custódia:

“[...] ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos [...] Outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoa das pessoas privadas de liberdade”.

Daí, é possível constatar nas palavras de Jade Ferreira (2016, p.32), que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, deu início, na data de 06 de fevereiro de 2015, o projeto Audiência de Custódia, objetivando garantir ao preso em flagrante, a condução imediata à presença de um juiz, observando-se os seus direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal e os Tratados Internacionais assumidos pelo Brasil.

Somado a isso, a autora verifica que a finalidade da parceria entre os órgãos é de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, incentivando a difusão do projeto Audiência de Custódia no Brasil por meio do uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica, combatendo a cultura do encarceramento, visto o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente no Brasil (FERREIRA, 2016, p. 32).

Na visão de Jade Tozato Ferreira (2016, p. 32), a audiência de custódia também tem o foco de prevenir possíveis torturas e maus tratos cometidos em orbe policial. Nesse mesmo sentido, Paiva (apud FERREIRA, 2016, p. 35) conclui que: “Outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade [...]”

Portanto, durante a realização da audiência, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o dever do magistrado é analisar a legalidade da prisão, sua

real necessidade e a adequação da continuação desta ou de casual concessão de liberdade, considerando outras medidas cautelares diversas da prisão. O juiz avaliará possíveis ocorrências de maus tratos, torturas e qualquer irregularidade que possa ter ocorrido em esfera policial. (FERREIRA, 2016, p. 33).

Vale a pena então mergulhar ainda mais em tão interessante instituto da audiência de custódia e sua pretensão de realização de Direitos Fundamentais.

4.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PREVISÃO LEGAL E VISÃO DO STF

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 975), a audiência de custódia é o instituto jurídico consistente em uma providência que decorre da imediata apresentação do preso ao magistrado responsável. Em momento em que o juiz competente encontra-se com o preso, possibilita um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico a pessoa detida em flagrante. Assim, tal providência deve ocorrer imediatamente após o cerceamento da liberdade do indivíduo.

Trata-se segundo os autores de uma espécie de interrogatório garantia que torna possível ao detido informar ao magistrado suas razões sobre o fato a ele imputado. E assim, ao final, é meio que o Poder Judiciário possui para controlar a licitude das prisões (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 976).

Para Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 921), a audiência de custódia é objeto do Projeto de Lei do Senado Federal de número 554/2011, cujo objetivo é alterar a redação do § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, o qual passaria a dispor que:

[...] no prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o autor de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública [...].

Daí, após apresentação de relatório pelo Senador João Capiberibe, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH)

emitiu parecer favorável ao PLS, aprovando, contudo, um substitutivo com a seguinte redação:

[...] Art. 306 (...) § 1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas à medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º. Na audiência de custódia de que trata o § 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentalmente, nos termos do art. 310. § 3º. A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º. A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º. A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de se advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código [...] (LIMA, 2017, p. 922).

Segundo Renato Brasileiro, embora o projeto citado acima não tenha sido aprovado ainda pelo Poder Legislativo, tanto o Conselho Nacional de Justiça, quanto diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais já adotam resoluções e provimentos com a finalidade de realização da audiência de custódia, dado que se constitui em garantia convencional extraída da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme o Decreto 678/1992, a qual é dotada de status normativo supralegal (LIMA, 2017, 922).

Daí, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 922), demonstra o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como dá exemplo prático de adoção da audiência de custódia:

[...] art. 7º, § 5º dispõe que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. É o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo. O Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça, de 27 de janeiro de 2015, determina a apresentação da pessoa detida em flagrante delito até 24 (vinte quatro) horas após a sua prisão para participar de audiência de custódia (art. 1º) [...]”.

Por sua vez, Aury Lopes Jr. (2017, p. 619) analisando os avanços trazidos pela audiência de custódia diz que na sistemática do CPP, uma vez formalizado o autor de prisão em flagrante, era então encaminhado ao juiz, o qual decidia, de

acordo com o artigo 310 desse Código de Processo Penal, podendo homologar ou relaxar a prisão em flagrante e na continuidade decidia sobre o pedido de prisão preventiva ou de outra medida cautelar.

Porém, com a audiência de custódia, o preso, após a formalização do auto de prisão em flagrante pelo Delegado, já é ouvido por um juiz, o qual decidirá se o flagrante será homologado ou não e em seguida, decidirá se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas, conforme o artigo 319 do CPP (LOPES JR, 2017, p. 620).

Na visão de Aury Lopes Jr (2017, p. 620), a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, mas também terá aplicabilidade em qualquer prisão, detenção ou retenção, sendo exigível na prisão temporária e na própria prisão preventiva.

Dessa maneira, o autor assegura que, a audiência de custódia traz humanização ao ato de prisão, permitindo-se um melhor controle da legalidade do flagrante, bem como cria condições melhores para o magistrado verificar a situação e a necessidade ou não da custódia cautelar (LOPES JR, 2017, p. 620).

Além disso, o autor aponta a vantagem da audiência de custódia, evitando que o preso seja ouvido muito tempo depois de sua prisão:

[...] também evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que o interrogatório judicial é o último ato do procedimento). A audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença do juiz para ser ouvido, momento em que o juiz decidirá sobre as medidas previstas no art. 310. Trata-se de uma prática factível e perfeitamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisá-los, fará uma rápida e simples audiência com o detido. A iniciativa é muito importante e alinha-se com a necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal brasileiro, adequando-se ao disposto no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que determina: 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” [...] (LOPES JR, 2017, p. 620).

É bom que se diga que, apesar desse avanço possibilitado pela audiência de custódia, notadamente em direção ao Direito Processual Penal que se coaduna com os Direitos Fundamentais, todavia, os autores alertam que no Código de Processo Penal não trouxe previsão expressa de uma audiência de custódia para a pessoa presa em flagrante (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 976).

