

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO E DA
ATUAÇÃO JUDICIAL**

ISABELA DOS SANTOS MAIA

RIO DE JANEIRO

2017/1º SEMESTRE

ISABELA DOS SANTOS MAIA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO E DA
ATUAÇÃO JUDICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

RIO DE JANEIRO

2017/1º SEMESTRE

M217a Maia, Isabela dos Santos
 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO
 INSTITUTO E DA ATUAÇÃO JUDICIAL / Isabela dos
 Santos Maia. -- Rio de Janeiro, 2017.
 75 f.

 Orientador: Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

 1. Audiência de custódia. 2. Prisão cautelar. 3.
 Tratados Internacionais. I. Prado, Geraldo Luiz
 Mascarenhas, orient. II. Título.

CDD 341.43

ISABELA DOS SANTOS MAIA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO E DA
ATUAÇÃO JUDICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

Data da Aprovação: ___ / ___ / ___

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2017/1º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela sua Misericórdia infinita e por sempre guiar meus caminhos segundo a sua vontade.

Agradeço à minha mãe, Maria das Graças, por toda garra e força, por nunca medir esforços para me ver feliz, por me apoiar em todas as decisões e participar de cada uma delas comigo. Ao meu pai, Franciso Maia (*in memorian*), por ter me feito enxergar a importância do estudo desde pequena e por ter sido um exemplo de perseverança. À minha avó, Luzia Alves (*in memorian*) por todo amor, orações e cuidados dedicados a mim ao longo dos 22 anos que passamos juntas. Agradeço também à toda a minha família, pela torcida, desde o vestibular até agora.

Aos meus amigos, pelo apoio, carinho e dedicação de sempre. Aqueles que estão comigo desde a infância, adolescência e também aos que encontrei ao longo dessa caminhada de 5 anos, e mesmo aqueles que as adversidades da vida fizeram com que não estejamos mais tão próximos assim, meu muito obrigada.

Aos meus professores, agradeço por todo conhecimento passados ao longo desses anos, e em especial ao meu professor orientador Geraldo Prado por toda disponibilidade que demonstrou no curso deste trabalho.

À Faculdade Nacional de Direito, obrigada por ter me acolhido, por ter me feito enxergar a vida de uma forma diferente e por ter sido indispensável na minha formação e crescimento pessoal e profissional.

À todos que, de alguma forma, contribuíram para que este trabalho acontecesse e, conseqüentemente, mais uma etapa da minha vida se encerrasse, meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise crítica do instituto da audiência de custódia, sua implementação por meio da resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como o exame da atuação judicial neste momento. Será tratado acerca das medidas cautelares, abordando a problemática das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, quanto ao tema principal, a saber, audiência de custódia, será explorado, sobre a sua falta de regulamentação legislativa, que se mostra necessária frente aos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Trataremos ainda, acerca da atuação dos magistrados nas audiências de custódia, trazendo um estudo sobre como devem ou não agir enquanto da realização de tal ato. A metodologia utilizada será doutrina nacional e internacional, e será explorado ainda, o direito comparado. Ademais, serão utilizados dados estatísticos advindos de sites oficiais para análise sobre a implantação das audiências de custódia pelo CNJ na praxe forense.

Palavras- chaves: audiência de custódia; prisão cautelar; Tratados Internacionais;

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the institution of the custody hearing, its implementation through Resolution 213 of the National Justice Council (CNJ), as well as the review of the judicial action at this time. It will deal with precautionary measures, addressing the issue of precautionary prisons in the Brazilian legal system. Besides that, we will go into the main theme of the research, namely custody hearing, which will be explored, about its lack of legislative regulation, which is necessary in the face of International Treaties ratified by Brazil. We will discuss in addition, the performance of the magistrates in custody hearings, bringing a study about how they should or should not act while performing such an act. The methodology used will be national and international doctrine, and will be explored, comparative law. In addition, statistical data from official sites will be used for analysis on the implementation of custody hearings by the CNJ in the forensic practice.

Keywords: custody hearing; Precautionary prison; International Treaties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. MEDIDAS CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
1.1. Da Presunção de Inocência.....	13
1.2. Princípios aplicados às prisões cautelares.....	15
1.2.1. Jurisdicionalidade e Motivação.....	15
1.2.2. Proporcionalidade.....	16
1.2.3. Provisoriedade.....	18
1.2.4. Excepcionalidade.....	20
1.2.5. Contraditório.....	21
1.3. Pressupostos das medidas cautelares: <i>Fumus comissi delicti e periculum libertatis</i>	22
1.4. Das prisões cautelares.....	24
1.4.1. Prisão em Flagrante.....	24
1.4.2. Prisão Preventiva.....	26
1.4.3. Prisão Temporária.....	30
1.5. Do uso indiscriminado das prisões cautelares.....	32
2. DA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO BRASIL ÀS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL.....	36
3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	40
3.1. Conceito.....	40
3.2. Objetivos.....	41
3.3. Quem deve ser apresentado.....	43
3.4. Formas de apresentação: Pessoal x Por videoconferência.....	45
3.5. A quem o preso deve ser apresentado.....	47
3.6. Prazo para apresentação.....	48
3.7. Consequências da não realização da audiência de custódia.....	50
3.8. Dados estatísticos de implantação da audiência de custódia no Brasil.....	53
3.9. Regulamentação da audiência de custódia por meio de lei ordinária.....	54

4. A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA	60
4.1. Providências a serem tomadas pelo juiz.....	60
4.2. O conteúdo da entrevista realizada na audiência de custódia.....	61
4.3. Da possibilidade ou não da audiência de custódia ser utilizada como expediente probatório em uma eventual ação penal.....	65
4.4. É possível que o juiz que preside a audiência de custódia seja mesmo a julgar a eventual ação penal?.....	67
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é um instituto que visa apresentar o sujeito preso ou detido, sem demora, a autoridade judicial competente, para que se analise a legalidade e a necessidade da prisão e ainda se verifique a presença de maus tratos policiais. Está prevista em diversos Tratados Internacionais, a saber, Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Apesar de o Brasil ter ratificado os dois primeiros Tratados mencionados, o instituto em apreço não obteve implementação legislativa no país.

As estatísticas¹ mostram que Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo e que 40% de sua população carcerária é formada por pessoas sem condenação transitada em julgado, ou seja, que foram presas cauterlamente. Os dados demonstram, ainda, que muitas dessas prisões são desnecessárias, fazendo crescer o número de detentos e mais, aumentando a instabilidade e falta de condições dignas nos presídios.

É neste contexto que se faz imprescindível a implantação das audiências de custódia, não apenas devido a superlotação dos presídios, e a necessária verificação acerca da legalidade e necessidade das prisões decretadas, mas também para adequar o Brasil às normas de direito internacional por ele ratificadas.

Desta forma, o presente trabalho iniciará tratando acerca das medidas cautelares, fazendo uma análise crítica sobre a utilização indevida das prisões cautelares no país, visto que grande parte delas são feitas de forma desnecessária e também, a margem da legalidade.

Num segundo momento, adentraremos ao tema principal, a saber, a audiência de custódia, tratando inicialmente das questões fáticas que cercam o instituto e posteriormente sobre a sua falta de regulamentação legislativa, que levou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a implementar tal instituto por meio da Resolução nº 213.

¹ Conselho Nacional de Justiça, Audiência de Custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 01/05/2017.

Por fim, trataremos da atuação dos magistrados nas audiências de custódia, analisando como devem proceder ao longo do ato e trazendo, ainda, um estudo de como devem agir frente a entrevista do sujeito preso ou detido no que diz respeito as questões de mérito do possível fato criminoso.

1. MEDIDAS CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, é necessário que se faça uma diferenciação entre processo cautelar e medida cautelar. Sendo assim, o processo cautelar é o instrumento utilizado para se obter as medidas cautelares, no entanto, quanto a estas últimas, nem todas são deferidas a partir do processo cautelar, podendo ocorrer também dentro do processo de conhecimento ou de execução, a exemplo da prisão provisória e da busca e apreensão.²

Podem ser classificadas como de natureza patrimonial; relativas à prova; e de natureza pessoal. As que interessam ao presente trabalho são as medidas cautelares de natureza pessoal, que, são aquelas que privam ou restringem o acusado da sua liberdade de locomoção na fase de investigação ou ao longo do processo, objetivando a sua efetividade.

Os incisos do art. 282 do Código Penal preveem os critérios para sua aplicação, *in verbis*:

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O magistrado deve sempre atentar para o binômio necessidade-adequação. É possível perceber que o próprio código se encarregou de definir alguns critérios de proporcionalidade, como é o caso do § 6º do artigo supracitado, que estabelece que: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Assim, resta claro que a proporcionalidade não será definida apenas com base no caso concreto³.

As medidas cautelares possuem características próprias que, a saber: a) acessoriedade; b) instrumentalidade; c) provisoriedade; d) revogabilidade; e) não definitividade; f) referibilidade. Explicaremos de forma resumida cada uma delas.

² LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 65.

³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Boletim 223, Junho de 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4380-Medidas-cautelares-pessoais-primeiras-reflexoes> Acesso em: 06/06/2017.

Pela acessoriedade, entende-se que dependem de um processo principal. Acerca do assunto Marcellus Polastri Lima assevera: “Como visto, existem simples medidas cautelares, sem a existência de um processo cautelar, e, assim, não se podendo identificá-las como processo cautelar, estas não tem como característica a autonomia.”⁴

Com relação a instrumentalidade hipotética, são assim chamadas devido ao fato de que o autor não precisa ter ao final do processo o seu direito reconhecido para que sejam utilizadas as medidas cautelares. Elas se destinam a prevenir um provável perigo ou evitar um possível dano.

São provisórias, porquanto devem ser utilizada nas situações de emergência, devendo deixar de vigorar quando a mesma se tornar desnecessária. Sobre isto Marcellus Polastri Lima explica:

“Entende-se como provisoriedade o fato da eficácia do processo cautelar ser provisória. A duração da tutela cautelar é provisória se justificando por uma situação de emergência, e, assim, deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer motivo que a torne desnecessária.”⁵

O doutrinador João Gualberto Garcez Ramos, no entanto, entende que ao invés da provisoriedade, a característica das medidas cautelares seria a temporariedade, que para ele, significa que a tutela cautelar serve para remediar uma situação de perigo, sendo deferida para durar certo tempo, sendo depois substituída por uma medida definitiva.⁶

Sobre a revogabilidade, por serem provisórias, são também revogáveis. Sendo assim, elas devem ser mantidas apenas enquanto os motivos que levaram a sua aplicação persistirem.

Não definitividade significa que a decisão que se refere à medida cautelar não faz coisa julgada material, apenas formal. Para Garcez Ramos:

⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 70.

⁵ LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 74.

⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de urgência no processo Penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 90.

“A incapacidade de gerar coisa julgada material ocorre, de fato, porque ela não se estende a totalidade do conflito de interesses, mas também ocorre porque a finalidade da tutela cautelar é diversa da finalidade da tutela de conhecimento (...).”⁷

Por fim, por referibilidade, entende-se que há um direito referido a qual se pretenda proteger, uma situação de perigo que se deseja superar. Desta forma, Marinoni entende que: “Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cauterlamente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado, ocorrendo neste caso satisfatividade e nunca referibilidade”.⁸

1.1. Da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também chamado de presunção de não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII da CRFB de 1988, garante que ninguém seja considerado culpado antes que haja o trânsito em julgado da decisão, ou seja, antes de se ter certeza acerca da inocência ou culpabilidade do indivíduo, ao fim do devido processo legal. Este direito foi consagrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas em 1948, que determina em seu art. 11.1 que “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”⁹. Assim como no texto supracitado, tal princípio também está previsto em Tratados Internacionais, como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que no seu art. 8.2 prevê que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”¹⁰. Está balizado ainda no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu art. 14.2.¹¹

⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de urgência no processo Penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 91.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 21/04/2017

¹⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 21/04/2017.

¹¹ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Art. 14.2. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 21/04/2017.

FERRAJOLI o define como “princípio fundamental de civilidade”¹², porquanto visa proteger o acusado, impondo a ele um tratamento digno, respeitoso e diferente daquele sobre o qual já há uma condenação definitiva, devendo reconhecê-lo como um sujeito de direitos.

