

TÉRCIA SANTOS COSTACURTA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA  
DO CÁRCERE PROMOVIDA PELO ESTADO-JUDICIÁRIO**

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
TEÓFILO OTONI/MG

2016

TÉRCIA SANTOS COSTACURTA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA  
DO CÁRCERE PROMOVIDA PELO ESTADO-JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Processual Penal. Orientador: Prof. Ms. Igor Alves Noberto Soares.

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
TEÓFILO OTONI/MG

2016



FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
NÚCLEO DE TCC / CURSO DE DIREITO  
*Reconhecido pela Portaria 321 de 28/12/2012 - MEC*

## FOLHA DE APROVAÇÃO

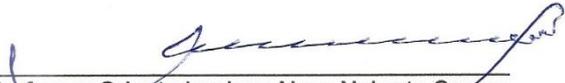
A monografia intitulada: *Audiência de Custódia e a desconstrução da cultura do cárcere promovida pelo Estado Judiciário,*

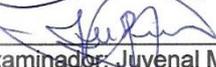
elaborada pela aluna Tércia Santos Costacurta,

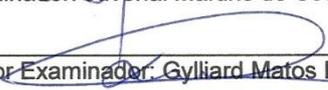
foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Teófilo Otoni, 28 de novembro de 2016

  
\_\_\_\_\_  
Professor Orientador: Igor Alves Noberto Soares

  
\_\_\_\_\_  
Professor Examinador: Juvenal Martins de Souza Júnior

  
\_\_\_\_\_  
Professor Examinador: Gylliard Matos Fantecelle

À minha Mãe e amigos verdadeiros, pelo apoio,  
conforto e motivação.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de viver em plena capacidade física e mental para realizar todas as minhas tarefas, deveres e lazeres em minha vida.

Aos meus pais, familiares, amigos e professores que, por meio de seus conhecimentos, conselhos ou mesmo apenas com incentivo e confiança, contribuíram para a minha educação e formação.

Ao meu Professor Orientador, Igor Alves Noberto Soares, por seu apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão desta monografia.

"Uma coisa essencial à justiça que se deve aos outros é fazê-la, prontamente e sem adiamentos; demora-la é injustiça." (Jean de La Bruyere)

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a audiência de custódia frente a cultura do cárcere promovida pelo judiciário, eis que aborda o procedimento, inserido no âmbito do Direito Processual Penal através do PLS nº 554 de 2011 e da Resolução nº 213 do CNJ em conjunto com a Lei 12.403 de 2011. Caracterizada pela apresentação sem demora de toda pessoa presa em flagrante a autoridade judiciária competente para verificar a ocorrência de tortura, analisar a legalidade e a necessidade da prisão e aplicar quando possível uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão. Será uma pesquisa bibliográfica, ou seja, utilizará o método teórico-dogmático, vez que o material a ser pesquisado será predominantemente leis, doutrinas, artigos de internet e jurisprudências. Tem como principal objetivo analisar a importância da audiência de custódia para diminuir a banalização das prisões cautelares no país.

**Palavras-Chave:** Direito Processual Penal; Audiência de Custódia; Medidas Cautelares.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA AUDIENCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>10</b>
1.2 A ADEQUAÇÃO DO BRASIL AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	10
1.3 PRÍCIPIOS QUE FUNDAMENTAM A AUDIENCIA DE CUSTÓDIA.....	13
1.3.1 Presunção de Inocência.....	13
1.3.2 Contraditório.....	14
1.3.3 Ampla defesa.....	15
1.4 A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA AS MEDIDAS CAUTELARES.....	16
<b>2. AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....</b>	<b>19</b>
2.1 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	19
2.1.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.....	21
2.1.2 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.....	22
2.1.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.....	22
2.1.4 Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.....	23
2.1.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos.....	24

<b>2.1.6 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.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi- imputável e houver risco de reiteração.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.8 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.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.9 Monitoração eletrônica.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1.10 Proibição de ausentar-se do país.....</b>	<b>28</b>
<b>2.2 A PRISÃO COMO MEDIDA CAUTELAR.....</b>	<b>28</b>
<b>2.2.1 A prisão em flagrante.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2.2 A prisão preventiva.....</b>	<b>33</b>
<b>2.2.3 A prisão temporária.....</b>	<b>35</b>
<b>2.2.4 A prisão domiciliar.....</b>	<b>37</b>
<b>2.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA.....</b>	<b>38</b>
<b>3. AUDIENCIA DE CUSTÓDIA, UM PROCEDIMENTO NECESSÁRIO.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 ASPECTOS POLÊMICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....</b>	<b>43</b>
<b>3.3 AUDIENCIA DE CUSTÓDIA E A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO CÁRCERE PROMOVIDA PELO ESTADO-JUDICIÁRIO.....</b>	<b>45</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tratará sobre a audiência de custódia e sua importância para desconstruir a cultura do cárcere promovida ao longo dos anos pelo judiciário, aborda o procedimento, inserido no âmbito do Direito Processual Penal através do PLS nº 554 de 2011 e da Resolução nº 213 do CNJ em conjunto com a Lei 12.403 de 2011.

Caracterizada pela apresentação sem demora de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judiciária competente, a audiência de custódia tem como objetivo verificar a ocorrência de tortura, analisar a legalidade e a necessidade da prisão e aplicar quando possível uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão.

O objetivo principal da pesquisa é analisar a importância da implantação da audiência e custódia para diminuir a banalização das prisões cautelares, considerada hoje um fator agravante do aumento da população carcerária no país. Para isso buscou-se identificar conceito, princípios, fundamentos etc.

Organizada em três partes, a pesquisa aborda em seu primeiro capítulo a adequação do Brasil às normas de direito internacional público, os princípios que norteiam o referido instituto e a importância da audiência de custódia para as medidas cautelares. No segundo capítulo aborda-se as medidas alternativas diversas da prisão e os tipos de prisões cautelares e suas consequências. Por fim, abordou-se em seu terceiro capítulo conceito e a previsão legal, aspectos polêmicos e a importância da audiência de custódia para a desconstrução da cultura do cárcere promovida pelo Estado-Judiciário.

## **1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA AUDIENCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

### **1.2 A ADEQUAÇÃO DO BRASIL AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**

É notável que existe no mundo uma falta de preocupação com relação a pessoas que por algum motivo foram presas, essa é uma cultura que vem sendo mantida ao longo dos anos e basta observar os registros que a literatura universal nos deixou sobre como eram tratadas as pessoas submetidas ao cárcere para ver que foram poucas as mudanças ocorridas desde então.

Nesse contexto, a partir das normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), firmada em Roma, em 04 de novembro de 1950. Dentre várias normas foi estabelecida a necessidade da condução de toda pessoa presa, sem demora, à presença de uma autoridade judicial ou outra habilitada por lei para tal função. O principal objetivo da CEDH era controlar a persecução penal realizada pelo Estado, principalmente aquelas que executariam atos de investigação criminal, evitando-se com isso, um dos grandes problemas verificados nessa fase inicial, que é a ocorrência de tortura e maus-tratos as pessoas presas em flagrante ou preventivamente (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 16).

A partir da CEDH outros textos internacionais foram criados nesse sentido. É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tratados internacionais cujo o Brasil é signatário. Estes Tratados também preveem a apresentação da pessoa presa sem demora à uma autoridade judicial. Sabe-se que os Tratados Internacionais tem caráter supralegal no Brasil, sendo assim é tão possível quanto obrigatória a aplicação e respeito à tal

direito.

De acordo com o artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 7º, item 5: 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.

Não demorou para que outros diplomas de caráter nacional seguissem a mesma ideologia. Na América do Sul, alguns países introduziram a necessidade desta apresentação sem demora da pessoa presa a uma autoridade judicial em sua constituição, enquanto outros o fizeram em sua legislação infraconstitucional. O Brasil, porém, vem se mostrando tímido em dar plena aplicabilidade aos termos dos Tratados dos quais ele próprio é signatário (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 18).

Depois da ratificação da CADH pelo Brasil, até o ano de 2011 não houve qualquer movimento significativo com relação ao rápido contato pessoal entre o juiz e a pessoa presa. Perdeu-se uma grande oportunidade de tratar sobre o assunto na reforma parcial ocorrida no Título IX do Livro I do CPP, que trata “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”, feita pela Lei nº 12.403 de 2011.

Diversas iniciativas foram tomadas junto ao Estado-Judiciário. Uma delas, apontada como precursora, foi a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com registro na Seção Judiciária do Ceará, onde teve como ré a União Federal. Foi postulado nessa ação o pedido para que o Diretor-Geral da Polícia Federal instaurasse os procedimentos administrativos que efetivassem a apresentação imediata de toda pessoa presa, com fundamentação no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Porém somente com a apresentação do PLS nº 554/2011, que a discussão em torno do assunto passou a dominar o cenário nacional (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 24).