Mesmo sem essa previsão, os autores vislumbram se possível extrair a audiência de custódia do ordenamento jurídico pátrio:

[...], todavia, a audiência de custódia faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, com base no item 5, do artigo 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, que reza, em sua primeira parte, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Tem ela o condão de garantir a audiência do preso com o magistrado competente dentro de um prazo de vinte quatro horas. Encontra supedâneo em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil [...] (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 976).

Dessa maneira, a audiência de custódia é reconhecida como instrumento de controle do excesso do uso da prisão, já que a doutrina vislumbra o aumento progressivo do número de pessoas detidas. A esse respeito, os autores argumentam que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fez relatório informando que, levando em conta que o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, cerca de 726.712 presos, uma estratégia para reduzir esse elevadíssimo número de presos, efetivamente seria a realização de audiências de custódia, o que pode permitir reduzir a taxa de determinação da prisão preventiva em casos de flagrância (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 976).

Nota-se também o aumento da população carcerária de mulheres, já que a mesma Comissão Interamericana de Direitos Humanos observou a incorporação da perspectiva de gênero na implementação da prisão domiciliar com a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja data é de fevereiro de 2018, tendo como resultado a concessão de prisão domiciliar para mulheres e adolescentes em prisão preventiva que estejam grávidas, com filhos e filha de até 12 anos de idade, ou seja responsáveis por pessoas com deficiência, conforme destacam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 976).

Além, disso, o autor aponta que a própria Defensoria Pública da União tem demonstrado a necessidade de audiência de custódia, estabelecendo diretrizes para sua atuação nesse sentido. Nesse mesmo sentido, vale ressaltar que audiência de custódia, na visão de Nestor Távora Rosmar Alencar (2019, p. 796) é cabível tanto para o preso em flagrante, quanto para aquele que foi preso a título de prisão preventiva e prisão temporária, conforme se extrai do Pacto de São José da Costa Rica que não trouxe restrição apenas para o preso em flagrante.

Não obstante, vale trazer trecho do julgamento proferido pelo STF na ADI 5240/SP que admite a constitucionalidade da audiência de custódia:

[...] EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentando impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In caso, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>).

Verifica-se ainda do julgamento da ADI 5240 que o STF suplantou a polêmica que pairava sobre a audiência de custódia e ainda reconheceu expressamente o interrogatório de garantia, notadamente em favor do preso em

flagrante, além de indicar que deve a medida ser adota em todo país, conforme notam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 976).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 976) sustentam que a audiência de custódia ou o interrogatório de garantia podem ser vistos de forma ainda mais ampla que a visão da doutrina e do STF, pois para esses autores, pode o instituto se apresentar como uma autodefesa do suposto autor do fato, mesmo se a ele tiver sido imposta uma medida cautelar diversa da prisão em flagrante no prazo de 24 horas a contar da detenção:

[...] dessa maneira, o juiz pode melhor decidir a providência cautelar cabível e sua proporcionalidade (art. 282, CPP), notadamente em relação às medidas diversas que implicam cerca restrição da liberdade, a exemplo da proibição de se ausentar da comarca ou do recolhimento domiciliar noturno (art. 319, IV e V, CPP) [...] (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 977).

Portanto, a ideia da doutrina é não somente no sentido da plena constitucionalidade da audiência de custódia, sem fim de realização de direitos fundamentais, bem como sua utilidade na redução da superlotação carcerária, ao passo que dá tratamento ainda mais amplo ao instituto, envolvendo demais medidas cautelares.

4.2 REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Vale trazer à tona um histórico da audiência de custódia no CNJ:

[...] lançado em 6 de fevereiro de 2015, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia, em São Paulo. No discurso, Lewandowski anunciou a intenção de levar o projeto a outras capitais. O DMF já discutiu a proposta em AM, MT, TO, PI, CE, DF, PB, PE, MG, ES, PR, SC, RJ e MA.

No dia 9 de abril, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que têm por objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o País, o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica. As medidas buscam combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil.

O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a “conjugação de esforços” para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas.

O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem

ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas.

O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência [...] (Site do CNJ, 2019).

Dessa maneira, no âmbito do CNJ, a doutrina diz que a visão da audiência de custódia se dá de forma restritiva, pois com o CNJ celebrou os chamados termos de cooperação técnica, sendo o de número 16 firmado com o Conselho de Justiça Federal e o de número 7 com o Ministério da Justiça e com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, conforme informam Nestor Távora e Rosmar Alencar (2019, p. 977).

Para tais autores, tais acordos restringem o instituto à apenas a prisão em flagrante, embora tenha ficado assegurado que tais instrumentos caminham no sentido de conjugar esforços para a implantação do “Projeto audiência de custódia”, sobretudo como forma de fomentar e viabilizar a operacionalização da apresentação de pessoa detida em flagrante perante à autoridade judicial, e isso no prazo máximo de 24 horas do momento da prisão ou detenção, conforme demonstram os autores (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 977).

Assim, os autores tercem duras críticas à visão restritivista do CNJ:

[...] as limitações impostas ao instituto consistem no seu cabimento só em relação à prisão em flagrante e na permissão de que a apresentação não se dê imediatamente ou sem demora. A expressão “sem demora” é de natureza um tanto vaga. A demora passaria a existir depois de quanto tempo? Uma hora, duas horas, um dia ou uma semana? Em certa medida, entendemos que o autorizativo (não legislativo) se afasta do comando do Pacto de São José da Costa Rica no ponto que estabelece que o preso deve ser apresentado “sem demora”, vale dizer, imediatamente. Aquele Pacto, tendo status legal (convencional), tido por “supralegal” pelo Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer para que o preso seja, urgentemente, conduzido à presença do magistrado [...] (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 977).

Por sua vez, Aury Lopes Jr. (2017, p. 621) que no que tange ao tempo de apresentação do preso ao juiz, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a violação dessa garantia de apresentação “sem demora” no caso em que o preso foi apresentado quatro dias após a prisão, conforme o Caso Chaparro Alvarez contra Equador ou apresentação em cinco dias após, de acordo com o Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México. Porém, no Brasil, a tendência, inclusive prevista no PLS 554/2011 é seguir o tradicional prazo de 24 horas já constante no ordenamento legal da prisão em flagrante.