Aury Lopes Jr entende que o princípio em apreço impõe um dever de tratamento, agindo em duas dimensões: interna e externa ao processo. Pela dimensão interna o juiz deve determinar que a carga probatória é do acusador e que havendo dúvida, prevaleça a absolvição. Ademais, deve-se prezar pela restrição com relação ao uso das prisões cautelares. Com relação à dimensão externa, a presunção de inocência deve servir como um limitador para a publicidade abusiva quanto à imagem do réu. Ou seja, deve controlar a exploração desmedida da mídia com relação ao fato criminoso.¹³

Acerca do princípio em apreço, Rogerio Schietti expõe:

“Releva destacar, outrossim, que a presunção de inocência ‘vale e impõe, sem quaisquer graduações, até ao trânsito em julgado’ (TAIPA DE CARVALHO, 1997, p. 311), sendo repudiável, por carregar a ideia de prisão cautelar como uma antecipação da expiação da pena, uma concepção gradualista da presunção de inocência, segundo a qual a presunção se enfraquece progressivamente ao longo das sucessivas decisões processuais desfavoráveis ao acusado (recebimento da denúncia, pronúncia e sentença condenatória ainda recorrível).”¹⁴

Apesar da presunção de inocência, estar consagrada na Constituição Federal no art. 5º, LVII, determinando que ninguém pode ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve-se atentar para o recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁵, que permite a execução da pena após a condenação em segunda instância. A maioria dos ministros entendeu que o início do cumprimento da pena a partir de tal momento, não fere o art. 283 do Código de Processo Penal¹⁶ e nem o artigo constitucional supracitado.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995.

¹³ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

¹⁴ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 72.

¹⁵ Habeas Corpus 126.292. Min. Rel. Teori Zavascki. Data do julgamento: 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 21/04/2017

¹⁶ CPP. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Ademais, o princípio em voga não obsta a aplicação das prisões cautelares, no entanto estas devem ocorrer de forma excepcional e para garantir a efetividade do processo, não podendo ser visto de forma radical, exatamente para não inviabilizar o processo penal. Sobre isto, Rogério Schietti assevera:

“A consequência lógica da presunção de não culpabilidade, no que diz respeito com as prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção. Essa concepção é a que prevalece nos ordenamentos processuais modernos, bem como em tratados e convenções internacionais.”¹⁷

A Constituição Federal no próprio art. 5, LXI¹⁸ permite a aplicação de medidas cautelares antes que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É necessário, porém, atentar para a excepcionalidade da medida. A prisão cautelar não deve ser utilizada de forma abusiva, pelo contrário, deve ser analisado caso a caso para se verificar a sua necessidade.

1.2. Principiologia das Prisões Cautelares

1.2.1 Da Jurisdicionalidade e motivação

Por jurisdicionalidade e motivação entende-se que a decretação de qualquer medida cautelar de natureza pessoal deve ser fundamentada pelo Poder Judiciário. Cabe ressaltar que com relação à prisão em flagrante, por se tratar de uma medida pré-cautelar, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial, o controle jurisdicional se dá em um momento diferido, podendo o magistrado homologar a prisão ou relaxá-la e, posteriormente, decretar a prisão preventiva, ou a concessão da liberdade provisória.¹⁹

Tal princípio é imposto pela própria Constituição Federal, que em seu art. 5º, LXI, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. O inciso LIV do artigo supracitado

¹⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 75.

¹⁸ CRFB/88. Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

¹⁹ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

também dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

O Código de Processo Penal, por meio do art. 315 também consagra o princípio ora mencionado, determinando que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.”. Além deste, os artigos 282 §2º e 322, preveem respectivamente que:

“Art. 282 §2º. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

“Art.322. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

Desta forma, resta claro a necessidade da prévia apreciação pelo juiz de todas as prisões cautelares, que só poderão ser decretadas e/ou mantidas se estiverem autorizadas na legislação e ainda se forem ordenadas pelo magistrado através de decisão fundamentada.²⁰

1.2.2 Da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade determina que o juiz deve fazer uma ponderação com relação a gravidade da medida por ele imposta com o objetivo pretendido, devendo-se atentar para o fato de que qualquer encarceramento, principalmente o provisório, produz grande nocividade ao acusado. Ou seja, o magistrado precisa analisar as consequências e estigmatização que uma prisão cautelar pode acarretar ao sujeito.

Sobre o assunto, Roxin entende que:

“Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do

²⁰ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85.

procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário”.²¹

Assim, o juiz deve avaliar os danos que uma prisão pode causar ao acusado, sem que se esqueça, porém, da possível necessidade de proteção da sociedade e da eficácia do processo penal. É necessário que seja feita uma ponderação entre o excesso de punição e a pouca proteção da população.

Grande parte da doutrina²² divide tal princípio em três subprincípios, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com relação a adequação, entende-se que uma medida cautelar precisa ser eficaz e apta para alcançar sua finalidade. Desta forma, se alguma das medidas diversas da prisão, disciplinadas no art. 319 do CPP forem adequadas e menos gravosas para se obter o resultado pretendido, elas devem ser aplicadas. Deve ser garantido ainda, de forma qualitativa - porquanto a medida cautelar precisa ser efetiva para o fim desejado - e quantitativa, pois deve ser decretada por um prazo razoável.²³

O art. 282, II do código supracitado trata do subprincípio em apreço, dispendo:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

Logo, é necessário que o juiz escolha a medida mais apropriada de acordo com cada caso, analisando se o direito fundamental que esta sendo posto em sacrifício está proporcional com o interesse que o Estado deseja alcançar.

²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000, p. 258

²² Neste sentido os autores: SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, pág.321; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96; GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Medidas Cautelares no Processo Penal – prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403 de 04.05.2011**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p.26.

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Medidas Cautelares no Processo Penal – prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403 de 04.05.2011**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p.27.

O segundo subprincípio é o da necessidade, que significa que se deve escolher a medida cautelar menos gravosa dentre as adequadas para se chegar ao fim pretendido. Ou seja, há várias medidas para se atingir o objetivo, devendo o juiz escolher a que for menos onerosa aos direitos fundamentais do indivíduo.²⁴

Por fim, o terceiro subprincípio chamado da proporcionalidade em sentido estrito, quer dizer que o magistrado deve sopesar se a medida utilizada é razoável para os propósitos que se deseja alcançar, fazendo um julgamento acerca da proporcionalidade do meio utilizado. Acerca do assunto, Rogerio Schietti pontua:

“No tocante à prisão cautelar (ou qualquer outra medida cautelar), estará ela, portanto, justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outras palavras, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do investigado ou acusado for razoável (ante os juízos de idoneidade e necessidade da cautela) e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao sujeito passivo da medida.”²⁵

Caberá, portanto, ao juiz fazer uma ponderação entre os efeitos danosos causados e os resultados que o meio adotado ocasionará.

1.2.3 Provisoriedade

As medidas cautelares possuem um caráter provisório, visto que quando se alcança a providência principal que ela visa tutelar, deve deixar de existir. Isto ocorrerá também quando desaparecerem os motivos ou necessidades que levaram à sua aplicação.

Tal princípio encontra-se balizado no art. 282 §§4 e 5 do CPP, *in verbis*:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Medidas Cautelares no Processo Penal – prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011.** Ediora revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p.27.

²⁵ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 99.

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

A prisão legalmente decretada tornar-se-á ilegal quando algum dos requisitos para a sua validade desaparecerem. Este tipo de ilegalidade chama-se derivada, porquanto surge em um momento posterior ao da sua decretação, já que inicialmente tal prisão era legítima. Esta ilegalidade traz a mesma consequência daquela originalmente verificada, a saber, o relaxamento da prisão, como preconiza o art. 5º, LXV da CRFB.

Desta forma, alguns códigos e diplomas penais tem previsto que se faça um exame, reavaliando a legalidade ou não da medida cautelar imposta. É o caso do Código de Processo Penal da Costa Rica, que em seu art. 257²⁶ determina da seguinte maneira:

“La privación de libertad finalizará:

- a) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, aun antes de que transcurran tres meses de haberse decretado.
- b) Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada.
- c) Cuando su duración exceda de doce meses.

Ademais disto, o art. 253 do código costa-riquenho²⁷ prevê que nos primeiros três meses que fora decretada a prisão preventiva será feita uma revisão quando o Tribunal entender que as circunstâncias de sua decretação tenham variado. Depois desse prazo, o Tribunal, de ofício, reexaminará a legalidade da prisão, podendo ordenar sua continuação, modificação, substituição ou ainda decretar a liberdade do indivíduo.

É imperioso ressaltar ainda que com o aumento das medidas cautelares no processo penal brasileiro, o magistrado terá mais opções, podendo fazer a substituição por outras medidas menos ou mais gravosas de acordo com cada caso.²⁸

²⁶ Código processual Penal da Costa Rica. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.html> Acesso em: 01/06/2017.

²⁷ Artigo 253. Durante os primeiros três meses de decretada a prisão preventiva, sua revisão só acontecerá quando o Tribunal entenda que haja variado as circunstâncias pelas quais se decretou. Vencido este prazo, o tribunal examinará de ofício, pelo menos a cada três meses, os pressupostos da prisão ou internação e, segundo o caso, ordenará sua continuação, modificação, substituição por outra medida ou a liberdade do imputado (...)” Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.html> Acesso em: 01/06/2017.

²⁸ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

1.2.4 Excepcionalidade

Este princípio se relaciona intimamente com o da presunção de inocência, já que por este último fica consagrado que a privação da liberdade deve ocorrer de forma excepcional. Acerca disto, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de forma correta determina, em seu art. 9.3²⁹, que a detenção dos indivíduos que estão aguardando o julgamento não pode ser vista como regra geral, e acrescenta que a sua libertação pode ser subordinada a assegurar a presença do interessado no julgamento, em qualquer fase do processo.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o princípio em apreço encontra-se previsto no art. 282 §6º do CPP, determinando que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Desta forma, tal dispositivo deixa claro que, sendo possível a aplicação das medidas diferentes da prisão elencadas no art. 319 do CPP, *in verbis*, estas devem ser adotadas.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

²⁹ PIDCP. Art. 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Aury Lopes Jr afirma que a excepcionalidade, a necessidade e a proporcionalidade devem atuar em conjunto, garantindo que as prisões cautelares sejam aplicadas aos casos mais graves, sendo usadas em *ultima ratio*³⁰. Ocorre que, infelizmente não é isso o que têm ocorrido, essas prisões têm sido decretadas de forma excessiva, e acabaram sendo banalizadas, porém, este assunto será mais bem explorando adiante.

1.2.5 Contraditório

A Lei nº 12.403 de 2011 trouxe significativas alterações ao Código de Processo Penal, e introduziu o contraditório nas medidas cautelares, que antes da entrada em vigor da referida lei, eram aplicadas *inaudita altera pars*. Assim, a defesa só poderia se manifestar acerca da decretação dessas medidas em um momento diferido, por meio de Habeas Corpus. Com a Lei acima exposta, o art. 282 §3º CPP passou a dispor sobre o contraditório prévio na aplicação das medidas cautelares como se pode observar:

“Art. 282 §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

Através da leitura do dispositivo supracitado resta claro que a intimação tornou-se uma regra. As exceções são os casos em que houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, onde o contraditório ocorrerá posteriormente, na fase de instrução processual.