O PLS 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, tem como objetivo modificar o Código de Processo Penal, instituindo a Audiência de Custódia no Brasil tornando obrigatória a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz na presença de um defensor e do Ministério Público em no máximo 24 horas depois de sua prisão (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 35).

Vários tribunais do país vieram sendo provocados a se manifestarem sobre a necessidade da audiência de custódia, mesmo ainda não tendo sua previsão expressa na legislação brasileira. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo de São Paulo, criou um projeto-piloto para a implantação gradual do procedimento naquele Estado.

Outros tribunais do país também firmaram convênio com o CNJ aderindo ao projeto-piloto, mas começaram a estabelecer disciplinas diferentes para regulamentar a audiência de custódia no seu estado, criando divergências como por exemplo, alguns Tribunais admitiram a teleaudiência enquanto outros não; alguns fixaram o prazo de 48 horas para a apresentação do capturado enquanto outros fixaram o prazo de 24 horas.

Não tardou para que a legalidade da Audiência de Custódia fosse questionada junto ao Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), uma de suas maiores opositoras, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240). A ação se baseou na impossibilidade de norma administrativa legislar em matéria de direito processual e na ofensa ao princípio da separação dos Poderes, por criar obrigações ao Executivo de São Paulo (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 28).

No primeiro semestre de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347), postulando entre outros pedidos, que todos os Tribunais colocassem em prática a audiência de custódia com prazo de apresentação da pessoa presa ao juiz de 24 horas a partir do flagrante. O Supremo Tribunal Federal deferiu a ação, tornando obrigatória a audiência de custódia em todo país.

Essa ausência de um padrão nacional e uma liminar a ser cumprida por todas as Cortes do país, fez com que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se posicionasse antes de avaliar os resultados alcançados pelo projeto-piloto que ele firmou com as Justiças estaduais, expedindo a Resolução nº 213 em 15 de dezembro de 2015, que entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016, só então as Audiências de Custódia foram devidamente regulamentadas.

Apesar de eventuais problemas a Resolução nº 213 além de uniformizar o procedimento em todo o território nacional, ingressou em vários temas relacionados a audiência de custódia, como por exemplo, ampliou a legitimidade dos sujeitos a serem

beneficiados, podendo ser realizada não só nos casos de presos em flagrante como também nos casos de presos cautelares ou definitivos.

### 1.3 PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A implantação da audiência de custódia tem como base alguns princípios constitucionais, penais e processuais penais, que asseguram a correta aplicação da norma, evitando que seja interpretada e criticada de forma incorreta. Entre eles merecem importante destaque o princípio da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa por se tratar de uma fase pré-processual onde o principal objetivo é discutir sobre a necessidade de uma possível prisão cautelar.

Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios. Princípio é norma jurídica, é o ponto de partida, ou melhor, a estrutura que constrói o ordenamento jurídico. Entende-se que princípios são normas genéricas que condicionam e orientam o ordenamento jurídico para sua melhor aplicação e integração, como também para a elaboração de novas normas (REALE, 1995, p. 299).

#### 1.3.1 Presunção de Inocência

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”. Consiste no direito que o tem o acusado de não ser declarado culpado antes da sentença transitada em julgado de um processo em que tenham sido utilizados todos os meios de prova necessários para sua defesa e para a desconstrução das provas apresentadas pela acusação.

O princípio da presunção de Inocência é também denominado de presunção de não culpabilidade, pois diferentemente dos Tratados Internacionais, em nossa Constituição Federal não se utiliza a expressão inocente, e sim que ninguém será considerado culpado. Este é um princípio que deve receber aqui certo destaque por

ser de suma importância, se não o mais importante, para a previsão legal do procedimento.

Desse modo, Mougenot Bonfim apud Luana de Jesus (2015, p.33) ensina que:

O princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um “estado de inocência” ou de “não culpabilidade”, vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória.

Portanto se a regra é que o acusado seja considerado inocente até a sentença penal condenatória, podendo responder o processo em liberdade, com exceção exclusivamente de um interesse processual, através da audiência de custódia o juiz terá a importante oportunidade de avaliar as peculiaridades do caso e a necessidade de se decretar a prisão cautelar, evitando-se assim possíveis contradições ao fim do processo.

Nas palavras de Lopes apud Luana de Jesus (2015, p.33), tem-se que:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deveria ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sem a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

A presunção de inocência é uma garantia fundamental e sendo assim as Audiências de Custódia são preponderantes para resguardar tal cláusula pétrea, protegendo o bem jurídico tutelado, nesse caso, de não ser mantido preso, sem o devido processo legal.

### **1.3.2 Contraditório**

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LV diz que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, isso quer

dizer que todo ato processual deve resultar da participação ativa da defesa e da acusação, dando a elas a mesma oportunidade para que se manifestem e apresentem seus argumentos.

Nesse contexto ensina Capez (2009, p.20):

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida. Por isso o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação.

No contraditório é essencial o direito de participação, a possibilidade de a parte oferecer reação, de manifestar-se ou de posicionar-se contra à pretensão da outra parte. Obviamente, quanto maior for a participação das partes maior será a aproximação dos fatos e por consequência isso contribuirá de maneira eficaz na formação da opinião do juiz.

Sendo assim torna-se claro que este princípio norteia a audiência de custódia quando se estabelece a garantia de uma ampla defesa realizada com base no contraditório entre o defensor e Ministério Público, que são partes obrigatórias no procedimento.

### **1.3.3 Ampla defesa**

Outro importante princípio que norteia a audiência de custódia é o da ampla defesa. Este princípio também está previsto no artigo 5º inciso LV diz que “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, isso quer dizer que é dado a defesa a possibilidade de produzir todas as provas essenciais para o exercício de seu direito.

Nesse sentido esclarece Capez (2009, p.21):

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a

obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar.

A defesa tem portanto a possibilidade de se defender, utilizando-se de todos os métodos possíveis, daquilo que está sendo-lhe imputado pela acusação. Na audiência de custódia a defesa terá garantido esse direito de argumentar, possibilitando ao magistrado mais uma vez analisar e decidir sobre a prisão ou liberdade do acusado.

Para que a defesa seja ampla como impõe a Constituição Federal deve-se apresentar no processo de forma necessária e efetiva a defesa técnica, exercida por um profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele um advogado constituído, nomeado, ou defensor público. A defesa técnica é indispensável e irrenunciável, não sendo possível que o acusado desprovido de capacidade postulatória, seja processado sem que possua um defensor.

#### 1.4 A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA AS MEDIDAS CAUTELARES

Oriunda do latim *carveo* a palavra cautelar quer dizer estar em guarda. A partir disso pode-se entender que uma medida cautelar tem o ofício de guardar, proteger, assegurar o processo. Ou seja, as medidas cautelares devem ser impostas como uma necessidade de acautelar o processo, são instrumentos utilizados para garantir a efetividade processual.<sup>1</sup>

No que diz respeito às medidas cautelares, o processo penal sofreu uma reforma significativa com o surgimento da Lei 12.403/2011 que altera dispositivos do Código referentes à prisão processual criando outras medidas cautelares. Como toda mudança, a reforma jurídica parcial gerou e ainda gera divergências e longas discussões até que cheguem a um consenso e desenvolvam interpretações e soluções para que o sistema continue operando funcionalmente.

Antes da Lei 12.403/2011 as medidas cautelares pessoais se resumiam basicamente em duas medidas extremas, prisão cautelar ou liberdade provisória. Não

---

1 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal-cabimento-e-substitutividade,46262.html>>

era utilizado um “meio termo” que pudesse adequar a medida conforme os critérios de necessidade e proporcionalidade.

Nas palavras de Amaral e Silveira (2012, p.19-20):

Mais que isso, a nova sistemática da prisão cautelar, medidas alternativas a esta e liberdade provisória, acarreta a necessária, tardia e esperada modificação de uma situação que submetia a pessoa inserida no sistema penal cautelar ao “tudo ou nada”, ao “céu ou ao inferno”, isto é, aquele que aguardava seu julgamento poderia ter sua prisão cautelar mantida (no caso de flagrante) ou decretada (no caso de preventiva) pelo juiz, existindo duas alternativas liberatórias, apenas: 1) o relaxamento da prisão em flagrante e; 2) a concessão de liberdade provisória, com ou sem vinculações.

Basta olhar rapidamente para o sistema prisional brasileiro para comprovar que os autores não exageraram ao usar as expressões “céu e inferno”. Todos sabem das condições precárias do nosso sistema carcerário, sistema esse que não estimula de forma nenhuma a ressocialização daqueles que ali se encontram, pelo contrário, contribui de forma significativa para o aumento da violência que nasce dentro dos presídios e se estende para a sociedade.