O autor menciona a Resolução 213 de 15/12/2015, do Conselho Nacional de Justiça, a qual assegura que toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada em até 24 horas da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão (LOPES JR, 2017, p. 621).

Vale ressaltar importantes pontos do procedimento da audiência de custódia analisados por Aury Lopes Jr (2017, p. 621 e 622):

[...] determina ainda o art. 6º da Resolução 213 do CNJ que antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionários credenciados os motivos, fundamentos e ritos que versam sobre a audiência de custódia. Deverá ainda ser reservado local apropriado para esse atendimento prévio com o advogado ou defensor público. Uma vez apresentado o preso ao juiz, ele será informado do direito de silêncio e assegurada será a entrevista prévia com defensor (particular ou público). Nessa “entrevista” (não é um interrogatório, portanto), não será feita ou admitida perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento. Nesse sentido, determina o art. 8º, VIII, da Resolução 123 do CNJ que o juiz (mas também acusação e defesa) deve se abster de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante. Não se trata de interrogatório e não é uma audiência de instrução e julgamento, mas uma “entrevista” que se destina exclusivamente a discutir a “custódia”, ou seja, a forma e condições em que foi realizada a prisão e, ao final, averiguar a medida cautelar diversa mais adequada ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva [...].

Dessa maneira, os autores apontam os principais pontos dos termos de cooperação (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 977):

I Conferir aplicabilidade às normas de direito internacional já integradas ao ordenamento jurídico internacional, tais como as consignadas no Pacto

Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3ª) e no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, item 5º);

- II Efetivar as garantias sufragadas no art. 310, do Código de Processo Penal, referentemente à pessoa presa em flagrante;
- III Aprimorar os mecanismos de persecução penal estatal e de prevenção de delitos de tortura (Lei nº 9.455/1997);
- IV Reestruturar o sistema de justiça criminal, incentivando a utilização e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão;
- V Impulsionar o enfoque restaurativo, coletando dados do impacto das medidas cautelares diversas da prisão, alternativa à prisão provisória.

No que tange a realização de direitos fundamentais, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 977) sustentam que a audiência de custódia retrata o princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual penal, visto que traduz um tratamento mais humanizado da persecução penal, caminha no sentido da democratização e da prevenção à tortura, promovendo o debate sobre a necessidade da prisão. Nesse sentido, os autores destacam que há no Congresso Nacional o Projeto de Lei número 554/2011, cujo objetivo é a regulamentação da audiência de custódia.

Outro ponto fundamental na audiência de custódia é o juízo inicial que se faz sobre a validade da prisão:

[...] deve ser destacado que, na audiência de custódia, o juízo preliminar exercido é o de validade da prisão, sob os critérios de exigibilidade, de adequação e de justa medida. A teor do art. 310, CPP, o juiz deve verificar se é o caso de relaxá-la por ilegalidade, converter o flagrante em prisão preventiva ou impor liberdade provisória, com a possibilidade de sua substituição por medidas alternativas. Não deve haver qualquer definição sobre o mérito da causa, sob pretexto de celeridade ou para efeito de coisa julgada contra o imputado. A abreviação do rito não deve implicar supressão dos prazos, que são essenciais ao exercício do direito de defesa [...] (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 978).

Dessa maneira, a audiência de custódia é um espaço para efetivação do que prescreve o texto do artigo 310 do CPP, quando da chegada dos autos da prisão em flagrante ao conhecimento do magistrado, este tem diversas opções, dentre as quais, relaxar a prisão caso seja evidenciada sua ilegalidade. Assim, com a audiência de custódia, o juiz não apenas verifica o que se encontra narrado no auto de prisão em flagrante, bem como poderá constatar a situação física do preso e poder ouvir dele suas condições e sua versão da prisão.

Os autores exemplificam essa oportunidade de relaxamento da prisão na audiência de custódia de acordo com precedente do Supremo Tribunal Federal (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 978):

[...] em caso concreto examinado pela Primeira Turma do STF, verificou-se que o relaxamento da prisão em flagrante, na audiência de custódia, teve, por supedâneo, a atipicidade da conduta, cuja decisão não foi objeto de recurso do Ministério Público. Aí advém a indagação; há coisa julgada material favor rei dessa decisão, apesar de tomada em audiência de custódia. O habeas corpus impetrado recebeu menor eficácia pela Primeira Turma do STF (por maioria), na linha de jurisprudência defensiva, malgrado encartado no rol dos direitos e garantias individuais fundamentais (art. 5º, CF). Ficou, na oportunidade, consignada a denegação do writ, no bojo do qual se discutia formação de coisa julgada relativamente à declaração de atipicidade da conduta pelo magistrado plantonista, sem que o Ministério Público tivesse interposto recurso, embora tivesse oferecido denúncia pelo mesmo fato. O habeas corpus objetivava extinguir a ação penal, sem resolução do mérito (trancamento). Foi, de tal modo, denegada a ordem, considerando que a decisão vazada naqueles termos na audiência de custódia, não constitui deliberação de mérito para efeito de coisa julgada e que a atipicidade da conduta apontada pelo juiz plantonista, naquela oportunidade, foi utilizada como fundamento para o relaxamento da prisão [...].

O interessante desse julgado do STF no HC 157.306/SP da relatoria do Ministro Luiz Fux, cujo julgamento se deu em 25 de setembro de 2018, conforme o informativo 917 como o tema: “Audiência de Custódia e trancamento da ação penal” é que a decisão tomada na audiência de custódia não vincula a futura ação penal.

4.3 PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme leciona Jade Tozato Ferreira (2016, p. 34), a Resolução nº 213, de 14 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que entrou em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016, independentemente da natureza ou motivação do ato, toda pessoa presa em flagrante deve ser apresentada de forma obrigatória em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade competente, e ouvida ainda sobre todas as circunstâncias que foi realizada a prisão ou apreensão.