A defesa precisará de um prazo razoável, fixado pelo magistrado, para que se manifeste acerca do pedido, produzindo as provas cabíveis para que posteriormente seja tomada a decisão por parte do juiz. Sabe-se que o contraditório dependerá de cada caso, nos casos em que houver risco de fuga, por exemplo, Aury Lopes Jr entende que o juiz deverá, ao decretar a prisão, marcar imediatamente a audiência, ou poderá decretar a prisão e fazer o contraditório em um momento diferido.³¹

Cabe destacar que o contraditório prévio também deve ocorrer nos casos em que houver suspeitas de desobediência de alguma das condições previstas na aplicação das medidas

³⁰ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

³¹ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 22.

cautelares diversas da prisão (art. 319 CPP), para só depois o juiz tomar as medidas cabíveis, podendo, assim, substituir, cumular ou ainda revogar a medida. Quanto a isso, Aury Lopes Jr assevera:

“A suspeita de descumprimento de quaisquer das condições impostas nas medidas cautelares diversas, previstas no art. 319, exigirá, como regra, o contraditório prévio à substituição, à cumulação ou mesmo à revogação da medida. É necessário, agora, e perfeitamente possível, que o imputado possa contradizer eventual imputação de descumprimento das condições impostas antes que lhe seja decretada, por exemplo, uma grave prisão preventiva.”³²

Por fim, é importante ressaltar ainda sobre a determinação acerca de tal princípio contida na Convenção Americana de Direitos Humanos³³, que em seu art. 7.5 diz que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade (...)” e, ainda em seu art. 8.1 assevera que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)”.

Por meio dos dispositivos acima mencionados, resta claro que o ideal seria que o legislador brasileiro também previsse acerca do encaminhamento do indivíduo desde logo ao juiz para que ele decida se irá ou não manter a prisão cautelar. Com a reforma do art. 282 do CPP, acrescentando o §3º, percebe-se que, apesar de o texto legal não ter tratado acerca dessa previsão, já houve um avanço com relação às medidas cautelares, porquanto foi assegurado ao sujeito preso ou detido o contraditório prévio a sua aplicação.

1.3. Pressupostos das medidas cautelares: *Fumus comissi delicti e periculum libertatis*

A doutrina tradicional traz como condições da aplicação das medidas cautelares o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Porém, para alguns doutrinadores, como, por exemplo, Aury Lopes Jr, há uma “impropriedade jurídica”³⁴ nestes termos, assim, para esta parte da doutrina,

³² LOPES JR, Aury. **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Boletim 223, Junho de 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4373-A-insercao-do-contraditorio-no-regime-juridico-das-medidas-cautelares-pessoais> Acesso em: 01/06/2017.

³³ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 26/04/2017.

³⁴ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

essas medidas estão, na verdade, condicionadas a presença do *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*.

Acerca do assunto o autor ora mencionado entende da seguinte forma:

“O equivoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a ‘fumaça de bom direito’? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese.”³⁵

Pela expressão “*fumus comissi delicti*” deve-se entender que é necessário que haja provas robustas acerca da existência do crime e ainda indícios suficientes de autoria. Ou seja, não se pode basear a decretação da prisão em “meras suspeitas de que tal indivíduo seja o autor do fato criminoso”³⁶.

O *periculum in mora* pode ser entendido como a possibilidade de que o perigo na demora do curso do processo faça com que a prestação judicial pretendida se torne ineficaz. Ocorre que este conceito se adapta perfeitamente com relação às medidas cautelares reais, onde a demora na prestação de um arresto ou sequestro, por exemplo, pode ocasionar o esgotamento do patrimônio do sujeito. Porém, com relação às medidas cautelares de natureza pessoal o que deve ser levado em consideração é o estado de liberdade do indivíduo, ou seja, o perigo que a situação de liberdade do agente provoca à investigação criminal, por isso deve-se falar em *periculum libertatis*. Assim, Aury Lopes Jr explica:

“O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.”³⁷

Com o acima exposto, é possível perceber que para a aplicação das medidas cautelares é preciso que estejam satisfeitos as condições de existência do crime e indícios de autoria

³⁵ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

³⁶ CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas Cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2ª Ed. Curitiba, Juruá, 2011, p.128.

³⁷ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

(*fumus comissi delict*) e ainda, que haja um risco do estado de liberdade do agente atrapalhar a investigação (*periculum libertatis*).

1.4. Das prisões cautelares

1.4.1. Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante encontra-se consagrada nos arts. 301 e seguintes do Código de Processo Penal e também a nível constitucional por meio do art. 5º, LXI que determina que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Ademais, como bem preconiza o art. 301 do CPP³⁸, pode ser decretada por qualquer pessoa ou autoridade policial e seus agente, sem que se tenha ordem judicial. Isto ocorre devido ao fato de o *fumus comissi delict* estar demonstrado de forma inequívoca, sendo assim, os autos da prisão deverão ser encaminhados para o juiz em até 24 horas (art. 306 §1º CPP), que fará a reapreciação do *fumus comissi delict* e a apreciação fundamentada do *periculum libertatis*.³⁹

Tal modalidade de prisão tem sido entendida como pré-cautelar, já que por si só não consegue garantir o resultado final do processo, visto que, após o a prisão em flagrante o detido será posto a disposição do juiz para que este lhe aplique ou não uma medida cautelar. Desta forma, o art. 310 do CPP prevê que no momento em que receber os autos de prisão em flagrante o magistrado deverá de forma fundamentada:

“I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá,

³⁸ CPP. Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

³⁹ LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 200, p. 223.

fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

Como bem demonstrado, o juiz em até 24 horas terá que tomar alguma das medidas previstas no dispositivo ora mencionado. Desta forma, para manter alguém preso além desse tempo, é preciso que haja uma decisão judicial fundamentada decretando a prisão preventiva. Acerca deste assunto, Aury Lopes Jr assevera:

“Logo, ninguém pode permanecer preso sob o fundamento prisão em flagrante, pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306 §1º do CPP).”⁴⁰

É importante frisar que, além do mero encaminhamento dos autos ao juiz competente, hoje, através da Resolução nº 213 do CNJ tem-se realizado as chamadas audiências de custódia, que irá ser tratada ao longo do trabalho, no entanto, é mister que se traga um breve resumo do que essa audiência se propõe a fazer. Assim, tal ato visa a apresentação do preso, imediatamente, à autoridade judicial, com a finalidade de verificar a legalidade, e a necessidade de manutenção da prisão e ainda a presença de maus tratos policial. Desta forma, o magistrado não precisará decidir mais com base apenas nos autos da prisão em flagrante, tendo a oportunidade também de ouvir pessoalmente o sujeito preso ou detido.

Por fim, cabe demonstrar as espécies de flagrante, dispostas no art. 302 do CPP:

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

- I - está cometendo a infração penal
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

As duas primeiras modalidades de flagrante são denominadas próprio ou real, porquanto o sujeito é surpreendido cometendo o delito (inciso I) ou tendo acabado de cometê-lo (inciso II). A terceira modalidade é chamada e “quase-flagrante” ou “flagrante impróprio” e a quarta

⁴⁰ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

de “flagrante presumido”⁴¹ sendo estes tipos mais frágeis com relação a sua legalidade. Para se falar em flagrante no inciso III, é necessário que haja uma perseguição em um pequeno intervalo entre este ato e o cometimento do crime. E ainda exige que haja uma situação que faça presumir a autoria. Com relação ao flagrante presumido, o sujeito deverá ser encontrado em circunstâncias que se presume que ele foi o autor do crime. Ocorre que, o termo “logo depois” utilizado no inciso IV pode ser um tempo mais dilatado em comparação com o do inciso anterior, visto que o verbo “encontrar” possibilita que haja um maior lapso temporal entre a prática do fato criminoso e o encontro do indivíduo que o praticou.⁴²

1.4.2. Prisão Preventiva

A prisão preventiva está prevista no art. 311 do CPP⁴³, onde consta que ela pode ser decretada de ofício pelo juiz ou a partir do requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial, devendo ser feita em decisão fundamentada. Além desses, o querelante também pode pedir tal modalidade de prisão, porém, os crimes de ação penal privada são de menor gravidade, sendo assim, via de regra, não são casos de aplicação da prisão preventiva. Desta forma, o querelante a que se refere o art. 311 do CPP, normalmente, é o da ação penal privada subsidiária da pública, pois ali, como o Ministério Público restou-se inerte, ele poderá requerer tal prisão.

Parte da doutrina⁴⁴ possui o entendimento no sentido de que o fato do magistrado poder decretar a prisão preventiva de ofício compromete a sua imparcialidade. Segundo o doutrinador Luiz Antônio Câmara: “Esta última possibilidade é desconforme a imparcialidade judicial. Na doutrina italiana fala-se de uma jurisdicionalização das providências cautelares obtida, inclusive, através de uma diferenciação entre as funções acusatória e julgadora⁴⁵”. A despeito do tema, Aury Lopes Jr também argumenta:

⁴¹ LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 232.

⁴² LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 45.

⁴³ CPP, art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁴⁴ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 70; CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais. Prisão e Liberdade Provisória**. 2ª Edição, Curitiba: Juruá, 2011, p. 125.

⁴⁵ CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais. Prisão e Liberdade Provisória**. 2ª Edição, Curitiba: Juruá, 2011, p. 125.

“A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador, Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.”⁴⁶

O art. 312 do CCP⁴⁷ traz os requisitos para a decretação da prisão em apreço. Assim, ela poderá ocorrer para garantir a ordem pública; a ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal; ou quando houver prova da existência do crime ou indícios de autoria.

No dispositivo supracitado encontra-se presente os dois requisitos essenciais para que ocorra uma prisão cautelar. O primeiro é o *fumus commissi delicti*, disposto na parte final, exigindo a existência do crime e indícios suficientes de autoria, não sendo necessário um juízo de certeza, mas sim de probabilidade, “não se contentando o legislador com mera possibilidade”⁴⁸. O segundo é o *periculum libertatis*, encontrado nas quatro hipóteses iniciais do artigo. Acerca deste requisito Gustavo Badaró:

“Tais situações caracterizadoras do *periculum in mora* que no processo penal costumam ser identificadas com o *periculum libertatis* devem ter sido demonstradas, extirpadas de dúvidas, para que o juiz decrete uma prisão (...) será necessário que o juiz fundamente sua decisão em fatos concretos, que demonstrem que a manutenção do acusado em liberdade colocará em risco a instrução criminal. Não obstam pois, meras conjecturas, ou simples suspeitas. Muito menos poderá o juiz limitar-se a repetir palavras da lei ou utilizar fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos (...)”⁴⁹

Primeiramente, sobre a decretação da prisão preventiva visando a “garantia da ordem pública” e da “ordem econômica”, Aury Lopes Jr defende sua inconstitucionalidade, porquanto as medidas cautelares servem para garantir a efetividade da persecução penal, sendo instrumentos a préstimos do processo. Desta forma, para o autor: “A prisão preventiva

⁴⁶ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

⁴⁷ CPP, **art. 312**. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁴⁸ LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 255.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: revista dos Trinunais, 2003, p. 429.

para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam desses provimentos.”⁵⁰

O decreto de prisão preventiva nestes casos tem sido confundida com o chamado “clamor público”. Muitas vezes há uma grande exploração midiática de algumas prisões, gerando um sentimento de vingança e mal estar na sociedade. Sendo assim, não é difícil encontrar decretações de prisões preventivas sendo feitas com a finalidade de satisfazer os sentimentos da população.

No que diz respeito a “conveniência da instrução criminal” e “risco para aplicação da Lei Penal”, o que deve ser levado em consideração é se tal medida é necessária. Nestes casos, FERRAJOLI⁵¹ afirma que tal prisão pode ser substituída por uma detenção, na qual o sujeito ficaria sob custódia pelo tempo que fosse necessário para o interrogatório, logo, seria algo em torno de horas ou, no máximo, alguns dias.

Aury Lopes Jr também defende que existem outros meio de se coletar prova de forma segura sem a necessidade de se prender preventivamente e acrescenta: “Inclusive, no que se refere ao risco para testemunhas e vítimas, uma boa alternativa é o disposto nos incisos II, III e V do art. 319 (...)”⁵²

Com relação a suspeita de fuga, é preciso que haja claros indícios que demonstrem essa possibilidade, já que decretar a prisão baseado nesse argumento com frágeis indícios confronta com o princípio da presunção de inocência.

O art. 313, *in verbis*, traz os requisitos complementares para a decretação de tal prisão:

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

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

⁵⁰ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trota, 1995, p. 776 e ss.

⁵² LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 103.