Portanto, submeter o indiciado ou acusado que é presumidamente inocente até que seja transitada e julgada a sentença penal condenatória, às condições desumanas em que se encontram as cadeias brasileiras, definitivamente não é a melhor opção, a não ser que seja realmente necessário.

Nesse sentido destaca Lima (2016, p. 808):

Daí a importância da ampliação do leque de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto. Em certas situações, a adoção dessas medidas pode inclusive evitar a decretação da prisão preventiva, por quanto o juiz pode nelas encontrar resposta suficiente para tutelar a eficácia do processo, sem necessidade de adoção da medida extrema do cárcere *ad custodiam*.

A verdade é que essas novas possibilidades protegem de forma eficaz o processo, porque surgem novas modalidades de garantir a efetividade processual; o acusado ou indiciado, porque coloca a prisão que é medida grave como última providência; e a sociedade, porque reduz as prisões cautelares evitando um possível recrutamento dessas pessoas por organizações criminosas existentes em nosso sistema penitenciário.

Durante a fase investigatória, apenas a autoridade policial ou o Ministério Público tem legitimidade para requerer a decretação de medidas cautelares. O juiz só

poderá fazê-lo de ofício durante o curso do processo criminal, podendo nesta fase também ser requerida pelo *Parquet*, querelante ou assistente, como dispõe o artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com a implantação da Audiência de Custódia o procedimento de possível aplicação das medidas cautelares diversas da prisão se torna mais rápido, considerando que a pessoa presa em flagrante não terá que esperar pelo requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público durante a fase de investigação. Com a apresentação da pessoa presa, o juiz decidirá em até 24 horas se relaxa a prisão em flagrante, converte-a em preventiva ou substitui por uma ou mais medidas cautelares.

Com a audiência de custódia o procedimento de optar por uma medida cautelar diversa da prisão torna-se também mais eficaz. Na medida em que o juiz analisa de perto a pessoa presa e o caso concreto permite-se a ele fazer a melhor escolha entre as opções que lhes são dadas, garantindo assim que sua decisão seja devidamente fundamentada.

## **2. AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL**

As medidas cautelares de natureza pessoal são medidas restritivas ou privativas de liberdade impostas durante a fase investigatória ou processual, que tem o objetivo de assegurar a eficácia do processo, sacrificando a liberdade do sujeito passivo da cautela. Esse sacrifício da liberdade do sujeito ocorre muitas vezes com maior intensidade quando nos casos de decretação da prisão preventiva ou temporária e as vezes com menor lesividade quando nos casos de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (LIMA, 2016, p. 806).

O principal objetivo das medidas cautelares é assegurar a eficácia do processo, garantir que o processo chegue até o fim sem que ele perca sua efetividade. Para garantir tal efetividade durante anos nosso sistema processual penal teve apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória. Com a inovadora Lei nº 12.403/11 colocou-se fim a esta bipolaridade ampliando de forma significativa o rol das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, proporcionando ao magistrado uma escolha que se ajuste melhor ao caso concreto observando sempre os critérios de legalidade e proporcionalidade.

### **2.1 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO**

A prisão cautelar na verdade deve ser a última medida ou recurso a ser utilizado pelo julgador já que estamos falando da privação da liberdade de alguém que ainda não foi considerado culpado. Deve-se prender quando já tiverem sido esgotadas as outras medidas intermediárias tornando-se essas ineficazes, ou quando não puder ser utilizada outra medida diversa.

Constatando o julgador que, tanto a prisão preventiva, quanto uma das medidas

cautelares prevista no Código de Processo Penal podem alcançar os mesmos resultados, deverá ele optar pela menos gravosa, para que seja preservada a liberdade de locomoção do acusado ou indiciado (LIMA, 2016, p. 1002).

No Código de Processo Penal estão previstas várias medidas cautelares diferentes da prisão, podendo o julgador aplicar aquela que considerar necessária e mais adequada ao caso concreto ou à pessoa do acusado.

De acordo com o artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal:

Artigo 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distantes desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução criminal;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art.26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (NR)

IX – monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições o Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

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

Mesmo sendo providências menos penosas que a prisão, as medidas cautelares aqui mencionadas também são medidas excepcionais que devem ser decretadas apenas quando preencherem os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Penal e quando existir os pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Essas medidas possibilitam ao julgador decidir qual a mais adequada no caso concreto, não tendo mais que optar apenas pelos dois extremos, prisão ou liberdade provisória.

A propósito, é válido lembrar que tais medidas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente como dispõe o artigo 282, §1º, do CPP. Além disso o juiz poderá a qualquer momento revogar a medida imposta caso não persista os motivos pelos quais foi decretada ou optar por outra que julgar pertinente naquele momento.

### **2.1.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades**

Essa providência é considerada uma grande novidade para o Processo Penal, pois nunca se pensou nela como medida cautelar. Ela sempre foi prevista na forma de concessão de benefícios como no caso da suspensão condicional da pena (CP, artigo 78, § 2º, alínea “c”).

Ao optar pela medida, será dever do juiz indicar a periodicidade dos comparecimentos do acusado ou indiciado, já que a lei nesse caso não informou, deixando a critério do julgador observar as peculiaridades do caso concreto e os objetivos desejados, para estabelecer o lapso temporal entre os comparecimentos, compatível com o cotidiano do acusado de forma que não prejudique suas atividades normais (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 125).

Nesse sentido Nucci, Guilherme *apud* Amaral; Silveira (2012, p. 125):

Guilherme Nucci aponta a medida como adequada para os autores de crimes patrimoniais, principalmente para aqueles que não possuem endereço ou emprego fixo, já que ela pode se constituir em mecanismo de acompanhamento da vida do autor.

É notório o caráter educativo da obrigação de comparecimento, essa medida cria um vínculo do acusado ou indiciado com o juízo responsável pelo seu processo, de maneira que estabelece certo controle sobre o agente afim de que ele se dedique à praticar atividades lícitas na expectativa de influenciar o seu julgador no momento da sentença, desestimulando a prática de novos delitos.

### **2.1.2 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**

A proibição de frequentar determinados lugares existe no Código Penal como pena restritiva de direitos (CP, artigo 47, inciso IV); como benefício na suspensão condicional da pena (CP, artigo 78, §2º, alínea “a”) e outros. Também foi contemplada como medida protetiva na Lei nº 11.340/2006 nos procedimentos onde envolvam violência doméstica.

A providência visa afastar o agente de determinados locais que possam estimular a reincidência em infrações penais, como por exemplo, proibir pessoa que cometeu o crime sobre o efeito de álcool de frequentar estabelecimentos onde ele tenha acesso a tal substância.

Compete ao juiz que decretar a medida estabelecer suas condições como dias e horários além da extensão da proibição, se total no caso da proibição de acesso ou parcial exigindo habitualidade no caso da frequência. O juiz ao decretar a medida deve relacionar a proibição imposta com o fato e o delito praticado, não podendo estabelecer uma proibição que nada se associe com a infração cometida (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 127).

Essa medida sem dúvida poderá obter ótimos resultados no que se refere a precaução penal, levando-se em consideração que grande parte dos delitos são cometidos sob a influência do local onde são praticados, a proibição do acusado ou indiciado de frequentar determinados locais pode ser uma excelente medida de prevenção. O maior desafio dessa medida é a falta de meios efetivos para a fiscalização, o que pode dificultar sua utilização com frequência.

### **2.1.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante**

A medida aqui prevista teve como inspiração a medida protetiva prevista no artigo 22, inciso III, alínea “b” da Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. É notório

o sucesso dessa medida protetiva nos casos de violência doméstica e com certeza isso incentivou o legislador a introduzi-la no conjunto das novas medidas cautelares.

Esse afastamento do autor da infração penal de pessoa determinada pode gerar bons resultados em situações onde haja conflito entre eles, contribuindo para que não ocorra novos delitos. O juiz determinará as condições da medida, estabelecendo os limites e distâncias que serão respeitadas pelo acusado ou indiciado.

Nesse contexto adverte Edilson Bonfim *apud* Amaral; Silveira (2012, p. 128):

Para a aplicação da medida, o juiz deve atentar para o princípio da proporcionalidade de forma que ela se restrinja ao absolutamente necessário, evitando exageros que possam impedir o agente de permanecer em um bairro, ou até mesmo cidade. Do contrário medidas benevolentes, desprovidas de eficácia também devem ser evitadas.

Não há dúvidas de que essa providência poderá ganhar papel de destaque entre as medidas cautelares, devido o reconhecimento de seus resultados com relação às vítimas mulheres e pelo fato de que agora o seu uso pode ser indiscriminado, não estando limitado aos casos de violência doméstica.