Vale ressaltar que a doutrina, a exemplo de Aury Lopes Júnior e Nestor Távora defende que a audiência de custódia deveria ser aplicada em todas as modalidades de prisões.

Porém, a audiência de custódia, conforme tem prevalecido nos tribunais, visa tutela a prisão em flagrante, conforme o seguinte procedimento previsto por Jade Tozato Ferreira (2016, p. 35):

O auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado à autoridade judicial, de acordo com o previsto em cada Estado de Federação, sendo considerada a autoridade judicial aquela disposta nas leis de organização judiciária local, ou, definida por ato normativo do Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça local que instituir as audiências.

Segundo o CNJ, o deslocamento do preso em flagrante delito ao local designado à audiência será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos da localidade.

A audiência de custódia deverá ser realizada na presença do Ministério Público e de advogado, e caso o indivíduo não possua no momento da lavratura da prisão em flagrante, do Defensor Público.

Antes que a pessoa seja apresentada ao magistrado, é garantido ao preso atendimento prévio e reservado com seu advogado ou defensor público, sem agentes policiais.

É importante ressaltar que durante a audiência de custódia é vedada a presença de agentes policiais responsáveis pelo ato da prisão ou da investigação.

Durante a audiência de custódia, o juiz irá entrevistar a pessoa que fora presa em flagrante esclarecendo o conceito da audiência de custódia, incluindo as questões a serem analisadas pelo ele. Além de assegurar que o indivíduo não esteja algemado, salvo em casos de receio de fuga, resistência ou até mesmo perigo à integridade física do preso ou dos demais ali presentes, devendo constar por escrito a justificativa.

O magistrado deverá, ainda, dar ciência sobre o direito do preso de permanecer em silêncio, indagando sobre as circunstâncias que envolveram a prisão ou apreensão, perguntar acerca do tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da audiência, questionando sobre possíveis torturas e maus tratos, sendo necessário que tome as providências cabíveis caso tenha ocorrido. Deverá ainda ser verificado se o indivíduo realizou o exame de corpo e delito, determinando a sua realização caso não tenha feito.

Na sequência, após a oitiva do preso em flagrante, o magistrado deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, suas manifestações, podendo realizar perguntas relacionadas ao fato. Dando prosseguimento, o juiz proferirá decisão com as seguintes opções: a) o relaxamento da prisão; b) a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão; c) a decretação da prisão preventiva; d) a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (FERREIRA, 2016, p. 36).

Há uma ata da audiência de custódia, a qual irá conter apenas a deliberação fundamentada do juiz quanto à legalidade da prisão e manutenção desta, o cabimento de liberdade provisória, com ou se medidas cautelares diversas da prisão, bem como providências cabíveis no que diz respeito à constatação de maus tratos e tortura, conforme salienta Jade Ferreira (2016, p. 36).

Jade Ferreira (2016, p. 36) verifica que essa necessidade da audiência de custódia e sua imprescindível aplicação na direção de observância e efetivação o

ideal construído pela Carta da República é constatada pela situação carcerária verificada no Brasil.

Assim, a autora traz à tona, o artigo “Audiência de Custódia e o Sistema da Dupla Cautelaridade como Direito Humano Fundamental” publicado por Ruchester Marreiros Barbosa:

“O Brasil é o terceiro país no mundo em taxa de encarceramento, mas, da leitura mais detida da estatística, do perfil do preso e da natureza de sua prisão, não se trata de um lugar no pódio a se comemorar, mas sim a triste explicação em números de um Brasil com um sistema penal celetista, punitivista e autoritarista, que, expresso em números, totaliza 711.463 pessoas presas, segundo dados divulgados neste ano de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça”. (BARBOSA apud FERREIRA, 2016, p. 37).

A autora prossegue, notando que a problemática enfrentada no Brasil nos últimos tempos, na falta de humanidade na privação da liberdade, visto que grande quantidade dos presos no país corresponde aos provisórios, conforme complementa Ruchester (apud FERREIRA, 2017, p. 37):

“A realidade demonstra que o Brasil tem prendido muito como consequência de uma política criminal seletiva de perspectiva interacionista, tendo como cliente uma massa populacional pobre e, pior ainda, 41% deste número se refere a pessoas presas provisoriamente, ou seja, sem uma decisão penal condenatória transitada em julgado [...]”.

Jade Ferreira (2016, p. 37), ainda destaca o pensamento de Hulsman:

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

Privar alguém da sua liberdade não é uma coisa à toa. O simples fato de estar enclausurado, de não poder mais ir e vir ao ar livre ou onde bem lhe aprouver, de não poder mais encontrar quem deseja ver – isto já não é um mal bastante significativo? O encarceramento é isso”.

É inegável então, conforme salienta a autora que há um drama carcerário no Brasil consistente no fato de que a cada dia se prende mais, ocasionando uma superlotação nas unidades prisionais e desfazendo qualquer pensamento otimista a respeito do cárcere. Dessa maneira, a autora observa que não se tem alcançado o objetivo da prisão pena que seria a ressocialização do infrator penal por meio de políticas públicas de reeducação dos detentos. Daí, realiza-se o contrário, pois o que se tem nas prisões brasileiras não é só uma limitação do direito de liberdade, mas

uma massiva violação à real finalidade do sistema penal e aos direitos fundamentais, uma vez que se viola a integridade, física e moral do detento, causando sérios danos à sua dignidade e condição humana (FERREIRA, 2016, p. 37).

Jade lança mão da jurisprudência dos Tribunais Superiores que já detectaram esse problema carcerário:

Em sede de prisão cautelar, muitas das vezes, o sistema prisional não é a última opção para que o indivíduo indiciado e/ou acusado possa aguardar o curso da instrução penal. Não raras vezes, a prisão em flagrante é roboticamente convertida em prisão preventiva, sem sequer se apreciar as peculiaridades do caso concreto, atendo-se somente ao fato jurídico supostamente praticado. Tal realidade se evidenciou, em meados de 2015, quando o STF decidiu pela nulidade de uma decisão judicial por ser um "cópia e cola" de decisão padrão para converter a prisão em flagrante em preventiva, pois só se alterou o número dos autos e o nome do acusado, restando claramente insuficiente a análise dos fatos que no caso, se quer tinha relação com a suposta infração penal cometida pelo recorrente (FERREIRA, 2016, p. 37).