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

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

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

Como é possível observar, o inciso I do dispositivo acima citado, permite a decretação da prisão preventiva apenas em crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos. No inciso II, tal prisão pode ser decretada independente do quantum de pena aplicada, mas deve-se atentar que o requisito é que o sujeito seja reincidente em crime doloso. Nos casos de violência doméstica e familiar contra aquelas pessoas mencionadas no inciso III, deve-se atentar para o fato destes crimes serem sempre praticados dolosamente, já que deve ficar evidente a consciência e vontade de praticar tal ato com uma das vitima vulneráveis no dispositivo elencada. Ademais, também independem da quantidade de pena para a decretação da prisão preventiva. Acerca do parágrafo único, não importa se o crime for culposo ou doloso, muito menos o quantum de pena aplicada. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la independente se o crime for praticado dolosa ou culposamente, tal modalidade de prisão poderá ser decretada.

Por fim, cabe ressaltar que o juiz poderá revogar a prisão se verificar, ao longo do processo, a falta de motivo para que a mesma permaneça (art. 316 CPP)⁵³. A revogação da prisão preventiva é diferente, no entanto, de seu relaxamento. Ela deve ser relaxada sempre que for feita de forma ilegal, como previsto no art. 5º, LXV da CRFB⁵⁴. Já a revogação ocorrerá quando a prisão foi decretada de forma legal, mas ao longo da persecução passou a ser desnecessária.

⁵³ CPP, art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

⁵⁴ CRFB, art. 5, LXV. A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

1.4.3. Prisão Temporária

A prisão temporária foi instituída pela Lei 7.960/1989, logo após a promulgação da CRFB em 1988. Segundo o doutrinador Aury Lopes Jr ⁵⁵, surgiu num contexto de enfraquecimento da polícia judiciária brasileira, que perdeu certos poderes com a nova constituição e, desta forma, fez forte pressão para que tal modalidade de prisão fosse institucionalizada.

O art. 1º da lei supracitada trata das suas hipóteses de cabimento, prevendo, inclusive em quais crimes poderá ser aplicada:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

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

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

b) seqüestro 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 seqüestro (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 art. 285);

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

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

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

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

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

O *periculum libertatis* está demonstrado nos incisos I e II, e o *fumus commissi delicti* está previsto no inciso III, restando claro que é preciso que se tenha indícios razoáveis de autoria. Acerca do assunto Aury Lopes Jr comenta:

“O *periculum libertatis* acaba sendo distorcido na prisão temporária, para atender à imprescindibilidade para as investigações do inquérito. Daí por que não é a

⁵⁵ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 144.

liberdade do imputado o gerador do perigo que se quer tutelar, senão que a investigação necessita da prisão ou, ainda, a liberdade é incompatível com o que necessita a investigação para esclarecer o fato.”⁵⁶

Muitas críticas como a demonstrada acima são destinadas a esta modalidade de prisão, o Ministro Eros Grau, proferiu um voto em sede de Habeas Corpus demonstrando sua reprovação acerca da prisão temporária, in verbis:

“30. O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: **em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado** (art. 5º, n. LXIII) --- e o temos afirmado aqui exaustivamente --- o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. **Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade!** Sendo a privação da liberdade a mais grave das constrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. **Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão.**

31. **Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para que se afirme essa possibilidade.** Na dicção do Ministro CELSO DE MELLO, para tanto é indispensável "base empírica idônea".

32. Não falta quem diga que a prisão temporária é, às vezes, a "única punição" que o suspeito sofre. **Mas prisão cautelar não é pena, de sorte que a circunstância de ter sido ela o único constrangimento por ele suportado consubstanciará prova cabal de que, não tendo sido condenado, o acusado não merecia ser punido.**

33. **Pior ainda é o argumento da “agilização” da investigação.** Pois antes de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o seu curso.” (grifos nossos)⁵⁷

É preciso salientar também que o suspeito que se encontra preso está amparado pelo princípio de presunção de inocência e, ainda, não é obrigado a participar de atos de prova que possa lhe prejudicar, como, por exemplo, fazer reconhecimentos ou colaborar com reconstituições.

Ainda sobre o art. 1º da Lei 7.960/1989, a doutrina tem entendido⁵⁸ que os incisos I e III sempre devem estar presentes para a decretação da prisão em apreço, porquanto o ultimo demonstra o *fumus comissi delicti*. Assim, só poderá ocorrer a prisão temporária para aqueles crimes, já que se trata de um rol taxativo. Com relação ao inciso I, é ele que traz a necessidade

⁵⁶ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 149.

⁵⁷ Trecho retirado do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no HC nº 95.009/SP, p. 41 e SS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>> Acesso em 05/06/2017.

⁵⁸ A saber: Aury Lopes Jr, Marcellus Polastri Lima.

da prisão, prevendo a sua imprescindibilidade para que ocorra as investigações. Desta forma, Marcellus Polastri Lima assevera:

“Aliás, o inciso II nos parece redundante ante o inciso I, já que sendo necessário não se perder o contato com o suspeito ou indiciado para o sucesso da investigação, e não tendo ele identidade ou residência certa, a prisão se faz cabível, com o simples exame do inciso I, não havendo necessidade de socorro ao inciso II: a prisão será necessária para o sucesso da investigação.”⁵⁹

Esta modalidade de prisão possui prazo de duração fixado em Lei por 5 (cinco) dias, sendo este tempo prorrogável por igual período se tratando de caso de extrema e comprovada necessidade. Quando este prazo acabar, de acordo com o art. 2 §7º da referida Lei⁶⁰, o indivíduo preso deverá ser posto em liberdade, a menos que a prisão preventiva tenha sido decretada, sob pena de configurar-se o delito de abuso de autoridade (art. 4º, “i”, da Lei 4.898). Se o juiz decidir pela decretação desta última, deve haver uma fundamentação distinta, própria, não podendo utilizar os mesmos fundamentos da prisão temporária. Se tratando de crime hediondo, como prevê o art. 2º §4º da Lei 8.072 de 1990, o prazo poderá ser de 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período.

Por fim, outra característica da prisão temporária é que ela não pode ser decretada de ofício pelo juiz, só podendo ocorrer a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial, e, neste segundo caso, deve ocorrer a oitiva do Parquet antes que o juiz a decrete (art. 2º, §1º Lei 7.960/1989)⁶¹.

1.5. Do uso indiscriminado das prisões cautelares

Como já visto, a prisão cautelar é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, tendo como um dos princípios basilares a excepcionalidade, devendo ser aplicada apenas quando for, de fato, necessária e não para que haja uma satisfação da sociedade e da opinião pública como vem ocorrendo diariamente. Acerca do assunto Geraldo Prado assevera:

⁵⁹ LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 246.

⁶⁰ Lei 7.960/1989, art. 2 §7º. Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

⁶¹ Lei 7.960. art. 2 §1º. Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público

“O encarceramento provisório é medida excepcional. A frase encerra axioma consagrado em nosso Direito, porém, a realidade o desmente todos os dias. De acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça, relativamente ao ano de 2010, o número de presos provisórios no Brasil era de 164.683 homens e mulheres. Em idêntico período, havia 496. 251 pessoas presas, segundo a mesma fonte. A correlação revela muito claramente como a prisão provisória tem se agigantado, correspondendo a pouco mais de 30% da população carcerária total.”⁶²

As prisões cautelares no Brasil, têm se tornado cada vez mais banalizadas, com influências diretas do clamor popular e da opinião pública, fazendo com que tais prisões sejam utilizadas para demonstrar eficiência por parte do Estado. Sobre isto, Aury Lopes Jr entende da seguinte forma:

“É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarmismo social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.”⁶³

Como bem pontua FERRAJOLI⁶⁴, com a prisão preventiva, primeiro se castiga e depois se processa. Para o autor, deveria se limitar ao máximo tais prisões, restringindo, por exemplo, os crimes que a medida pode alcançar e suas razões, que, deveriam ser exclusivamente processuais, e não como prevenção de crimes futuros. E conclui afirmando que se a prisão preventiva possui natureza cautelar e não punitiva, sendo assim, o sujeito deveria cumpri-la em uma instituição com todas as comodidades possíveis de uma residência.

Deve-se salientar que algumas mudanças como visto ao longo deste capítulo, já ocorreram no CPP, no sentido de controlar, ainda que de forma pequena, a utilização das prisões cautelares. O art. 282 § 6º⁶⁵, por exemplo, determina que somente ocorrerá a prisão preventiva se não for possível a substituição por outra medida cautelar, elencada no art. 319⁶⁶ da mesma lei. O art. 310, II⁶⁷, ainda, dispõe que a prisão preventiva somente será decretada

⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Medidas Cautelares no Processo Penal – prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011.** Editora revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p.101.

⁶³ LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995. p. 776 e ss.

⁶⁵ CPP, art. 282 §6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

⁶⁶ CPP, art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a

nos casos dos artigos 312 e 313 do CPP, quando as medidas dispostas no art. 319 não forem suficientes.

O Conselho Nacional de Justiça, em seu relatório intitulado “Audiência de Custódia”⁶⁸, traz dados estatísticos dos presídios no país. O Brasil é o quarto país que mais encarcera, tendo um total de aproximadamente 600 mil presos. Deste número, 240 mil – 40% - são presos provisórios, ou seja, aqueles que não tiveram uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Cada um desses presos ficam em média 6 (seis) meses nas penitenciárias e custam 36 (trinta e seis) mil reais por ano. Assim, anualmente, o sistema penitenciário custa aproximadamente 21 (vinte e um) bilhões de reais ao Estado.

É neste contexto de superlotação dos presídios e uso indiscriminado das prisões cautelares que surge a ideia de implantação no ordenamento jurídico brasileiro das audiências de custódia, visto que apesar da previsão no Pacto São Jose da Costa Rica, ainda não conta nos textos legais pátrios. O tema será bastante discutido nos próximos capítulos, porém, é necessário que se faça um breve resumo devido a pertinência do assunto no capítulo em questão.

A audiência de custódia garante que o individuo preso ou detido seja apresentado, sem demora, a autoridade judicial, com o objetivo de evitar maus tratos e tortura policial e também de verificar a legalidade e necessidade da prisão. Com sua implantação a população carcerária tende a diminuir, já que como visto acima, 40% é composta por presos provisórios. Assim, conseqüentemente, diminuirá os gastos com a manutenção dessas pessoas encarceradas. Ademais, diminuindo o numero de presos, decairá também o número de mortes e violências dentro dos presídios, já que a causa disso, segundo o CNJ na dita pesquisa, também é a

investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

⁶⁷ CPP, **art. 312, II**. converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

⁶⁸ Conselho Nacional de Justiça, Audiência de Custódia. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 01/05/2017.

superlotação, pois aumenta a tensão entre os sujeitos das diferentes facções criminosas e ainda entre os presos e os funcionários das prisões.

Neste mesmo estudo, o CNJ explica também que, além da implementação de tal audiência, visa ainda incentivar avaliações sobre a necessidade da prisão, prevendo a implantação de centrais integradas de alternativas penais, bem como centrais de monitoramento eletrônico e câmara de mediação penal, tudo isto para trazer alternativas à restrição da liberdade.

Desta forma, é possível perceber o quanto a audiência de custódia é importante para que se faça o devido controle da necessidade das prisões. A partir da efetividade do instituto em apreço, por meio de estudos feitos pelo CNJ⁶⁹, estima-se a redução para a metade no número de presos sem condenação transitada em julgado, com a conseqüente redução nos gastos públicos para a manutenção dos presos e também das agressões e mortes que ocorrem diariamente no cárcere.

⁶⁹ Conselho Nacional de Justiça, Audiência de Custódia. p. 8. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 01/05/2017.

2 DA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO BRASIL ÀS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

A sociedade na qual vivemos possui um histórico de pouca preocupação com os indivíduos presos ou detidos. A partir da segunda metade do século XVIII surgiram algumas manifestações internacionais objetivando refrear o poder punitivo do Estado⁷⁰, um exemplo é a criação da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos em 1789 na França, que determinava em seu art. 7º⁷¹ que ninguém pode ser acusado, preso ou detido a não ser nos casos previstos em lei. Ocorre que, essa questão só passou a importar após a Segunda Guerra Mundial, quando foram criados diversos organismos com o intuito de proteger os direitos humanos, bem como preservar a segurança internacional. Neste ínterim, em novembro de 1940 foi criada a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), determinando em seu art. 5.3⁷² que o indivíduo preso ou detido deveria ser encaminhado, sem demora, ao juiz ou outra autoridade habilitada por lei.