#### **2.1.4 Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução**

Essa medida também já era utilizada em nosso ordenamento jurídico, mas como uma condição para a suspensão condicional da pena; do regime aberto e do livramento condicional.

A restrição só pode ser imposta quando houver necessidade para a investigação ou instrução criminal, de maneira que o juiz não poderá aplicá-la de forma livre e infundada. Sendo assim, somente se a presença do acusado ou indiciado for extremamente necessária para a investigação ou instrução criminal, poderá o juiz decretar a medida. Obviamente que ao cessar os motivos pelos quais foi decretada a medida deverá ela se revogada.

A opção por esta medida dificilmente garantirá na prática a efetividade processual, uma das finalidades da medida cautelar, pois o acusado ou indiciado tem

por si só um interesse natural de acompanhar o processo e a imposição desta medida não o desestimulará a afastar-se do local se não lhe interessar este acompanhamento (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 129).

### **2.1.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos**

Esta providência corresponde à prisão albergue domiciliar tratada pelo artigo 117 da LEP, agora prevista também pelo Código de Processo Penal como uma medida cautelar.

A medida tem como finalidade isolar o agente do convívio social de maneira que ele possa continuar com suas atividades laborativas e a convivência familiar. Para isto é necessária a comprovação de residência e trabalho fixos, do contrário sua aplicação não poderá ser imposta pelo juiz.

Diferente da prisão domiciliar prevista no artigo 318, onde o agente deve se recolher em período integral no seu domicílio, a medida aqui tratada se aplica exclusivamente no período noturno e dias de folga. Em geral se considera período noturno o horário que vai das 18:00 até às 06:00, porém deverá o juiz considerar o horário de trabalho do agente que não poderá ser prejudicado pela medida, podendo em determinadas situações onde o beneficiário tiver o horário de trabalho em período noturno estipular perfeitamente outro horário para o recolhimento. Do mesmo modo é possível o recolhimento em horários variados o trabalhador não tiver um turno fixo (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 129).

Esta medida cautelar é uma das mais graves, pois se trata de uma restrição parcial à liberdade, por isso deve ser aplicada em casos especiais e pelo tempo que for realmente necessário.

É de se observar que, do mesmo modo que a prisão domiciliar prevista na LEP tem sua efetividade questionada pela falta de fiscalização, a medida cautelar aqui tratada enfrentará o mesmo problema.

### **2.1.6 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**

A referida medida é de fato inovadora, não tinha previsão em nosso sistema processual, e pode revelar-se muito eficaz para determinados tipos de crimes. Ela define a possibilidade de suspensão do exercício de três funções, da pública, econômica ou financeira.

O pressuposto para sua aplicação é a possibilidade de o agente se aproveitar da função ou atividade para praticar novos delitos, mas sua decretação precisa se basear num risco comprovado.

Desse modo Amaral e Silveira (2012, p.131) ensina:

Como a lei fala em “justo receio”, não parece razoável admitir a simples suspeita de perigo (*fumus boni juris*), para justificar a aplicação da medida. A sua imposição reclama a existência de fundado risco, apurado segundo as circunstâncias de fato, sobre a possibilidade de reiteração criminosa.

Levando em consideração a ausência de previsão legal e o princípio da presunção de inocência, o servidor afastado da função não deve ter seu pagamento interrompido.

Quanto aos crimes econômicos e financeiros, esses podem causar enormes prejuízos, razão pela qual precisam ser tratados com muita atenção, tanto que um dos requisitos para a prisão preventiva é a garantia da ordem econômica. Por isso se certos crimes podem ser evitados com o afastamento do acusado ou indiciado da atividade, deve ser feito imediatamente.

### **2.1.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi- imputável e houver risco de reiteração**

Direcionada aos autores de crimes praticados com grave ameaça ou violência, esta medida só poderá ser aplicada depois de comprovada a inimputabilidade ou

semi-imputabilidade do acusado através de perícia além de demonstrada a possibilidade de reiteração criminosa. Por se tratar de medida terapêutica a internação deve ocorrer em manicômio, ou clínica especializada que possa oferecer os devidos cuidados de que necessita o agente (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 134).

Essa medida é extremamente importante, pois, em se tratando de inimputabilidade, a providência que era adotada no caso do risco de reiteração criminosa, era a decretação da prisão preventiva, atitude totalmente lamentável, pois colocava o acusado na convivência com presos comuns e em locais que não podiam lhe oferecer o tratamento necessário.

De acordo com a redação do artigo 319, VII, do CPP, pode-se observar que a medida aqui mencionada é muito restritiva de maneira que os autores inimputáveis ou semi-imputáveis de crimes não praticados com violência ou grave ameaça mesmo necessitando de tratamento não serão beneficiados pela medida. Outra restrição aqui observada é que como a medida refere-se exclusivamente a “acusado”, entende-se que só poderá ser aplicada após o início do processo, diferente das outras medidas, que faz referência também ao indiciado ou simplesmente não faz à nenhum deles.

#### **2.1.8 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**

A fiança antes era apenas garantia necessária à concessão de liberdade provisória, agora tornou-se uma medida cautelar, com requisitos e objetivos diferentes, desvinculada da prisão em flagrante. Seus objetivos são expressamente aqueles mencionados em seu dispositivo regulador.

A eficácia da medida é no mínimo duvidosa para os fins propostos, por essa razão deve ser usada com prudência.

Nesse sentido, Amaral e Silveira (2012, p.136) ensinam que:

Havendo dúvida sobre a suficiência da sua adoção, principalmente quando se tratar de obstrução do andamento do processo ou desobediência à ordem judicial que possa comprometer a higidez do procedimento, a opção deve ser pela decretação da prisão preventiva, como forma de evitar o comprometimento do processo e desmoralização da justiça.

Esta medida tem natureza diferente da outra já prevista em nossa legislação. Uma sempre foi associada à concessão de liberdade provisória enquanto que a nova tem outros objetivos.

### **2.1.9 Monitoração eletrônica**

A referida medida antes limitada ao processo de execução penal através da Lei 12258/10, com o objetivo de fiscalizar sentenciados em saídas temporárias, agora foi estendida passando a ser utilizada também como medida cautelar no processo penal. A monitoração é feita através de um aparelho colocado no corpo do agente, geralmente uma tornozeleira que emite sinais captados por uma central. Dessa maneira é possível saber a localização do acusado ou indiciado.

A implementação dessa medida dependerá de investimentos públicos, não só para aquisição dos equipamentos, como também, para a instalação das centrais receptoras. Além disso, é preciso vencer dificuldades relacionadas com distância, interferências e outras.

Há opiniões contrárias a esta medida alegando inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da dignidade humana.

Desse modo dispõem Amaral e Silveira (2012, p.138):

Por certo, a norma que instituiu a medida não possui nada de inconstitucional. Nesse sentido deve ser observado que o equipamento possui dimensões reduzidas, sendo acomodado no tornozelo do agente, de forma a não lhe causar qualquer tipo de dor ou incômodo. Da mesma forma o equipamento é discreto sendo perfeitamente ocultado com as vestes usuais de qualquer pessoa.

Ora, se a providência é uma alternativa para se evitar a prisão, ou seja, evitar um gravame maior, impossível falar-se em inconstitucionalidade.

### 2.1.10 Proibição de ausentar-se do país

A saída do país pode uma forma eficiente para se livrar de um processo e da aplicação da lei penal brasileira, principalmente por pessoas que possuem boas condições financeiras, para isso basta que ela esteja em algum país cujo o qual o Brasil não mantenha com ele tratado de extradição.

Para se aplicar a medida o juiz deve comunicar a Polícia Federal para a fiscalização das saídas do território nacional, além de determinar que o indiciado ou acusado entregue em Juízo o seu passaporte no prazo de 24 horas (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 139).

Esta medida pode ser considerada como uma decorrência da medida tratada no inciso IV, do artigo 319, onde há a proibição de deixar a comarca.

## 2.2 A PRISÃO COMO MEDIDA CAUTELAR

Relacionando o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal e o artigo 283 do Código de Processo Penal, pode-se conceituar prisão, no contexto processual penal, como a privação da liberdade do acusado ou indiciado em consequência de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente durante o curso da investigação ou do processo, em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou por transgressão disciplinar militar, ou crime propriamente militar definidos em lei.

Prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o fim de garantir a eficácia das investigações ou do processo criminal. Esta medida tem natureza excepcional e não pode ser utilizada como antecipação da pena, visto que para sua aplicação deve-se analisar a periculosidade e não a culpabilidade (LIMA, 2016, p. 850).