Diante desse problema carcerário, a autora vislumbra a audiência de custódia como uma ferramenta de enfrentamento dessa crise, surgindo como instrumento para diminuir o encarceramento no sistema prisional brasileiro, verificando eventual ocorrência de maus tratos e torturas na esfera policial, a fim de dar eficácia às normas de direitos humanos, que são as garantias básicas à existência do ser humano, tais como vida, dignidade, liberdade e igualdade (FERREIRA, 2016, p. 37).

Como “nem tudo são flores”, a autora observa a falta de regulamentação em lei da audiência de custódia, dizendo não há, no atual ordenamento jurídico pátrio, previsão normativa que regulamente o exposto, mas tão somente Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ocasionando divergência quanto à necessidade e aplicabilidade (FERREIRA, 2016, p. 37):

[...] com a incorporação das normas internacionais no ordenamento jurídico nacional, é preciso que haja compatibilidade entre elas, o que torna necessário a criação de lei federal que regulamente o procedimento da audiência de custódia para uma consequente segurança jurídica na defesa dos direitos humanos.

Frente à carência de dispositivo legal que regulamente e unifique a realização da audiência de custódia, é de grande relevância que haja previsão normativa dessa medida, com destaque ao Novo Código de Processo Penal, que hoje está em tramitação na Câmara dos Deputados, para que sane qualquer dúvida acerca de sua realização e aplicação, que por consequência trará maior segurança ao ordenamento jurídico [...].

Logo, apesar da falta de regulamentação em lei, o que pode se dá com o novo Código de Processo Penal, é fato que a audiência de custódia vem sendo praticada.

Portanto, embora ainda carente de regulamentação, a audiência de custódia se constitui em ferramenta que ameniza a crise carcerária vivida no Brasil, realizando instrumentos de tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, sobretudo prevenindo violência e tortura ao detento e evitando prisões ilegais, o que leva a conclusão que se trata de fundamental mecanismo de realização de Direitos Fundamentais.

5 ANÁLISE DOS DADOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM SÃO MATEUS-ES

No sitio do Conselho Nacional de Justiça, há uma retrospectiva desde a implementação da ferramenta da audiência de custódia, conforme vale a pena conferir:

[...] lançado em 6 de fevereiro de 2015, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia, em São Paulo. No discurso, Lewandowski anunciou a intenção de levar o projeto a outras capitais. O DMF já discutiu a proposta em AM, MT, TO, PI, CE, DF, PB, PE, MG, ES, PR, SC, RJ e MA.

No dia 9 de abril, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que têm por objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o País, o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica. As medidas buscam combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil.

O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a “conjugação de esforços” para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas.

O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas.

O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência [...]

A partir então dessa localização histórica vale a pena perceber os resultados da iniciativa, a qual, nos dias atuais vem obtendo os seguintes resultados, desde 2015:

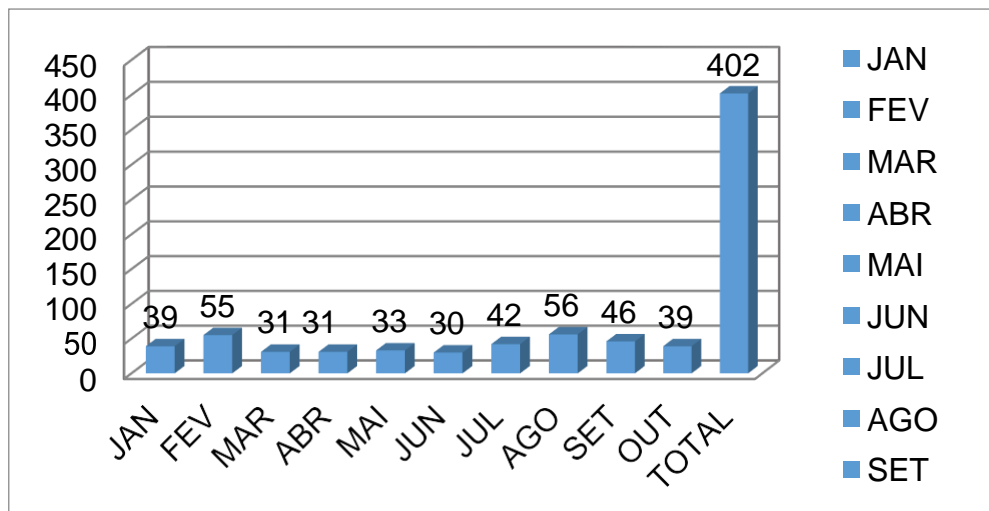
- a) Foram até o momento 570.051 audiências de custódias realizadas em todo Brasil;

- b) Foram 362 prisões domiciliares decretas;
- c) Foram 227.981 liberdades provisórias concedidas;
- d) Foram 341.714 prisões preventivas decretas;
- e) Foram 23.731 serviços sociais;
- f) Foram 31.670 relatos de tortura ou maus tratos.

Trata-se assim, de números valiosos para se detectar a situação da prisão em flagrante, cuja maioria são convertidas em medidas, que de alguma forma, implicam na restrição à liberdade do indivíduo.

Já no que tange a Comarca de São Mateus, foram obtidos diversos dados junto a Polícia Militar, demonstrando, conforme o gráfico abaixo, o total de 402 audiências de custódia realizadas no ano de 2019, ou seja, é mais de uma audiência por dia, tendo os meses de fevereiro e agosto representado a maior quantidade dessas audiências.