A partir disso, outros textos internacionais foram criados com o mesmo intuito, contendo dispositivos semelhantes ao acima exposto. É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁷³, datado de novembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992 por meio do Decreto nº 592.

Dois anos após o PIDCP, os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, em novembro de 1969, aprovaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que foi ratificada pelo Brasil também em 1992 pelo Decreto nº 678, dispondo, em seu art. 7.5 que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais...”

⁷⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 15.

⁷¹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 7º- Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 09 de maio de 2017.

⁷² CEDH, art. 5.3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

⁷³ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 04/05/2017

Desta forma, diferentemente do Brasil, a maioria dos países signatários do Pacto São José da Costa Rica implementaram a audiência de custódia em seus diplomas nacionais, seja na constituição ou na legislação infraconstitucional. A Constituição da Guatemala, por exemplo, em seu art. 6º estabelece:

“Artículo 6.- Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.”⁷⁴

Assim como o texto constitucional da Guatemala, o Código de Processo Penal Chileno determina:

“Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas. Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que La detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado. Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública. Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal.” (grifos nossos).⁷⁵

Ao contrário dos países acima mencionados, o Brasil apesar de ter ratificado a CADH, não se preocupou em dar plena efetividade a Convenção, assim, não houve nenhum texto legal que se propusesse a implementar, de fato, a audiência de custódia no âmbito do processo penal brasileiro. Apesar de alguns intentos de ordem legislativa, nenhum projeto foi adiante. Assim, o que se tem no Brasil são apenas dispositivos que se assemelham a tal audiência.

⁷⁴ Constituição da Guatemala. Disponível em <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf> Acesso em 04/05/2017

⁷⁵ Código de Processo Penal do Chile. Disponível em <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 04/05/2017

Alguns autores consideram o art. 656 do CPP como precursor da audiência de custódia⁷⁶. Ocorre que, o artigo traz tal ato como uma faculdade do juiz e não um direito do indivíduo preso ou detido. Por isso, um dispositivo que se assemelha mais com o instituto em apreço é o art.236 §2º do Código Eleitoral⁷⁷, que dispõe que toda pessoal presa, em flagrante ou não deve ser apresentada ao juiz competente para se verificar a legalidade da detenção.

Bem como o Código Eleitoral, outro texto nacional – também datado de antes da ratificação pelo Brasil da CADH – que guarda semelhança com o instituto da audiência de custódia é o Código de Menores (Lei nº 6.697 de 1979), que determinava, por meio do art. 99⁷⁸, a apresentação do menor de 18 anos que se envolvesse na prática de alguma infração penal. Substituindo a referida lei, vem o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que sofreu grandes influências dos textos internacionais, apesar de este também ser datado de 1990, ou seja, antes da ratificação pelo Estado brasileiro da CADH. Assim, de acordo com o ECA, se o adolescente for apreendido através de ordem judicial, sua apresentação é feita ao juiz (art.171). Porém, se a apreensão for em flagrante de ato infracional de natureza grave ou que tenha reproduzido repercussão social, o auto de prisão em flagrante e o adolescente deverão ser encaminhados ao Ministério Público (art. 174, 175 e 179).

Apesar de o Brasil ter ratificado a CADH e o PIDCP há mais de 20 anos, a audiência de custódia ainda não foi internalizada na legislação do nosso país. Os textos internacionais supracitados são bastante claros ao dispor que o sujeito preso ou detido deve ser encaminhado, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade judiciária. Acerca do tema, deve-se atentar ainda para a Convenção de Viena sobre tratados, ratificada pelo Brasil em dezembro de 2009⁷⁹, que determina em seu art. 27⁸⁰ que o direito interno de um país não pode ser invocado para a se deixar de aplicar um tratado internacional por ele ratificado.

⁷⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 18.

⁷⁷ Código Eleitoral Brasileiro, art. 236 §2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

⁷⁸ Lei nº 6.697 de 1979, art. 99. O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

⁷⁹ Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 08/05/2017.

⁸⁰ Convenção de Viena sobre Tratados, art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 08/05/2017

Por fim, cabe destacar que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 pelo Supremo Tribunal Federal ⁸¹, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil possuem status supralegal, ou seja, estão abaixo da Constituição Federal, porém, acima das leis ordinárias. Assim, entendemos que a audiência de custódia está plenamente vigente no nosso ordenamento jurídico.

Mesmo diante de tudo o que foi exposto acima, e de alguns Projetos de Lei e Emendas Constitucionais terem sido criados a fim de regulamentar a audiência de custódia, o poder Legislativo brasileiro não tem demonstrado grandes interesses e cuidados na sua criação e aprovação. Algumas foram arquivadas, como é o caso da Emenda Constitucional nº 112, de 2011, apresentada pelo então Deputado Federal Domingos Dutra, em razão do fim da legislatura. Outros, porém, seguem tramitando no Congresso Nacional, como, por exemplo, o PLS nº 554 de 2011, apresentada pelo senador Antonio Carlos Valadares ⁸². Enquanto alguns projetos de lei seguem sua tramitação demorada, o Brasil continua atrás de seus países vizinhos, visto que a maioria implementou a audiência de custódia no ordenamento jurídico.

⁸¹ Recurso Extraordinário nº 466.343-1 SÃO PAULO. Min. rel. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 08/05/2017.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 45.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1. Conceito

A audiência de custódia é um instrumento que visa à apresentação do preso, imediatamente, à uma autoridade judicial, a fim de verificar a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão e ainda a ocorrência de maus tratos policial.

Caio Paiva conceitua o instituto da seguinte forma:

“O conceito de audiência de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia, consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar as questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.”⁸³

A previsão deste instituto é encontrada em vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aderida pelo Brasil em 1992, tendo sido promulgada pelo Dec. 678, em 6 de novembro daquele mesmo ano⁸⁴. Assim, a CADH, em seu art. 7.5 assevera:

“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 (...)”⁸⁵

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aderido pelo Brasil no ano mesmo ano da Convenção supracitada, tendo sido promulgado pelo Dec. 592⁸⁶, também trata da audiência de custódia, através de seu art. 9.3, estabelecendo que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida à presença do juiz ou

⁸³ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pág. 31.

⁸⁴ LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz: Rumo a Evolução Civilizatória do Processo Penal**. Revista Liberdades. IBCCrim nº 17 – setembro/dezembro de 2014. Pág. 12. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf> Acesso em: 20/04/2017.

⁸⁵ **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto San José de Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 19/04/2017.

⁸⁶ LOPES JR, PAIVA CAIO. **Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do preso ao juiz: rua a evolução civilizatória do Processo Penal**. Revista Liberdades. IBCCrim nº 17 – setembro/dezembro de 2014. p. 12. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf> Acesso em: 20/04/2017.

de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”⁸⁷. Ademais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em seu art. 5.3 da mesma forma dispõe:

“Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo.”⁸⁸

Acerca do tema, Jesús María Casal afirma que:

“El artículo 7.5 de la Convención reconoce, en su primera parte, el derecho de todo detenido o retenido a ser conducida sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Este derecho constituye otra de las garantías de la libertad personal que se traduce en obligaciones positivas a cargo del Estado. Su finalidad es también evitar detenciones ilegales o arbitrarias, lo cual alcanza en este numeral 5 del artículo 7 una especial significación, ya que el derecho y obligación de pronta conducción ante una autoridad judicial responde a la idea de que a ella corresponde verificar la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, incluyendo el examen de la licitud de la privación de libertad.”⁸⁹

A audiência de custódia, portanto, é mais do que apenas uma apresentação do preso ao juiz, ela serve como um controle judicial imediato da prisão⁹⁰ para verificar a legalidade e os requisitos da manutenção do encarceramento, bem como verificar a integridade física do sujeito.

3.2. Objetivos

Primeiramente, é importante destacar a importância na implementação da audiência de custódia no Brasil objetivando adequar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que voluntariamente aderiu. Assim, ainda que alguns aplicadores do direito sejam contra o instituto, ele deve ser obedecido, já que está previsto, como já visto anteriormente, na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos aderidos pelo Brasil no ano de 1992.

⁸⁷ **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 19/04/2017.

⁸⁸ **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 19/04/2017

⁸⁹ CASAL, Jesús María. **Convención Americana sobre derechos Humanos** – Comentario. Fundación Bototá, Colômbia: Konrad Adenauer, 214, p. 195. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>> Acesso em: 20/04/2017.

⁹⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 34.

Ademais, um dos propósitos do instituto diz respeito à prevenção de tortura policial. O Senador Antonio Carlos Valardes ao propor o Projeto de Lei do Senado (PLS) n° 554/2011, que determina a apresentação judicial obrigatória do sujeito preso em flagrante, justificou o projeto tratando das finalidades da audiência de custódia como o resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso, além de “prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário”. Sobre isso, o CADH trata em seu art. 5.2 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”.⁹¹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso conhecido como caso de “Los Niños de La Calle” ressaltou a importância da apresentação do sujeito preso ao judiciário para evitar as chamadas detenções arbitrárias e ainda os casos de tortura, como se pode ver no trecho a seguir:

“La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “Corte Europea”) ha remarcado que el énfasis en la prontitud del control judicial de las detenciones asume particular importancia para la prevención de detenciones arbitrarias. La pronta intervención judicial es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida o serios malos tratos, que violan garantías fundamentales también contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convención Europea”) y en la Convención Americana. Están en juego tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. En este sentido, la Corte Europea destacó especialmente que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de esas garantías y una más grave violación del artículo en cuestión.”⁹²

Após a realização da audiência de custódia sem que haja a liberação imediata, faz-se necessário que o preso seja encaminhado para uma unidade prisional separada, diferente das cadeias públicas, para que seja evitado um risco de maus tratos e assim, seja preservada a integridade física e psíquica do indivíduo.⁹³

⁹¹ **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 20/04/2017.

⁹² Corte IDH. **Caso de “Los Niños de La Calle” villagrán Morales y otros Vs Guatemala**. Sentença proferida em 19/11/1999 §135. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf> Acesso em: 12/04/217

⁹³ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 38.

Outra finalidade da audiência de custódia é o de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, fazendo com que seja garantido os direitos do sujeito preso, inclusive através da aplicação do princípio da presunção de inocência.

Acerca do assunto, Gustavo Badaró assevera:

“No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou *bifronte*: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar”.⁹⁴

Sobre esse terceiro objetivo, a Corte Interamericana, no caso *Bayari vs Argentina* também decidiu:

“Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle frente a detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve realizar-se sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, levando em conta sua especial vulnerabilidade. Como já se disse, o juiz é o garante dos direitos de toda pessoa sob a custódia do Estado, motivo pelo qual cabe a ele a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias e garantir um tratamento em conformidade com o princípio de presunção de inocência.”⁹⁵

Ademais, através da necessidade de se evitar prisões ilegais, arbitrárias e desnecessária, será possível fazer a identificação dos indivíduos presos ou detidos em situações especiais, como, por exemplo, os que estiverem debilitados por doenças graves, ou as gestantes, sendo aplicada nesses casos, a prisão domiciliar.⁹⁶

3.3. Quem deve ser apresentado

Atualmente, os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, como, por exemplo, a PLS 554/2011, restringem a Audiência de Custódia apenas aos presos em

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo. **Parecer na Ação Civil Pública registrada sob o nº 8837-91.2014.4.01.3200**. 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. São Paulo, 31 de julho de 2014. Pág. 14 Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf?x20748>. Acesso em: 12/04/17.

⁹⁵ Corte IDH, **Caso Bayarri vs Argentina**, §65, Sentença de 30 de outubro de 2008. §67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf> Acesso em: 17/05/2017

⁹⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 40.

flagrante delito. Porém, o entendimento internacional acerca do assunto, como bem já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁹⁷ é de que “La inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a captura infraganti”⁹⁸ ou “sin orden judicial”⁹⁹.

Resta claro que nos casos *J. vs Peru* e *López Álvarez vs Honduras*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) não limitou o instituto apenas a prisão em flagrante, mas asseverou sua especial importância nesses casos. Além disso, os textos internacionais que estabelecem o direito à Audiência de Custódia não fazem qualquer diferenciação quanto aos presos em flagrante e os presos em outras modalidades de prisão, a saber: preventiva e temporária. Muito pelo contrário, os textos garante o instituto as pessoas presas ou detidas.