Como já foi visto anteriormente a prisão cautelar só se faz necessária se tiver natureza processual, instrumental, como garantia da efetividade do processo, quando sua única razão de ser é garantir que o processo vá até o fim com eficiência. Por isso só deve ser imposta se preencher o pressuposto do *periculum in mora*, o perigo da

demora. Se ela visa acautelar o processo, só poderá ser imposta se ficar demonstrado que a não imposição poderá fazer com que o processo perca sua efetividade, de modo que se o acusado permanecer solto, continuará a cometer delitos que coloquem em risco a ordem pública ou a instrução criminal. Em outras palavras, o acusado só deve ser preso cautelarmente quando ele apresentar algum risco à sociedade, risco de fuga ou de interferir no processo destruindo provas, coagindo testemunhas.

As hipóteses claras de *periculum in mora* estão demonstradas no artigo 312 do Código de Processo Penal:

Artigo 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 de existência do crime e indício suficiente da autoria. 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).

A prisão cautelar não deve ser utilizada como forma de punição antecipada, com o objetivo de satisfazer a pretensão punitiva do Estado e muito menos pra satisfazer a opinião pública, pois dessa forma estará se desvirtuando sua natureza instrumental. Somente no caso de descumprimento da obrigação imposta, ou após o fracasso das substituições e cumulações das medidas cautelares, ou ainda se constatada a inadequação das medidas menos gravosas é que deve o julgador lançar mão da medida extrema que é a prisão preventiva. Infelizmente na prática não é isso que acontece, existe uma grande demanda das prisões cautelares, o que é bastante preocupante, principalmente pelo elevado custo que representam.

Nesse sentido Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró *apud* Lima (2016, p. 850):

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.

Dizer que as prisões cautelares não podem de maneira nenhuma serem analisadas sob juízos antecipatórios de pena ou sob juízos de culpabilidade quer dizer

também que os julgadores não devem ter uma postura de bastiões da segurança pública.

A prisão preventiva a partir da Lei nº 12.403/2011 passou a ser classificada como medida cautelar de *ultima ratio*. Admitida como um mal necessário a prisão cautelar é atualmente a mais grave medida imposta pelo Estado antes da sentença penal condenatória pois afeta em princípio quase todos os direitos humanos e por isso deve ser utilizada somente em situações excepcionalíssimas.

Mas a verdade é que hoje, no Brasil, prende-se muito e de forma acelerada, prende-se mal e prende-se “por pouco”, isso é extremamente preocupante quando analisamos o aumento da população carcerária e a banalização da prisão cautelar.

Informações publicadas pelo CNJ dizem o seguinte:

Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300. Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se se considerarem os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas.

Relatório divulgado pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015 coloca o Brasil no topo dos países mais violentos do mundo. São pelo menos 130 homicídios por dia. O relatório aponta que a sensação de impunidade é um incentivador, já que 85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes. Segundo a Anistia, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes.<sup>2</sup>

De fato a prisão provoca sobre o indivíduo encarcerado um efeito dessocializador, seja ela uma prisão cautelar ou definitiva. É até irracional pensar que ao promover o encarceramento de uma pessoa, sua conduta social será melhor quando estiver livre.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>

### 2.2.1 A prisão em flagrante

A prisão em flagrante tem natureza cautelar, sendo o tipo de prisão mais comum pois independe de ordem judicial, além de poder ser efetuada por qualquer pessoa. Está prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal e nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal.

Sobre a origem do flagrante Lima (2016, p. 895) ensina:

A expressão 'flagrante' deriva do latim *'flagrare'* (queimar), e *'flagrans'*, *'flagrantis'* (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

Essa modalidade de prisão tem as funções de evitar que o agente fuja; ajudar a colher informações para comprovar o delito; impedir que o agente consuma o fato na hipótese dele estar cometendo a infração e preservar a integridade física do agente evitando-se linchamento no caso de crimes que provocam a comoção social.

No Código de Processo Penal, a pessoa que fosse presa em flagrante permaneceria presa durante todo o processo apenas por esse motivo, se não fosse admitida a fiança ou não tivesse alguma excludente de ilicitude. Em 1977, foi inserido o parágrafo único ao artigo 310 do código e a prisão em flagrante deixou de ser motivo para manter alguém preso durante todo o processo passando a ser obrigação do juiz examinar a legalidade da medida para relaxar a prisão ou decretar a prisão preventiva (LIMA, 2016, p. 896).

Com a chegada da Lei 12.403/2011, fica claro que a prisão em flagrante não é suficiente para manter o agente preso durante todo o processo, pois agora o artigo 310 do Código de Processo Penal diz que, o juiz deverá relaxar a prisão ilegal, ou converter a prisão em flagrante em preventiva se presentes os requisitos e se forem inadequadas ou insuficiente medidas menos gravosas, ou colocar o agente em liberdade provisória com ou sem fiança.

Primeiramente, o agente que se encontra em flagrante delito é capturado, essa abordagem conhecida como voz de prisão, pode ser feita por qualquer pessoa mesmo que não seja policial. Após ser capturado o indivíduo é conduzido até a presença do Delegado de Polícia, essa condução coercitiva também pode ser feita pelo próprio

cidadão que deu a voz de prisão ou por policial militar. Deve-se ressaltar que pessoa comum tem a opção de efetuar ou não a prisão, não estando ela obrigada a fazê-lo, já as autoridades policiais e seus agentes tem o dever de prender quem se encontre em flagrante delito.

Após a condução do agente é feita a comunicação à seus familiares, em seguida é realizada a elaboração do auto de prisão em flagrante pela Autoridade Policial onde são documentados os elementos essenciais para a lavratura do auto com base no juízo de tipicidade. Para a elaboração do auto de prisão em flagrante serão ouvidos, primeiramente o condutor, em seguida serão ouvidas as testemunhas e ao final procederá o interrogatório do acusado, colhendo após cada oitiva as assinaturas de cada um. Mesmo sendo importante a oitiva do acusado, caso não seja possível por estar ele embriagado, ferido ou hospitalizado o auto de prisão não será anulado. Por fim, fundadas as suspeitas contra o conduzido a Autoridade Policial procederá o despacho ratificador da voz de prisão analisando se a hipótese autoriza a prisão ou se cabe fiança com base na Lei 12.403/11. (BRENE; LÉPORE, 2016, p. 147 - 153).

A elaboração do auto de prisão em flagrante deve observar todas as formalidades impostas pela Constituição Federal e pela legislação processual penal por se tratar de medida excepcional onde não há um controle jurisdicional. Caso não sejam respeitadas essas formalidades será constatada a ilegalidade da prisão e consequentemente seu relaxamento.

Em algumas hipóteses a lei não permite a lavratura do auto de prisão em flagrante não impedindo que o agente seja capturado e conduzido coercitivamente. No caso de crime de menor potencial ofensivo desde que seja encaminhado imediatamente ao Juizado Especial e assuma o compromisso de a ele comparecer. Também no caso de porte de drogas ou planta para extração de droga para consumo pessoal desde que seja encaminhado imediatamente ao Juizado Especial e assuma o compromisso de a ele comparecer. E ainda na hipótese de acidentes de trânsito onde não houver vítima e desde que se preste o socorro à ela. (BRENE; LÉPORE, 2016, p. 164).

Com a chegada da Lei 12.403/11 o Capítulo IV que falava sobre a apresentação espontânea do agente passa a coordenar a prisão domiciliar. Mesmo com a modificação acredita-se que continua sendo causa de impedimento da prisão em flagrante se o agente se apresenta espontaneamente a Autoridade Policial. Quando o

agente se apresenta de forma espontânea não caracteriza nenhum tipo de flagrante, desautorizando assim sua prisão a não ser que o juiz entenda ser necessária a prisão preventiva por se revelarem inadequadas ou insuficientes outras medidas menos gravosas.

Depois de encerrado o auto de prisão em flagrante, se não houver sido concedida fiança, conforme o artigo 306 do Código de Processo Penal, a prisão do agente deverá ser imediatamente comunicada ao juiz competente, lembrando que a Lei 12.403/11 introduziu a obrigatoriedade de comunicação também do Ministério Público. A partir do momento em que o juiz é comunicado da detenção do agente a prisão passa a ser um ato judicial e será analisada sua legalidade para relaxar a prisão, converter em prisão preventiva ou decretar liberdade provisória com ou sem fiança. Posteriormente caso o acusado não tenha advogado a cópia do auto de prisão em flagrante deve ser enviada à Defensoria Pública.

A prisão em flagrante tem curta duração, se não for relaxada pelo juiz após o recebimento do auto, será concedida a liberdade provisória cumulada ou não com alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal ou será convertida em prisão preventiva.