Gráfico 1 - Presos submetidos a audiência de Custódia - 2019

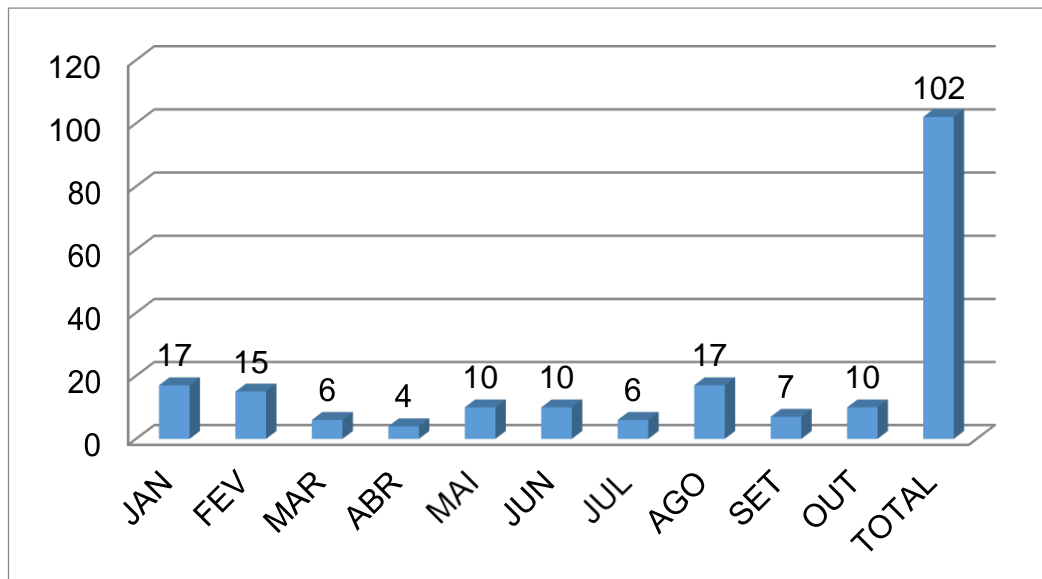


Fonte: Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (apud, CRUZ, 2019).

Nota-se, conforme Rubens Cruz (2019) que há ao menos uma audiência de custódia diariamente, havendo então uma noção de correção da atuação dos policiais capixabas, além de demonstrar que há uma grande quantidade de prisões em flagrante sendo realizadas pelas polícias.

Vale a pena também saber quantos indivíduos são beneficiados pelas medidas cautelares diversas do cárcere, conforme o gráfico abaixo:

Gráfico 2 - Liberdade Provisória mediante pagamento de fiança - 2019



Fonte: Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (apud, CRUZ, 2019).

Cruz (2019) observa que, comparando os dois gráficos acima, cerca de 25% dos presos são beneficiados com liberdade provisória mediante pagamento de fiança. O autor constata que, isso não quer dizer que a prisão seja ilegal, é justamente o contrário, a fiança tem por norte os pressupostos da gravidade da infração e da possibilidade de condições econômica do preso (TÁVORA E ALENCAR, 2019), mas é preciso que a prisão seja legal, porém se desnecessária, deve o juiz, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, adotar a medida cautelar diversas da manutenção da prisão.

Assim, o juiz tem a sua disposição, diversas medidas cautelares no artigo 319 do Código de Processo Penal:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...].

Importante destacar que, o fato do juiz arbitrar a fiança desses 25% de pessoas detidas no âmbito do 13º Batalhão (São Mateus, Conceição da Barra, Jaguaré e Pedro Canário), extremo norte do Estado, isso não significa que haja erro no trabalho da Polícia Militar, bem como não quer dizer que a pessoa afiançada não tenha que responder a inquérito policial ou fique isenta do processo. A pessoa afiançada se submete ao compromisso de cumprir rigorosamente as ordens dadas pelo Delegado que vai conduzir o inquérito policial e também deve obediência às determinações judiciais (CRUZ, 2019).

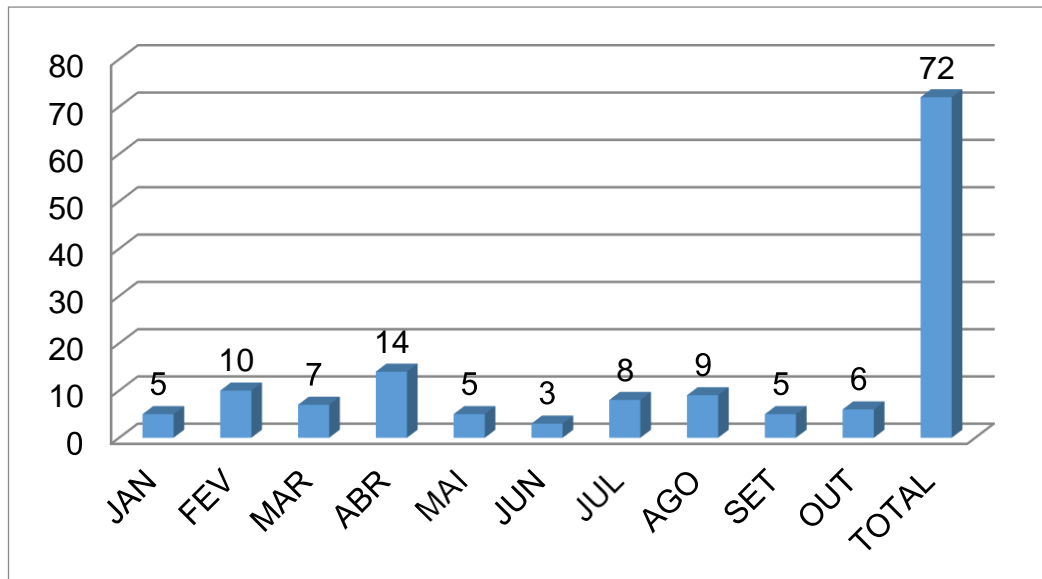
Essas obrigações podem ser exemplificadas pelo Código de Processo Penal, cujo descumprimento pode implicar no quebramento da fiança, retorno ao cárcere e adoção de demais medidas cautelares:

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Não obstante, Rubens Cruz (2019) observa que há considerável número de pessoas que recebem a liberdade provisória sem a cominação da fiança:

Gráfico 3 - Liberdade Provisória sem pagamento de fiança - 2019



Fonte: Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (apud, CRUZ, 2019).