Ademais, a resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu art. 1° trata da pessoa presa em flagrante ou apreendida, porém é em seu art. 13 que a resolução deixa claro que não restringe a Audiência de Custódia as situações de flagrante, como se pode observar abaixo:

“Art. 1° Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.”¹⁰⁰

O PLS 554/201, no entanto, limita a audiência de custódia apenas a esse tipo de prisão. Porém, pelo exposto acima, resta claro que o texto deveria abranger também as outras modalidades. Sobre isso, Caio Paiva afirma:

⁹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 52.

⁹⁸ CIDH, **Caso López Álvarez vs Honduras**, § 88, Sentença de 01 de Fevereiro de 2006. Pág. 42. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017

⁹⁹ CIDH, **Caso J. vs Peru**, §143, Sentença de 27 de Novembro de 2013. p. 47 <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017

¹⁰⁰ Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 19/04/2017.

“A audiência de custódia deve, portanto, ser realizada nos casos de prisão preventiva e temporária? A resposta, a meu ver, é sim, de modo que, nestas ocasiões, a finalidade da realização do ato será predominantemente prospectiva, voltada para o futuro, para verificar ou reavaliar a necessidade da prisão, notadamente os fundamentos que ensejaram a sua decretação.”¹⁰¹

Na mesma toada, Gustavo Badaró assevera:

“Já no caso de prisão temporária ou prisão preventiva, por decorrerem de prévia e fundamentada decisão judicial, não é necessária uma posterior análise de sua legalidade. Todavia, mesmo assim, a pessoa presa tem direito, com fundamento no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la, e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado.”¹⁰²

Assim, entende-se que a audiência de custódia deve ser garantida não só aos presos em flagrante, mas também àqueles que têm sua ordem de prisão expedida por autoridade judicial, como bem prevê a Resolução n° 213 do CNJ.

3.4. Formas de apresentação: Pessoal x Por videoconferência

A audiência de custódia se caracteriza pelo contato direto do indivíduo preso ou detido com a autoridade judicial. A polícia judiciária, no entanto, com os argumentos de que os órgãos públicos não possuem recursos financeiros, alegando ausência de combustível para tantos deslocamentos, recursos humanos – ausência de pessoal - e estruturais, se mantêm contra a necessidade da apresentação pessoal.¹⁰³

A CIDH, no caso *Bayari vs Argentina* reforça a necessidade da apresentação pessoal do indivíduo preso ou detido, afirmando que:

“o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e avaliar todas as explicações que este lhe apresente, para decidir se cabe a liberação ou a manutenção da privação de liberdade. O contrário equivaleria a destituir de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção”¹⁰⁴

¹⁰¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 85.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo. **Parecer na Ação Civil Pública registrada sob o n° 8837-91.2014.4.01.3200**. 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. São Paulo, 31 de julho de 2014. Pág. 3 Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf?x20748>. Acesso em: 15/04/17.

¹⁰³ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 60

¹⁰⁴ Corte IDH, **Caso Bayarri vs Argentina**, §65, Sentença de 30 de outubro de 2008. Pág. 19. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf> Acesso em: 15/04/2017

Em outro caso, também, a CIDH decidiu pela apresentação pessoal do sujeito como pode-se observar a seguir:

“En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.”¹⁰⁵

Desta forma, resta claro também que a simples comunicação da prisão ao juiz e a remessa do auto de prisão em flagrante para o mesmo, como antes da Resolução nº213 do CNJ acontecia no Brasil, não é suficiente e muito menos servem como justificativa para que a audiência de custódia não seja implantada no ordenamento jurídico do nosso país.

A apresentação do sujeito através de videoconferência viola o art. 7.5 da CADH e, além disso, a finalidade do instituto não seria alcançada. Acerca do tema, Caio Paiva afirma:

“A normativa internacional a respeito da audiência de custódia é bastante clara ao estabelecer que o preso deve ser conduzido à presença da autoridade judicial, me parecendo acertado concluir, portanto, que se o preso é ouvido por sistema de videoconferência, ambas as expressões destacadas são violadas, pois não houve condução nem tampouco o ato se realizou na presença do juiz”¹⁰⁶

O preso não terá plena condição de narrar o acontecimento de maus tratos ou tortura policial através de um vídeo, estando dentro de um estabelecimento prisional sem que colocasse mais ainda em risco sua integridade física e psíquica.

Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa entendem:

“Reconhecemos, também, que deve ser exceção e justificada, nos mesmos moldes do artigo 185, parágrafo 2º, do CPP. É que o impacto humano do contato pessoal pode modificar a compreensão. Não podemos é banalizar o uso da videoconferência sob pena de matar um dos principais fundamentos da audiência de custódia: o

¹⁰⁵ CIDH, **Caso Tibi vs Equador**, §118, Sentença de 07 de setembro de 2004. Pág. 63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf> Acesso em: 15/04/2017.

¹⁰⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 53.

caráter humanitário do ato, a oportunidade do contato pessoal do preso com o seu juiz.”¹⁰⁷

Assim, entendemos que há hipóteses excepcionais, que a apresentação por videoconferência pode ocorrer, no entanto, é preciso salientar que esses casos devem ser sempre exceções e, além disso, necessitam ser devidamente justificados.

3.5. A quem deve ser apresentado

Os Tratados Internacionais que versam sobre a Audiência de custódia estabelecem que, além do juiz, o preso poderá ser apresentado à outra autoridade habilitada por lei. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), por exemplo, estabeleceu em seu art. 7.5 que a apresentação poderá ser feita à “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) determina, em seu art. 5.3 que a audiência poderá ocorrer na presença de “outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais”. Sendo assim, surge a indagação se a apresentação do indivíduo pode ser feita a outra pessoa que não seja o juiz.

Os países que implantaram o instituto determinaram que somente o juiz pode conduzir a apresentação da pessoa presa ou detida. O Brasil, através da Resolução n° 213 do CNJ tem acompanhado os outros países nesse sentido. Ocorre que, a Polícia Judiciária brasileira vem combatendo veementemente esta posição, defendendo que os Delegados de Polícia podem ser entendidos como a outra autoridade autorizada por lei prevista na CADH¹⁰⁸.

Diante da dificuldade de se determinar quem seria essa outra autoridade competente para realizar a audiência de custódia, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), através de jurisprudências fez a interpretação da expressão. Desta forma a conclusão chegada foi de que a autoridade diversa do juiz deveria ser independente e imparcial frente às autoridades que estão envolvidas na persecução penal. Faz-se necessário destacar que, ainda que o TEDH não exerça jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, a paradigmática interpretação da corte nos serve de parâmetro.

¹⁰⁷ LOPES JR, Aury; MORAIS, Alexandre Moraes da. **O Difícil Caminho da Audiência de Custódia**. Empório do Direito, 09/05/2015. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/o-difícil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>> Acesso em: 14/05/2017.

¹⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 79.

Acerca do tema, Caio Paiva assegura em seu livro que:

“Se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e de repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, poder para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade.”¹⁰⁹

Desta forma, chega-se a conclusão que nem o Ministério Público, nem os Delegados de Polícia são essa outra autoridade.

Primeiramente deve-se destacar que o MP não é uma parte imparcial dentro da persecução penal e, além disso, a autoridade que realizará a audiência precisa decidir a partir dos critérios legais, ordenando a liberação do preso se a detenção tiver sido feita de forma ilegal. Sendo assim, resta claro que o MP não possui autoridade para: a) determinar o relaxamento de uma prisão ilegal; b) conceder liberdade provisória; c) converter a prisão preventiva em domiciliar quando estiverem presentes os requisitos; d) fazer cessar tortura policial. Logo, o Parquet não pode ser considerado a autoridade diversa do juiz apta à realização da audiência de custódia.

Com relação aos Delegados de Polícia, além de não possuírem os poderes já elencados acima, ainda há um segundo problema: um dos objetivos de tal ato é prevenir contra a tortura policial, assim, como é possível entregar análise sobre a integridade física e psíquica do preso aos Delegados de Polícia? A audiência de custódia vem para ser um controle judicial da prisão, evitando os maus tratos policiais, logo não seria plausível que o Delegado de Polícia fosse essa outra autoridade.

3.6. Prazo para a apresentação

Os Tratados Internacionais não estipulam um prazo para que haja a apresentação da pessoa presa ou detida ao juiz, eles, porém, utilizam expressões com significados vagos para se referir a essa delimitação de tempo. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu

¹⁰⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 47.

art. 7.5 utiliza a expressão “sem demora” para tratar do aspecto temporal que vai desde a captura do sujeito até o seu encaminhamento ao juiz ou autoridade judicial.

Mesmo não havendo um prazo estipulado nos textos internacionais para que ocorra a audiência de custódia, o entendimento dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos é de que a expressão “sem demora” deve ser interpretada caso a caso, de acordo com suas características particulares.

Jesus Maria Casal, a partir do caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos assevera:

“La conducción ante la autoridad judicial debe tener lugar “sin demora”. La Corte Interamericana, siguiendo al TEDH, ha estimado que deben valorarse las circunstancias del caso concreto para determinar si el traslado del detenido ante el juez colma esta exigencia temporal.”¹¹⁰

Ainda que os Tribunais Internacionais tenham entendido que se deva verificar cada caso concreto, há jurisprudências que vem servindo de “parâmetro”¹¹¹ para a expressão “sem demora”, para que a audiência de custódia possa cumprir efetivamente o que se propõe. Assim, a Corte Interamericana, já decidiu em alguns casos que certos lapsos temporais não são razoáveis nem compatíveis com os objetivos do instituto, como por exemplo: “quase cinco dias”¹¹², “quase uma semana”¹¹³, “dezessete dias”¹¹⁴.

Desta forma, não havendo prazo determinado, cada país estipulou seu próprio prazo para que ocorra a apresentação do indivíduo preso ou detido, por exemplo, a Constituição do México em seu art. 16¹¹⁵ e de Portugal, através do art. 28.1¹¹⁶ determinaram o prazo máximo

¹¹⁰ CASAL, Jesús María. *Convención Americana sobre derechos Humanos – Comentario*. Fundación Bototá, Colômbia: Konrad Adenauer, 214, p. 198. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>> Acesso em: 18/04/2017.

¹¹¹ PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro*. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 44.

¹¹² Corte IDH. *Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs México*. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas, Sentença proferida em 26/11;2010 §102, p. 39. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>> Acesso em: 18/04/2017.

¹¹³ Corte IDH, *Caso Bayarri vs Argentina*, §65, Sentença de 30 de outubro de 2008. § 66 e 68 Págs.19/20 . Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf> Acesso em: 18/04/2017

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Garcia Asto y Ramirez Rojas vs Peru*. Exceção Preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 25/11/2005 §115. p. 66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em: 18/04/2017.

¹¹⁵ Constituição Política dos Estados Unidos Mexicano Art. 16. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponersele a

de 48 horas para que o sujeito seja encaminhado à autoridade judicial. Já o Código Processual Penal do Chile¹¹⁷, traz o prazo de 24 horas, conforme o art. 131 e 132.

Quanto ao Brasil, como já dito anteriormente, ainda não há um procedimento estabelecido em lei para tratar da audiência de custódia. No entanto, o PLS 554/2011 determina o prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa ou detida. Ademais, cabe destacar que o Código de Processo Penal brasileiro, através do art. 306 §1º, determina esse mesmo prazo para o encaminhamento dos autos de prisão em flagrante ao juiz, sendo um prazo razoável devendo ser seguido no que diz respeito à audiência de custódia.¹¹⁸

Por fim, recentemente, a Defensoria Pública do Estado de Goiás ajuizou uma Reclamação Constitucional nº 25.891, cuja liminar foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio determinando que as audiências de custódia sejam realizadas nos finais de semana, feriados e recessos forenses, e que o prazo para que tal ato aconteça é de 24 horas contadas a partir do momento da prisão¹¹⁹.

3.7. Consequências da não realização da audiência de custódia

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu em alguns casos que quando não há a realização da audiência de custódia ou se procede a imediata apresentação ao juiz, independente da fase em que o processo se encontre ou deve-se prontamente colocar o sujeito em liberdade.¹²⁰

disposición de la autoridad judicial (...) Disponível em:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf> Acesso em: 19/04/2017.