### **2.2.2 A prisão preventiva**

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que durante a fase investigatória ou do processo criminal pode ser decretada pelo juiz competente através de representação do Delegado de Polícia ou requerimento do Ministério Público e ainda do querelante ou do assistente, sendo que na fase da instrução criminal pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária. Para a decretação da prisão preventiva é necessário que estejam presentes os requisitos legais do artigo 313 do Código de Processo Penal e os motivos autorizadores do artigo 312 do mesmo, tudo isso desde que sejam inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Como bem ressaltam Távora e Alencar *apud* Brene e Lépure (2016, p. 207):

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o

inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito e julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inc. LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presente o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

A prisão preventiva, assim como todas as medidas cautelares deve atender aos pressupostos do *fumus boni iuris* que significa fumaça do bom direito e aqui recebe uma denominação específica de *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do crime), e do *periculum in mora* que significa perigo da demora, aqui denominado *periculum libertatis* (perigo da liberdade do investigado/ acusado).

O artigo 312 do Código de Processo Penal inicialmente diz que “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”, percebe-se claramente que esse trecho consubstancia-se no pressuposto do *periculum libertatis*, ou seja, o perigo da liberdade do investigado/acusado para o processo. No fim o referido artigo diz “quando houver a existência do crime e indícios suficientes de autoria”, pode-se notar aqui que se consubstancia no *fumus commissi delicti*, ou seja, a fumaça do cometimento do delito.

Depois de analisados os pressupostos elencados no artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva, serão analisadas aqui as hipóteses para sua decretação.

De acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal:

Artigo 313. Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa e liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado ressalvado o disposto no inciso I do caput do artigo 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal;

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

IV – (revogado)

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

Um grande problema encontrado na prisão preventiva é que, diferentemente da prisão temporária, não existe no Código de Processo Penal um prazo determinado para sua duração, nem a mesmo a inovadora Lei nº 12.403/2011 que regulamentou vários dispositivos referentes a prisões e medidas cautelares, não fixou um prazo concreto para a prisão preventiva, isso faz com que tal prisão ganhe verdadeiro caráter de pena antecipada. Dessa forma a prisão preventiva, que deveria ter características de provisoriedade, por muitas vezes acaba assumindo contornos de prisão definitiva.

Outra coisa importante que deve ser observada é a fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva. Por se tratar de uma prisão excepcional, que só deve ser decretada em último caso, a decisão precisa estar baseada em elementos concretos e conter argumentos suficientes que justifiquem a necessidade da prisão, não bastando somente fazer referência as hipóteses de admissibilidade previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Se ao decretar a prisão preventiva, o juiz competente não fundamenta-la de forma correta fica caracterizado o constrangimento ilegal, admitindo-se a impetração de *habeas corpus*.

### 2.2.3 A prisão temporária

Esta é uma modalidade de prisão cautelar, decretada pelo Juiz competente, por tempo determinado, com o objetivo de garantir a eficácia da investigação policial, quando se tratar da averiguação de crimes de natureza grave, durante a fase pré-processual, isto é, do inquérito policial.

Como bem observa Jaime Walmer Freitas *apud* Lima (2016, p. 973):

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto a autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*. Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações – tutela-meio -, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim.

A prisão temporária por ser prisão de caráter instrumental está entrelaçada aos princípios da não-culpabilidade e da razoabilidade, sendo assim sua decretação só será aceita se for considerada extremamente adequada e necessária para a custódia das investigações.

Segundo o artigo 1º da Lei 7.960/89 caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;  
 II – quando o indiciado 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: 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); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único) 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 o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288); m) genocídio (art. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956); 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).

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 7.960/89, somente a autoridade judiciária pode decretar a prisão temporária, não de ofício mas a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Se no decorrer da prisão temporária a autoridade policial perceber que prendeu a pessoa errada ou que não é mais necessário que esta continue presa, não poderá liberar o suspeito ou indiciado sem ordem judicial, nesse caso, somente o juiz determinará a soltura da pessoa presa.

A prisão temporária, diferentemente da prisão preventiva que não tem um prazo definido, terá o prazo de até 5 dias, prorrogável por igual período se comprovada a extrema necessidade. Esse prazo pode ser de até 30 dias prorrogáveis também por igual período nos casos de crimes hediondos e assemelhados.

Encerrado o prazo da prisão temporária, se não houver prorrogação e se não for decretada sua prisão preventiva, a pessoa presa deverá ser imediatamente posta em liberdade pela autoridade policial sem que haja necessidade de alvará de soltura, sob pena de incorrer em abuso de autoridade, conforme reza o artigo 4º da Lei 4.898/65.

## 2.2.4 A prisão domiciliar

A prisão domiciliar é decretada como forma de substituição da prisão preventiva e se justifica por razões humanitárias, visando tornar a prisão menos desumana ao consentir que em determinados casos, ao invés de ser encarcerado seja permitido ao agente permanecer preso em sua residência, não podendo dela se ausentar, salvo com autorização judicial. Para isso deve-se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Segundo o artigo 318 do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:  
I – maior de 80 anos;  
II – extremamente debilitado por motivo de doença grave  
III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência;  
IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Levando-se em consideração que a prisão preventiva deve ser usada como último recurso, devendo esta ser decretada apenas quando não for possível sua substituição por medida menos gravosa, caso o juiz note que a prisão domiciliar é suficiente para garantir a eficácia do processo nada o impede de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

A lei não especifica em que tipo de crime deve ser substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar, podendo ser decretada nos casos de infração penal de natureza grave ou não. Portanto, deve ser aplicado o princípio da adequação obviamente analisando os requisitos do artigo 318 do CPP juntamente com o art. 282, II, do CPP.

Nesse sentido, complementa Lima (2016, p. 997):

Portanto a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente pra neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo a decretação da prisão preventiva do acusado.

Sobre as saídas com autorização judicial entende-se que é perfeitamente possível já que a prisão domiciliar deve ter basicamente as mesmas regras da prisão

preventiva permitindo-se a saída mediante escolta em casos de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão, para tratamento médico e também para situações corriqueiras como frequência a cultos religiosos. Dessa forma, faz-se essa analogia para efeito de detração, pois já que a prisão domiciliar deve funcionar em substituição a prisão preventiva, em caso de condenação desconta-se o tempo de cumprimento da medida.

Diante do exposto, se o juiz deve, sempre que possível e desde que seja suficiente para resguardar a eficácia do processo, optar por medida menos gravosa nada impede que ele substitua a prisão preventiva pela domiciliar sem que seja necessário observar o disposto no artigo 318 do CPP.

### 2.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA

Com previsão no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição, onde diz que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, a liberdade provisória constitui direito subjetivo do custodiado quando não subsistirem motivos de cautela, não podendo o juiz decretar uma prisão cautelar sem a devida motivação judicial.

Como ressalta Lima (2016, p. 1026):

Antes do advento da Lei nº12.403/11, a liberdade provisória, com ou sem fiança, funcionava apenas como uma medida de contracautela que substituí a prisão em flagrante – nunca a preventiva e a temporária, com as quais era incompatível -, se presentes determinados pressupostos e sob determinadas condições de manutenção da liberdade. Funcionava, pois, tão somente como sucedâneo da prisão em flagrante.

Mesmo com a inovação da Lei 12.403/11 a liberdade provisória continua funcionando como medida de contracautela, hipótese em que o acusado ao ser colocado em liberdade fica submetido a determinadas obrigações e vinculado ao processo, assegurando assim que ele esteja presente aos atos processuais sem a necessidade de permanecer preso.

O nome “liberdade provisória” se dá justamente pelo fato dela não ser definitiva, estando submetida a condições que se descumpridas podem fazer com que seja

revogada. Mas isso não quer dizer que seja obrigatório o recolhimento do agente à prisão, podendo o juiz decidir sobre a aplicação de outras medidas cautelares ou a decretação da prisão preventiva (LIMA, 2016, p. 1026).

Antes das inovações trazidas pela Lei 12.403/11 não era possível que alguém fosse submetido a liberdade provisória sem que estivesse preso em flagrante. Com a chegada da referida lei, fica evidente que a liberdade provisória deixa de ser apenas uma medida de contracautela usada como substituição da prisão em flagrante e passa a ser adotada também como providência cautelar autônoma cumulada com uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão, podendo ser decretada mesmo que o acusado esteja em liberdade desde o início.

Nesse contexto, complementa Lima (2016, p. 1028 e 1029):

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, dando nova redação ao art.310 do CPP, essa possibilidade de alguém permanecer preso em flagrante durante todo o processo chega ao fim. De fato, o dispositivo deixa claro que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Todas essas possibilidades devem ser analisada pelo juiz no momento da audiência de custódia, optando sempre pela escolha mais ajustada ao caso concreto. Pois por mais que a regra seja que o acusado responda o processo em liberdade, esse direito não está à cima da garantia da efetividade processual.

### **3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, UM PROCEDIMENTO NECESSÁRIO**

A audiência de custódia está longe de ser apenas um procedimento burocrático, ela é um instrumento que humaniza o processo penal. É o meio mais eficiente que possibilita ao juiz analisar a legalidade da prisão, verificar possíveis situações de tortura ou maus tratos durante a abordagem policial, promover um breve contraditório acerca da concessão de liberdade provisória, da decretação de medidas cautelares diversas da prisão ou em último caso de uma possível prisão cautelar.