Dessa maneira, são cerca de 17,9% de presos que alcançam a liberdade provisória sem fiança, provavelmente pelo fato de não terem condições ao pagamento dos valores da fiança. Porém, mesmo recebendo tal benefícios, essas pessoas devem cumprir obrigações, conforme determina o código de processo penal brasileiro (CRUZ, 2019):

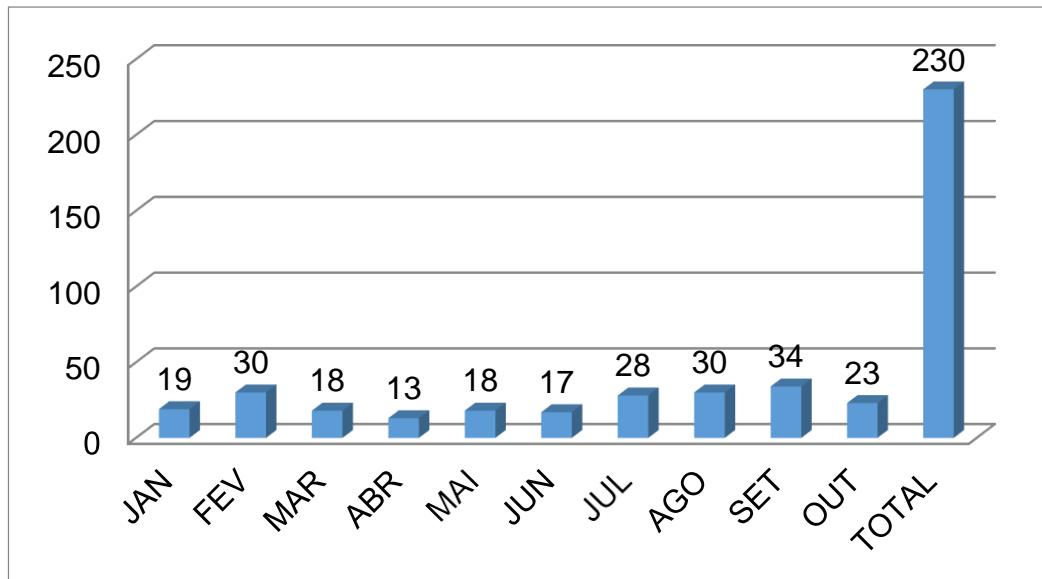
[...] Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos [arts. 327 e 328 deste Código](#) e a outras medidas cautelares, se for o caso. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no [§ 4º do art. 282 deste Código](#). [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#) [...].

O autor observa que, mesmo o preso que se beneficia da liberdade provisória sem o pagamento de fiança descumprir as obrigações processuais, poderá retornar para o cárcere (CRUZ, 2019).

Por outro lado, os dados obtidos demonstram a efetividade do trabalho dos policiais, exemplificado pelo serviço realizado pelos policiais do 13º Batalhão, valendo notar o altíssimo número de prisões em flagrante que são convertidas em prisão preventiva (CRUZ, 2019):

Gráfico 1 - Prisão Preventiva - 2019



Fonte: Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (apud, CRUZ, 2019).

Portanto, o autor chega a conclusão que cerca de 57,2% das prisões efetuadas pela Polícia, não só são legais, pois não foram relaxadas pelo juiz, mas possuem cautelaridade demonstrada pelos elementos de autoria e de materialidade, somado ao requisito da necessidade, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CRUZ, 2019):

[...] Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada 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 e indício suficiente de autoria. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#) [...].

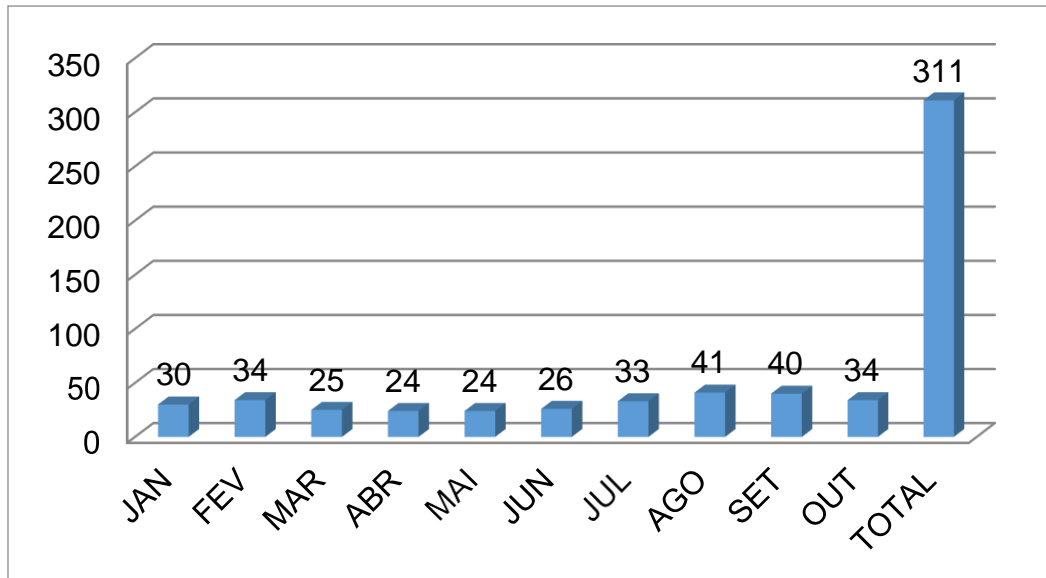
Dessa maneira, o autor soma as porcentagens de prisões preventivas, liberdade provisória com e sem fiança, chega-se ao número de 99,2% de prisões legais. Número expressivo que demonstra um comportamento coerente com os anseios legais, a Constituição da República e a dignidade da pessoa humana (CRUZ, 2019).