¹¹⁶ Constituição da República Portuguesa Art. 28.1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa. Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 19/04/2017.

¹¹⁷ Código Processual Penal do Chile. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 19/04/2017.

¹¹⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 46.

¹¹⁹ Reclamação Constitucional nº 35.891 GOIÁS. Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <file:///C:/Users/Isabela/Downloads/texto_311781843.pdf> Acesso em: 11/06/2017.

¹²⁰ Corte IDH, **Caso Juan Humberto Sanchez vs Honduras** §84, Sentença de 07 de junho de 2003 pág. 61. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017; Corte IDH, **Caso Bulacio vs Argentina**, §129, Sentença de 18 de setembro de 2003, pág. 53 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017;

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido de forma reiterada que a não realização de tal audiência, não é motivo que enseja a ilegalidade da prisão. Como é possível observar a seguir:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. NÃO APRESENTAÇÃO DO PRESO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RESGUARDO A ORDEM PÚBLICA. RENITÊNCIA DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais" (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016).¹²¹

O autor Caio Paiva, no entanto, diverge do entendimento do STJ, argumentando que a não realização de tal ato torna a prisão ilegal, devendo, portanto, ser relaxada¹²² como preconiza o art. 5º, LXV da CF¹²³. O autor expõe:

“Alguns Tribunais, porém, em habeas Corpus impetras pelas Defensorias Públicas por todo país, não tem reconhecido a ilegalidade da prisão, mas sim determinando que a audiência de custódia seja realizada. Embora trate de significativo avanço se comparado ao entendimento dominante, de sequer reconhecer a existência dessa garantia no cenário jurídico, tal expediente é duplamente equivocado: (1) se equivoca, primeiro, conforme já vimos, quando despreza que a audiência de custódia consiste em etapa procedimental indispensável à legalidade da prisão; (2) e se equivoca, também, ao reduzir a potencialidade da audiência de custódia, pois, afinal das contas, o juiz de primeira instância realizaria o ato “obrigado”, sem uma espontaneidade para analisar, desarmado, as teses de liberdade apresentadas pela Defesa”¹²⁴

Para os autores Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, no entanto, o entendimento é diverso da doutrina supracitada. Para eles, a consequência dependerá do momento em que se encontra a persecução penal. Assim, se a fase ainda for a de investigação, deve ocorrer a imediata apresentação do indivíduo preso ao juiz ou a sua soltura. Já se o caso estiver na fase processual deve-se analisar a ocorrência de prejuízo. Ou seja, se o sujeito obteve sua liberdade sem nenhuma cautelar, não houve nenhum prejuízo com a não realização

¹²¹ AgRg no HC 353.887, rel. min. Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, 19/05/2017.

¹²² PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 89.

¹²³ CRBB/88. Art 5º LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

¹²⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 89.

da audiência de custódia, logo, não há que se falar em imediata apresentação ou relaxamento da prisão. Porém, se houve a prisão preventiva da pessoa ou ainda, se foi aplicada alguma cautelar diversa da prisão, deve-se fazer uma análise mais cuidadosa. Desta forma, se já houve o contato do preso ou detido com o juiz, não há nulidade em aplicação da medida cautelar, no entanto se esse contato ainda não ocorreu, deverá seguir a Resolução nº 213 do CNJ, em seu art. 15¹²⁵ que determina o prazo de 90 dias para a realização da audiência de custódia para as pessoas que ainda não obtiveram nenhum contato com o juiz.¹²⁶

Quando a audiência de custódia não se dá dentro do tempo previsto para a sua realização, parte doutrina também tem entendido no sentido de decretar o relaxamento da prisão, já que não terá ocorrido o controle imediato acerca da legalidade e necessidade da prisão pelo juiz, ademais a fiscalização quanto a ocorrência de maus tratos se torna prejudicada. Quanto a isso, Claudio Prado do Amaral expõe:

“Pode ocorrer que um auto de prisão em flagrante seja realizado pela manhã, às 11 horas, sendo a audiência realizada no mesmo dia, às 16 horas. Caso essa audiência seja anulada (por exemplo, por não ter se assegurado que o preso se entrevistasse com seu defensor previamente), a audiência poderá ser renovada, desde que até as 11 horas do dia seguinte, respeitando-se, assim, o prazo de 24 horas para a apresentação em juízo.

E se tais marcos temporais não forem cumpridos? A normativa também não diz qual é a consequência. Todavia, outra não pode ser, senão a colocação do preso em liberdade.(5) De um lado ocorre violação da garantia da necessidade de ordem motivada do juiz para o aprisionamento. De outro lado, desrespeita-se o princípio da duração razoável do processo (*rectius* do aprisionamento pré-cautelar), por constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo.”¹²⁷

Como é possível observar, a doutrina e a jurisprudência possuem entendimentos diversos sobre as consequências da não realização da audiência de custódia, a nosso ver, porém, por todos os argumentos acima expostos, assistem razão os doutrinadores Caio Paiva e Claudio do Prado Amaral, sendo, portanto, necessário o imediato relaxamento da prisão quando não tiver sido realizada a audiência de custódia, por se tratar de prisão ilegal (art. 5º,

¹²⁵ Resolução nº 213 do CNJ. Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 25/05/2017.

¹²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 104/106.

¹²⁷ Amaral, Cláudio do Prado. **Da audiência de custódia em São Paulo**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015. Disponível em:< https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5393-Da-audiencia-de-custodia-em-Sao-Paulo> Acesso em: 25/05/2017.

LXV CRFB/88) ou ainda quando não se realizou no marco temporal previsto nos instrumentos normativos.

3.8. Dados estatísticos de implantação da audiência de custódia no Brasil

O Conselho Nacional de Justiça, em seu site eletrônico¹²⁸ expõe os dados estatísticos com relação à implantação da audiência de custódia no Brasil, que já é realizada em todas as Unidades da Federação, porém, não em todas as Comarcas.

Ao todo, até janeiro de 2017, foram realizadas um total de 186.455 (cento e oitenta e seis mil e quatrocentos e cinquenta e cinco) audiências, sendo que destas, 85.568 (oitenta e cinco mil, quinhentos e sessenta e oito) resultaram em liberdade, o que diz respeito a 45,89 % dos casos. Além disso, em 8.279 (oito mil duzentos e setenta e nove) casos, ou seja, 4,68% houve alegação de violência no momento da prisão.

No Estado de São Paulo, onde foi feito o projeto piloto do CNJ, já foram realizadas 41.287 (quarenta e um mil duzentos e oitenta e sete) audiências, que resultaram em 20.249 (vinte mil, duzentos e quarenta e nove) casos, ou seja, 49,04% do total, em que os presos ou detidos foram postos em liberdade provisória. Em 7% das audiências houve alegação de maus tratos durante as prisões. E em 7,58% os presos foram encaminhados para o serviço social.

No Rio de Janeiro, em 7.846 (sete mil oitocentos e quarenta e seis) audiências realizadas, 3.277 (três mil duzentos e setenta e sete) casos resultaram em liberdade provisória, ou seja, 41,77%. E em 1% foi relatado maus tratos no ato da prisão. Ademais, aproximadamente 39% dos indivíduos presos ou detidos foram encaminhados para o serviço social.

O Estado que mais destoa dos outros da Federação no que diz respeito aos dados estatísticos sobre a implantação das audiências de custódia é o Rio Grande do Sul, onde em 5.636 (cinco mil seiscentos e trinta e seis) audiências realizadas, apenas 15, 44% dos presos

¹²⁸ Conselho Nacional de justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 22/04/2017

ou detidos foram postos em liberdade provisória. Ou seja, em mais de 84% dos casos foi decretada a prisão preventiva.

Dados importantes também são os que dizem respeito à economia nos gastos com a manutenção do presídio que se tem através das audiências de custódia. Segundo estudo – um pouco mais antigo que o supracitado - realizado também pelo CNJ¹²⁹, os estados da federação que implantaram a audiência de custódia verificaram que aproximadamente 50% das prisões feitas são desnecessárias, assim, com a redução na metade do número da população carcerária haverá uma economia de 4,3 bilhões de reais por ano. Ademais foi feita uma tabela e gráfico que demonstram a situação de cada estado, evidenciando que em São Paulo, por exemplo, desde a data da implantação do instituto (24/02/2015), até a data da pesquisa (24/05/2016), 10.678 pessoas haviam sido liberadas após a apresentação, o que resultou em 21 presídios a menos que não foram construídos, gerando, assim, uma economia de mais de 1 (um) milhão e 400 (quatrocentos) mil reais. Assim como em São Paulo, o mesmo se verificou em todos os outros estados, evidentemente guardada as devidas proporções com relação ao número de presos e também a data de implantação do instituto.

3.9. Regulamentação da audiência de custódia por meio de Lei Ordinária

Alguns Projetos de Lei com o objetivo de inserir a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro foram apresentados desde 2009¹³⁰, porém, indubitavelmente, o mais importante deles foi o PLS nº 554 de 2011, proposta pelo Senador Antônio Carlos Valadares a partir de três justificativas, quais sejam: a) resguardar a integridade física e psíquica do preso; b) diálogos mantidos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil; c) adequação da legislação brasileira aos tratados internacionais que o Brasil ratificou.¹³¹ O projeto assim determina:

“Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a

¹²⁹ Conselho Nacional de Justiça, Audiência de Custódia. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 01/05/2017

¹³⁰ PLS nº 156 de 2009; PLS nº 554 de 2011; PL nº 7871 de 2014; PL nº 470 de 2015.

¹³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 35.

apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Altera o §1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para dispor que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”¹³²

Na justificativa acerca do PLS, o Senador expôs:

“A prática mundial vai nesse sentido. A Alemanha determina que o preso seja apresentado no dia seguinte à prisão. Constituições mais modernas, como da África do Sul, prevêem medidas idênticas.

É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz.

Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como 3 parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária.

Essa definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário.

Finalmente, cumpre observar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil.”¹³³

A ADEPOL e a Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal encaminharam uma nota técnica à Presidência do Senado Federal afirmando serem contrários à PLS, aduzindo, primeiramente que, além do juiz, o preso poderá ser apresentado a outra autoridade judicial, sendo o delegado de polícia apto para exercer tal função. Argumentando também acerca da ausência de recursos humanos e materiais para a realização da apresentação do preso ou detido e por fim, questionaram um possível aumento na criminalidade acarretada por possíveis relaxamentos das prisões cujos presos não foram conduzidos dentro do prazo ao juiz. Em sentido contrário, a Associação Nacional de Defensores Públicos se manifestou a favor do projeto, salientando que este atende aos Tratados Internacionais, asseverando ainda que a audiência de custódia já esta inserida no ordenamento jurídico brasileiro através destes tratados ratificados pelo Brasil¹³⁴.

¹³² Texto original do PLS 554 de 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em 12/05/2017.

¹³³ VALADARES, Antônio Carlos. Justificativa do PLS 554 de 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451474>> Acesso em: 12/05/2017.

¹³⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, pág. 40.

O PLS em questão sofreu emenda substitutiva sob a relatoria do Senador João Capiberibe, que em setembro de 2013, apresentou o texto reexaminado, que ganhou cinco parágrafos¹³⁵. Logo após, o projeto retornou ao CCJ, e várias notas escritas por entidades associativas foram enviadas, bem como emendas apresentadas pelos parlamentares. Assim, o relator designado Humberto Costa apresentou seu relatório, sendo, desta forma, aprovado pelo CCJ um novo texto, bem mais extenso que o anterior. Ainda depois disso mais algumas emendas alteraram o texto. O PLS foi aprovado pelo plenário em 15/09/2016 e confirmado em turno suplementar. Enfim, o texto final foi remetido para a Câmara dos Deputados em 06/12/2016 com a seguinte redação:

“Art. 1º O Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941(Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 304.

§5º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante seu interrogatório policial, podendo-lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade policial que presidir o ato.

§6º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou por médico nomeado pela autoridade judícia, preferencialmente da rede pública de saúde.