Este é um procedimento que resguarda a dignidade e direitos fundamentais do imputado, além de contribuir para a diminuição da superlotação carcerária pois o contato mais próximo com o preso eleva o nível de cientificidade do magistrado melhorando as condições para fazer a triagem dos flagranteados que realmente necessitam ser mantidos encarcerados (LIMA, 2016, p. 927).

A audiência de custódia não representa uma desconfiança presumida da ação policial, pelo contrário, ela traz legitimidade ao ato, dando credibilidade à atuação destes agentes estatais, resguardando-os de possíveis acusações falsas de maus tratos ou tortura e prevenindo eventuais nulidades.

Além disso o procedimento leva os magistrados a atuar em conjunto com as autoridades policiais, participando efetivamente dessa árdua tarefa enfrentada por estas autoridades no dia a dia, fortalecendo ainda mais a eficiência da persecução penal.

#### **3.1 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Audiência de Custódia consiste na apresentação sem demora da pessoa presa em flagrante para que seja entrevistada pelo juiz competente, para que se analise a legalidade e necessidade da prisão, com base no contraditório entre Ministério Público

e defesa, que tanto pode ser o Defensor Público como um advogado de confiança do preso.

Nas palavras de Lopes e Paiva:

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente, anota Carlos Weis, “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência.”<sup>3</sup>

A audiência de custódia tem seus fundamentos jurídicos alicerçados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em consonância com os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

De acordo com Brene e Lépore (2016, p.175), os principais objetivos da audiência de custódia são:

- a) Ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos;
- b) Prevenção à tortura policial, assegurando, destarte, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade. Assim prevê o art. 5, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Todavia, entendemos que o Delegado de Polícia deve ser a primeira autoridade a salvaguardar a integridade física do autuado, instaurando inquérito policial em caso de eventual tortura policial;
- c) Evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias;
- d) Conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se presentes os pressupostos do art. 318 do CPP;
- e) Proporcionar o contato imediato entre o juiz e o flagranteado, fortalecendo a cognição judicial, trazendo elementos contundentes para a convalidação judicial da prisão em flagrante; e
- f) Diminuir a superlotação carcerária.

A condução sem demora da pessoa presa a um juiz não deveria gerar dúvidas, em razão do art. 7, 5 da CADH e do art. 9,3 do PIDCP, Tratados Internacionais

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aurly-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>

ratificados pelo Brasil. No entanto, os operadores do Direito têm se mostrado reservados em reconhecer a plena aplicabilidade dos textos internacionais que ainda não foram inseridos de maneira expressa em nossa legislação.

Apesar dessa norma fazer parte do nosso ordenamento jurídico por meio dos tratados desde 1992, na prática a audiência de Custódia era substituída pelo encaminhamento do Auto de Prisão em Flagrante ao juiz.

Nesse sentido, afirma Lopes e Paiva:

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no artigo 306, parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.<sup>4</sup>

O Brasil é um dos poucos países que ainda desrespeitava essa normativa internacional, porém tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, o PLS 554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que tem como objetivo modificar o Código de Processo Penal, e incorporar na legislação ordinária a Audiência de Custódia, tornando obrigatória a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz na presença de um defensor e do Ministério Público em no máximo 24 horas depois de sua prisão.

A legalidade da Audiência de Custódia foi questionada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil através da ADI 5240. Segundo a ADEPOL a norma além de não estar prevista no Código de Processo Penal, deveria ter sido criada por lei federal. A entidade alega ainda que isso refletiu de modo direto nos interesses institucionais dos delegados que tem suas atribuições estabelecidas pela Constituição. Mas o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o questionamento da ADEPOL por maioria de votos, deixando clara mais uma vez a legalidade da norma.

Incentivadas em todo o território nacional desde fevereiro de 2015, as audiências de custódia só foram devidamente regulamentadas em 15 de dezembro

---

4 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aurly-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>

de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 213, que entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016.

### 3.2 ASPECTOS POLÊMICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Até o ano de 2011 pouco se sabia sobre a audiência de custódia. Embora o Brasil seja signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos desde 1992, a doutrina e jurisprudência eram praticamente nulas em relação a este instituto. Por esse motivo muitos erros passaram a ser cometidos pelos grupos favoráveis e contrários à audiência de custódia em nosso país, ora desvirtuando seu significado, ora invocando justificativas inconsistentes para sua não realização.

Apesar de o PLS nº 554 de 2011 não ter sido a primeira iniciativa com relação a apresentação de pessoa presa em flagrante a uma autoridade judiciária sem demora, não há como negar que ele gerou uma grande discussão que tomou conta do nosso país.

A regulamentação da audiência de custódia por meio de ato administrativo e a falta de estrutura para a sua realização foram os principais pontos encontrados por algumas instituições para atacar a norma, isso se dá pelo fato de serem elas as que mais se sentirão impactadas com a introdução do procedimento em suas rotinas de trabalho.

O maior exemplo dos ataques sofridos pela implantação da audiência de custódia foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI nº 5240, ajuizada pela ADEPOL em fevereiro de 2015. Segundo a opositora o instituto teria sido criado ferindo a Constituição Federal pois em seu artigo 22 inciso I diz que somente a União pode legislar sobre direito processual.

Além disso, segundo a ADEPOL, a imposição de condutas aos juízes, membros do Ministério Público, defensores, Delegados e até mesmo ao sujeito preso deve ocorrer por imposição legal já a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso II diz “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Afirma ainda que o ato administrativo ofende a separação de Poderes assegurada pela constituição por ter o Poder Judiciário do Estado de São Paulo criado norma de

conduta e atribuições à integrantes do Poder Executivo daquele mesmo Estado. Toda essa polêmica em relação a regulamentação do procedimento foi superada após ser julgada improcedente a ADI 5240 deixando clara a constitucionalidade da norma. (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 113).

Outra grande polêmica que envolve a audiência de custódia é a falta de estrutura física e de pessoal para a perfeita aplicação da norma. É bem verdade que as instituições físicas envolvidas no procedimento sofrerão um grande impacto, a começar pela polícia judiciária que necessitará de no mínimo dois agentes policiais para fazer a escolta, além disso terá também a necessidade de mais viaturas e todo um aparato para que o transporte ocorra em segurança.

Com relação ao Estado-Judiciário, sofrerá primeiramente o impacto estrutural, já que será necessário local para que o capturado aguarde sua apresentação ao juiz e isso parece uma tarefa complicada se analisada a rotina de grandes cidades enviando seus inúmeros presos em flagrante durante o dia, noite e madrugada, aos sábados, domingos e feriados. Deverá ainda fazer um investimento na contratação de serviço de vigilância das carceragens já que na maioria dos foros isso não é responsabilidade da polícia judiciária. Além disso, sabe-se que o juiz que atuar na audiência de custódia não poderá ser o mesmo a atuar no futuro processo de conhecimento de natureza condenatória. Portanto para cada fato deverá ter dois juízes diferentes.

Outra não é a realidade do Ministério Público e Defensoria Pública em nosso país, a falta de estrutura física e de pessoal por parte dessas instituições já causa bastante transtornos ao atender a demanda atual, com a audiência de custódia esse problema aumentará ainda mais. Mesmo com a situação atual da falta de estrutura dessas instituições, elas em nada se opuseram em relação à aprovação do PLS nº 554, de 2011, pelo contrário, o ministério Público Federal chegou até a ajuizar ação civil pública em 2010 visando à implantação da audiência de custódia em todo o território nacional e ainda emitiu Nota Técnica Conjunta em 2015 manifestando-se favorável à aprovação da norma (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 146 - 151).

A falta de estrutura é sempre colocada como argumento para qualquer inovação legislativa que configure mudança na rotina de atuação, somada ao fato de querer fazer parecer desnecessária a preocupação com uma reestruturação operacional, obviamente necessária. Isso com certeza também deve ser superado, pois a falta de estrutura não justifica o desrespeito à lei, devendo todas as instituições

que estão envolvidas no procedimento buscarem se adequar para a perfeita aplicação da norma mesmo que isso não ocorra a curto prazo.

### 3.3 AUDIENCIA DE CUSTÓDIA E A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DO CÁRCERE PROMOVIDA PELO PODER JUDICIÁRIO

A cultura do cárcere a muito tempo está compenetrada na prática jurídica criminal brasileira. O pensamento de que prender é a melhor, se não a única, forma de combater a criminalidade e evitar sua reiteração nunca deixou de existir em meio as decisões dos juízes criminais. Principalmente no que diz respeito a prisão em flagrante, a ideia de que a situação de flagrância por si só é motivo para que a pessoa continue presa, mesmo depois de afastada pela Lei 12.403/11, permanece ainda bem viva nesse meio.