Não obstante, esses números, apenas de 2019, permitem a constatação da importância da audiência de custódia, a qual é ferramenta que permite ao Poder

Judiciário, Ministério Público e Defensoria, fiscalizar a observância das leis, sobretudo dos Direitos Fundamentais.

O dado negativo observado pelo autor é o número de reincidentes no sistema policial, conforme demonstra o seguinte gráfico (CRUZ, 2019):

Gráfico 5 - Reincidentes 2019



Fonte: Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (apud, CRUZ, 2019).

Se por um lado, a quantidade de prisões que são ratificadas pelo Poder Judiciário, Defesa e Ministério Público demonstra a eficiência da Polícia, por outro lado, há número assustado de reincidentes, o que pode demonstrar a ineficácia do sistema de ressocialização no Brasil. Portanto, são cerca de 77,3% de reincidentes, isto é, pessoas que já foram presas e que voltam a figurar no sistema policial através da prisão em flagrante, conforme afirma Rubens Cruz (2019).

6 CONCLUSÃO

Durante o presente trabalho foi possível constatar que um dos Direitos Fundamentais mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade.

O Direito de Liberdade também é previsto em diversos instrumentos internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica.

O Direito de Liberdade tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana.

Todavia, também foi possível constatar que os Direitos Fundamentais não são absolutos e podem ser restringido, a exemplo da liberdade que é mitigada ou relativizada na hipótese de prisão.

A prisão então constitui-se em limitação do Direito de Liberdade, podendo ser uma prisão como forma de sanção penal, a qual somente poderá ser aplicada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, após todo transcurso do processo penal, sendo garantido ao réu ampla defesa e contraditório com toda possibilidade de recurso, já que em favor do indivíduo ainda pesa a presunção de inocência.

Porém, além dessa prisão como sanção penal, há um leque de prisões cautelares: prisão preventiva, prisão temporária e prisão em flagrante.

Verificou-se então que a prisão preventiva, em regra, não possui prazo, mas somente pode ser decretada por ordem judicial, seja nas investigações sejam durante a ação penal, devendo ser demonstrado um conjunto de requisitos que evidencie a necessidade, conforme previsão do artigo 312 do Código de Processo Penal. É bastante utilizada pelos juízes e tribunais, mas sua incidência foi suavizada com a inserção de diversas medidas cautelares alternativas no artigo 312 do CPP.

Por sua vez, a prisão temporária, possui prazo certo, também só pode ser decretada por ordem judicial, visa tutelar as investigações e está prevista na Lei 7960/89.

Então verificou-se a importância da prisão em flagrante, a qual se destaca por não depender de ordem judicial e poder ser praticada por qualquer do povo. A prisão em flagrante ocorre quando o fato está sendo praticado, ou acabou de ser praticado, ou ainda quando o indivíduo é perseguido e preso ou é encontrado com algum instrumento ou material que faça presumir ser ele o autor da infração penal.

Entretanto, a prisão em flagrante deve seguir um conjunto de procedimentos como o uso moderado da força, o uso correto de algemas, a condução para a Delegacia de Polícia e etc.

Assim, havendo prisão em flagrante, o indivíduo deve ser levado à presença o juiz competente, na presença do Ministério Público e da Defesa, os quais realizarão a audiência de custódia, cujo resultado poderá ser o relaxamento da prisão, caso seja uma prisão ilegal; assim como a conversão em prisão preventiva ou domiciliar, conforme a necessidade, além do que, não havendo necessidade da custódia cautelar do indivíduo poderá o juiz arbitrar fiança ou outra medida cautelar, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, a audiência de custódia, criada por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça tem sido realizada em praticamente todo Brasil, contando mais de meio milhão de realizações, obtendo informações de quase 10% dos detidos que relataram indícios de maus tratos ou tortura que sofreram no momento da prisão, fato que permite o aperfeiçoamento da prisão em flagrante em relação a maior eficiência do Estado em observar Direitos Fundamentais.

O dado importante para o Município de São Mateus e cidades circunvizinhas é a eficácia da prisão em flagrante com cerca de 99,2% das prisões sendo consideradas legais pelos dados levantados, número expressivo, o qual, infelizmente se contradiz com a triste situação da reincidência em quase 80 por cento dos detidos, os quais, de alguma forma, já figuraram no cenário policial.

Portanto, o instituto da audiência de custódia, apesar de não gozar de regulamentação em lei é extraído de tratados internacionais e dos princípios e valores da própria Constituição da República, permitindo-se a realização, um pouco mais efetiva, dos Direitos e Garantias Fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 20 Novembro 2019. Disponível em: <>. Acesso em: 20 Novembro 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 20 Novembro 2019. Disponível em: <>. Acesso em: 20 Novembro 2019.
- BRASIL. G1 globo. Julgamento da prisão de condenados em segunda instância , 20 Novembro 2019. Disponível em: <g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml />>.
- BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada**. 10^o Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAVALCANTE, M. A. L. **Vade Mecum de Jurisprudência Dizer Direito**. 5^o Edição. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CRUZ, R. D. S. **Responsabilidade civil do estado: análise das principais causas de condenações cíveis do Estado do Espírito Santo por atos omissivos e comissivos de policiais militares no atendimento de ocorrências à luz da jurisprudência do TJES nos anos de 2014 a 2018**. Academia de Polícia Militar do Estado do Espírito Santo. Cariacica. 2019.
- FERREIRA, J. T. **A audiência de custódia como instrumento garantidor do direito fundamental à liberdade**. Faculdade de Direito de Linhares. Linhares. 2016.
- LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 5^o Edição. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LOPES JÚNIOR, A. **Curso de Direito Processual Penal**. 15^oEdição. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 11^o Edição. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NUCCI, G. D. S. **Código de Processo Penal Comentado**. 13^o Edição. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 14^o Edição. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