Nesse sentido confirma Carlo Velho Masi (2015, p. 113):

A prisão cautelar é parte da tradição do processo penal brasileiro. Mesmo com a criação de medidas cautelares diversas, a mentalidade dos juízes criminais brasileiros manteve-se inerte, notadamente quando consideramos os delitos do Direito Penal clássico (acima de todos, crimes contra a vida e o patrimônio e tráfico de entorpecentes).

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2015) e o Departamento Penitenciário Nacional informaram que 41% dos presos no país são presos provisórios que aguardam encarcerados o julgamento de seu processo. Para agravar ainda mais, o IPEA (2015) publicou pesquisa apontando que em 37,2% dos casos de prisão cautelar, não houve condenação à prisão no final do processo, resultando na maioria das vezes em penas restritivas de direitos ou absolvição. Essa pesquisa só confirma o uso abusivo e desproporcional das prisões cautelares no país (BRENE; LÉPORE, 2016, p. 183).

Como já foi estudado anteriormente a prisão cautelar deve ser a última medida ou recurso a ser utilizada pelo julgador pois estamos falando da privação da liberdade de alguém que ainda não foi considerado culpado. A prisão provoca sobre o indivíduo um efeito dessocializador, pensar que ao promover o encarceramento de uma pessoa

fará com que sua conduta seja melhor quando colocada em liberdade chega a ser irracional. Somente deve-se prender quando já tiverem sido esgotadas as outras medidas intermediárias, tornando-se essas ineficazes, ou quando não puder ser utilizada outra medida diversa.

As alterações feitas pela Lei 12.403/11 aliadas a audiência de custódia devem trazer consigo um grande avanço no sentido de diminuir a banalização das prisões cautelares dando a elas o seu verdadeiro papel de extrema ratio no processo penal brasileiro.

A realização da audiência de custódia obviamente auxiliará na diminuição da superlotação carcerária pois proporcionará ao juiz um contato mais próximo com o preso ao invés da pura e simples leitura de um auto de prisão em flagrante, permitindo a ele elevar o seu nível de cientificidade, melhorando as condições para verificar entre os flagranteados quais deles realmente devem permanecer presos e decretar medida cautelar diversa da prisão para aqueles que puderem perfeitamente aguardar seu julgamento em liberdade sem causar qualquer tipo de dano ao processo ou a ordem pública.

Nesse sentido, afirma Lima (2016, p. 927):

Quando a convalidação judicial da prisão em flagrante é feita sem a apresentação do preso em flagrante, ou seja, tão somente com a remessa dos auto do APF à autoridade judiciária, a decisão judicial acaba sendo influenciada exclusivamente pela opinião da autoridade policial e do órgão ministerial que geralmente se manifestam a favor da conversão em preventiva (ou temporária). Daí a importância da audiência de custódia. A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des) necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante.

O contato pessoal do preso com a autoridade judiciária neste momento é determinante, pois a tendência é que o juiz forme seu convencimento exclusivamente pelo APF, que já foi resumido pelas autoridades responsáveis pela prisão, sendo influenciado por essas autoridades que obviamente querem legitimar o seu ato, sendo ele legal ou não.

Com a implantação da Audiência de Custódia, a possível aplicação das medidas cautelares diversas da prisão além de mais eficaz se torna também mais rápida, considerando que a pessoa presa em flagrante não terá que esperar pelo requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público durante a fase de

investigação, o juiz decidirá em até 24 horas se relaxa a prisão em flagrante, converte-a em preventiva ou substitui por uma ou mais medidas cautelares.

Portanto, a efetivação das medidas desencarceradoras terá como grande “aliada” nessa batalha contra banalização das prisões cautelares a audiência de custódia, porém de nada adianta toda essa movimentação se os operadores jurídicos não souberem extrair, desses instrumentos ofertados pela lei, o que eles tem de melhor para oferecer ao sistema acusatório brasileiro.

## CONCLUSÃO

Como foi visto a implantação da audiência de custódia está perfeitamente regulamentada pela Resolução nº 213 de 2011 antecipando as mudanças legislativas apresentadas no PLS 554/2011, embora desnecessárias, pois já está prevista em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

A audiência de custódia que tem como base norteadora os princípios da Presunção de Inocência, Contraditório e Ampla defesa entre outros, consiste na apresentação sem demora da pessoa presa em flagrante, para que seja entrevistada pelo juiz competente, afim de averiguar possíveis práticas de tortura, mas principalmente para que ele analise a legalidade e necessidade da prisão, baseando-se no contraditório entre Ministério Público e defesa, que tanto pode ser o Defensor Público como um advogado de confiança do preso.

Uma grande preocupação hoje no meio jurídico é o uso abusivo das prisões cautelares, que contribuiu significativamente para superlotação carcerária no país. Para desconstruir essa cultura do cárcere como único meio de combate à criminalidade - pois já ficou claro que o nosso sistema carcerário não contribui em nada para isso - várias medidas desencarceradoras foram introduzidas com a inovadora Lei nº 12.403/2011 que colocou na mão do julgador medidas alternativas à prisão, que podem ser tão eficazes para o acautelamento do processo, quanto para garantir a ordem pública, sem que seja necessário submeter o custodiado às tristes condições em que se encontram nossas prisões.

Por meio da audiência de custódia, o juiz terá a oportunidade de analisar de perto o preso e o caso concreto, fortalecendo sua cognição, podendo assim optar pela medida que julgar mais adequada, fundamentando sua decisão com mais cientificidade.

Portanto, a audiência de custódia em conjunto com as inovadoras medidas cautelares diversas da prisão são grandes ferramentas para a desconstrução da cultura do cárcere promovida pelo poder judiciário. Porém, o sucesso desta batalha

dependerá dos operadores jurídicos recepcionarem estes instrumentos ofertados pela lei com os corações desarmados e mentes abertas para, conseguirem extrair deles o que tem de melhor para oferecer ao sistema acusatório.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado; DA SILVEIRA, Sebastião Sérgio. *Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal*. As reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J.H. Mizuno, 2012. 182 p.

ADRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 4º Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. 179 p.

ARAÚJO, Davi. *Audiência de Custódia*. JusBrasil. Disponível em: <<http://araujodavi.jusbrasil.com.br/artigos/190252425/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 01 de out de 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Publicada em 03 de outubro de 1941. VadeMecum Saraiva Compacto. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*, promulgada em 05 de out de 1988. VadeMecum Saraiva Compacto. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Prisão. Audiência de Custódia*. Apresentação da Pessoa detida em Flagrante Delito em até 24 horas após a sua prisão. Alegações de Ofensa aos Princípios da Legalidade, da Harmonia e Independência dos Poderes e de Usurpação da Competência Privativa da União para legislar sobre Processo Penal. Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência Do TJSP E Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. CF/88, arts. 2º; 5º, II; E 22, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. ADEPOL/BRASIL. Acórdão 18 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.adepoldobrasil.org.br/stf-adi-5240-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em 10 de out de 2015.

BRENE, Cleyson; LÉPORE, Paulo. *Manual do Delegado de Polícia Civil*. 4º Edição. Salvador: JusPodivm, 2016. 318 p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16º Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. 819 p.

DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)> Acesso em 05 de nov.2015.

DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em 18 nov. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal - Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo, Atlas, 2014.

JESUS Luana. *A Constitucionalidade da Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2015. 41 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional e Processual Penal). Faculdades Unificadas Doctum, Teófilo Otoni, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4º Edição. Salvador: JusPodivm, 2016. 1.824 p.

LOPES JR. Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal*. *Revista Liberdades*. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209#\\_ftn12](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209#_ftn12)>. Acesso em 12 de out de 2015.

MASI, Carlo Velho. *A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento*. *Revista dos Tribunais*. Vol. 960.ano 104. p. 77-120. São Paulo: Ed. RT, out. 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A audiência de Custódia, o CNJ e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos*. *Jus Brasil*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>>. Acesso em 15 de fev de 2016.

PROJETO DE LEI DO SENADO nº 554, de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 28 fev. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4º Edição. São Paulo: Saraiva 2014.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995. 381 p.

SANTOS, Mário Sérgio Moura. *Aplicação da audiência de custódia*. *Revista JusNavigandi*, Teresina, ano 20, n. 4290, 31 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37644>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencia-custodia>> Acesso em 20 de abr de 2016.

Disponível em <<http://www.conjur.com.br/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>> Acesso em 08 de mai de 2016.

Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>> Acesso em 07 de jun de 2016.

Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-emitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 07 de jun de 2016.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 23 de jul de 2016.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal-cabimento-e-substitutividade,46262.html>>. Acesso em: 23 de jul de 2016.