§7º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policia, proceder-se-á na forma do art. 306 deste Código, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (NR)”

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

§1º Em 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial encaminhará o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado à Defensoria Pública.

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

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

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

§5º Antes da apresentação do preso ao juiz será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado para garantir a

¹³⁵ Texto na íntegra disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451519&disposition=inline>> Acesso em:14/05/2017

confidencialidade, devendo ser esclarecidos por funcionário credenciado os motivos e os fundamentos da prisão e os ritos aplicáveis a audiência de custódia.

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

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

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

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

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

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

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

§13. Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso, quando de sua apresentação, no prazo estabelecido no §4º a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinará sua juntada aos autos, retornará com o preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, e se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça.

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

§15. Em caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal determinará a seus agentes que conduzam o preso ao juízo de direito do local de lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, que serão encaminhados ao Ministério Público, caso ao autuado não indique advogado, à Defensoria Pública”¹³⁶

Mesmo ainda não tendo sido aprovado, a partir deste PLS, o tema em apreço passou a ser mais discutido em âmbito nacional, já que muitas foram as manifestações o apoiando e também o rechaçando, porém, apesar das crescentes deliberações quanto ao tema, nenhum Projeto de Lei ainda conseguiu internalizar a audiência de custódia no ordenamento jurídico

¹³⁶ Texto Integral do PLS 554 de 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452595&disposition=inline>> Acesso em 21/05/2017.

pátrio, por isso, o Conselho Nacional de Justiça juntamente com o Tribunal de Justiça de São Paulo criou o projeto piloto para que, assim, o instituto começasse a ser utilizado na prática forense. Deve-se lembrar, porém, que o estado do Maranhão foi o primeiro a adotar a referida audiência em seu território, antes mesmo do surgimento do projeto piloto supramencionado.

Acerca do assunto, Caio Paiva disserta:

“Em suma: o PLS 554 2011 atende aos fins da CADH, sendo urgente, portanto, sua aprovação. Diante, porém, da omissão do Poder Legislativo federal, os Estados começaram a agir pela implementação da audiência de custódia em seus territórios, havendo, ainda, a judicialização (coletiva) do tema provocado pela Defensoria Pública da União.”¹³⁷

Os demais estados, posteriormente, aderiram à audiência de custódia, que fora regulamentada pela Resolução nº 213 do CNJ juntamente com os Atos de provimentos internos de cada Tribunal de Justiça, já que ainda não foi possível sua normatização por meio de Lei Ordinária.

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Aflen com relação ao assunto asseveram:

“Atualmente, o PLS n 554, de 2011, segue com sua tramitação truncada junto àquela Casa Legislativa. Pior que isso, a demora na finalização de sua tramitação no Senado Federal só tende a aumentar. Lembremos que, em razão do minudente regramento apresentado pela Resolução nº 213 do CNJ, o teor daquele projeto de lei colide frontalmente com a proposta pelo CNJ, que já vem sendo aplicada em todo país. Em suma, tudo indica que, durante um longo período, vamos seguir com a Resolução n 213, do CNJ, como sendo a regulamentação a ser aplicada à audiência de custódia no Brasil. Apesar de a boa técnica exigir que tal se dê por legislação federal.”¹³⁸

Aury Lopes Jr e Caio Paiva ainda expõem:

“Embora os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia não necessitem, conforme visto anteriormente, de implemento normativo interno algum, não se pode olvidar que a edição de lei exerce um papel fundamental na promoção do direito, principalmente no caso da audiência de custódia, cuja previsão normativa naqueles Tratados deixa em aberto a definição de algumas características do instituto. Justamente por isso, aliás, que vemos como uma medida absolutamente salutar o Projeto de Lei do Senado 554/2011, de autoria do

¹³⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 66.

¹³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Aflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 44.

senador Antonio Carlos Valadores, cujo conteúdo veio, depois, a ser substituído pela emenda do senador João Capiberibe¹³⁹

Assim, a partir dos comentários dos autores mencionados, entendemos que apesar da Resolução do CNJ ser um importante meio para a inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, deve haver uma Lei Ordinária para regulamentar tal instituto. Como bem exposto pela Associação dos Defensores, tal audiência já existe no Brasil, isto porque o país ratificou dois tratados que trazem sua previsão, a saber, a CADH e o PIDCP.

Deve-se salientar ainda que a EC nº 45 de 2004 determinou que os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil e que foram aprovados pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento das emendas constitucionais, possuem o mesmo status que elas, porém, aqueles que foram aprovados por quórum diferente possui status de supralegal¹⁴⁰, portanto, não há qualquer objeção para a implantação da referida audiência no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³⁹ LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Revista Consultor Jurídico, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>> Acesso em: 12/05/2017.

¹⁴⁰ Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 05/06/2017.

4 A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Na audiência de custódia o juiz deverá realizar uma fiscalização acerca dos atos praticados no passado, ou seja, quanto a tipicidade da conduta, o enquadramento da prisão dentre as hipóteses previstas no art. 302 CPP¹⁴¹ e quanto ao tratamento dos policiais para com o preso ou detido antes da realização da apresentação judicial. Essa fiscalização é feita através de dois mecanismos, o primeiro é o auto de prisão em flagrante, onde se encontram os depoimentos dos policiais e vítimas da possível infração penal, além de constar também os procedimentos adotados pela autoridade policial durante a lavratura do auto. O segundo mecanismo são as informações prestadas pelo próprio sujeito encaminhado ao juiz para tal audiência.

4.1 Providências a serem tomadas pelo juiz

O art. 8º da Resolução nº 213 do CNJ¹⁴² dispõe quais devem ser as atitudes tomadas pelo juiz assim que se inicia a audiência de custódia. Desta forma, através da leitura do artigo, resta claro que o magistrado deve esclarecer ao preso ou detido o que é tal ato, explicando as questões que serão objetos de análise de forma didática, diferenciando tal audiência da de instrução em julgamento. Deve garantir também, bem como ficou estabelecido pela Súmula Vinculante 11¹⁴³, que a pessoa não esteja algemada, salvo nos casos que houver resistência, perigo para a vítima ou receio fundado de fuga. O juiz ainda informará ao indivíduo sobre o direito de se manter calado, além de questionar se foi dado ciência e oportunidade de exercer seus direitos constitucionais pertinente a sua condição, principalmente acerca de seu direito de consultar-se com um advogado, de passar por uma consulta com o médico e de se comunicar com os familiares. Deverá questionar sobre as circunstâncias da prisão e quanto ao tratamento recebido nos locais que passou antes da apresentação, procurando saber se houve tortura ou maus tratos. Ademais, verificará se foi realizado exame de corpo de delito, determinando que

¹⁴¹ **CPP. Art. 302.** Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

¹⁴² **Resolução nº 213 do CNJ. Art. 8º.** Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo (...)

¹⁴³ **Súmula Vinculante nº 11** - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

seja feito nos casos em que a resposta for negativa, os registros forem insuficientes, as alegações de tortura se referirem a um momento posterior da feitura do exame, ou quando o exame tiver sido feito na presença de um agente policial. O magistrado não poderá formular perguntas a fim de produzir provas para a investigação ou ação penal. Além disso, deverá sanar possíveis irregularidades e averiguar se a pessoa está grávida ou se possui dependentes sob seus cuidados, bem como se há histórico de doenças graves ou transtornos mentais, objetivando verificar a necessidade de encaminhamento assistencial, concessão da liberdade provisória e, apesar de não constar no artigo, a “conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar”¹⁴⁴.

Após estes atos, o juiz deferirá ao Ministério Público primeiramente e, logo em seguida, ao Defensor Público ou advogado a formulação de perguntas que sejam compatíveis com a natureza da audiência (art. 8º §1 da Resolução nº 213 do CNJ), respeitando, desta forma, o contraditório e devendo indeferir aquelas que adentrem ao mérito do caso. Assim, poderão requerer, ainda segundo o dispositivo supracitado: “I) o relaxamento da prisão; II) a concessão de liberdade provisória com aplicação ou não de medida cautelar diferente da prisão; III) a decretação de prisão preventiva; VI) adoção de medidas necessárias à preservação dos direitos da pessoa presa.” Por fim, o magistrado, na própria audiência decidirá, de forma fundamentada pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, ou se entender que estas são “insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva”.¹⁴⁵

4.2 O conteúdo da entrevista realizada ao longo da audiência de custódia

Como visto acima, a Resolução do CNJ veda ao juiz a elaboração de perguntas relativas ao mérito do fato, como mostra o art. 8º, VIII e ainda seu §1º, que fala em perguntas compatíveis com a natureza do ato, o que significa que a autoridade judicial não pode atuar adentrando as questões fáticas. Assim, o entendimento doutrinário que tem prevalecido¹⁴⁶ é de

¹⁴⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 134.

¹⁴⁵ LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 24.

¹⁴⁶ Neste sentido, ROSA, Alexandre Morais da. **O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia**. Empório do Direito, 08/01/2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>> Acesso em 19/05/2017; LOPES JR, Aury; ROSA Alexandre Morais da. **Afinal quem continua com medo da Audiência de custódia?** Revista Consultor

que tal audiência não pode ser entendida ou transformada num momento de produção antecipada de mérito e, por conseguinte, de que não se destina a produção de provas.

Claudio do Prado Amaral, em seu artigo denominado “A audiência de Custódia em São Paulo” explica:

“O disposto na parte final do *caput* do art. 6.º e do § 1.º merece especial atenção, pois impõe interditos cognitivos. Desse modo, em suas perguntas, o juiz limitar-se-á a indagar sobre “*as circunstâncias objetivas da sua prisão*”, sendo que “*não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento*”.

Tais limites são devidos porque o momento processual é de cognição limitada à verificação da legalidade da prisão em flagrante e à empenhada tentativa de concessão de liberdade provisória. Qualquer outra consideração implicaria indevida antecipação de elementos de convicção sobre o mérito, e, dessa forma, acarretaria a contaminação psicológica do julgador, o qual se tornaria debilitado em equidistância, imparcialidade e equilíbrio para apreciar o caso em momentos futuros de maior espaço cognitivo. Não se trata de um “interrogatório”, mas, sim, de uma entrevista.”¹⁴⁷

Aury Lopes Jr e Alexandre de Moraes da Rosa, também entendem que não é permitido a análise de questões fáticas neste ato. E aduzem:

“Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP (...)”¹⁴⁸

Desta forma, apesar da doutrina majoritária afirmar que o juiz deve abster-se de formular perguntas que dizem respeito ao mérito do fato, alguns doutrinadores discordam desse entendimento. Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Aflen, por exemplo, entendem que o art. 8 §1º deve ser analisado com reservas, já que para eles, fazer perguntas referentes às questões fáticas – de forma limitada – pode ajudar ao sujeito, levando-o a obter uma liberdade provisória ou até mesmo o relaxamento da prisão.¹⁴⁹ Segundo os autores:

Jurídico, 20/02/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em 19/05/2017

¹⁴⁷ Amaral, Cláudio do Prado. **Da audiência de custódia em São Paulo**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015, p. 6. Disponível em:< https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5393-Da-audiencia-de-custodia-em-Sao-Paulo>

¹⁴⁸ LOPES JR, Aury; ROSA Alexandre Moraes da. **Afinal quem continua com medo da Audiência de custódia?** *Revista Consultor Jurídico*, 20/02/2015 Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em 19/05/2017

¹⁴⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Aflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 130.

“O que importa ficar claro nesse aspecto, portanto, é que o ingresso no exame do mérito da conduta – em tese, praticada pela pessoa apresentada – está completamente alijado dos fins da audiência de custódia, quando voltado para fins meramente condenatórios. Entretanto, quando realizado com o fim de proporcionar algum benefício de ordem processual – em especial, a concessão de alguma medida cautelar diversa da prisão ou mesmo a não homologação da prisão em flagrante -, sua necessidade aparecerá ao natural naquele ato de apresentação, seja por provocação judicial, do defensor ou mesmo apresentada espontaneamente por parte da pessoa apresentada.”¹⁵⁰

Caio Paiva na 1ª edição de seu livro, intitulado “Audiência de Custódia no Direito Penal brasileiro”, também expunha que era inadmissíveis perguntas ao sujeito preso ou detido que adentrassem no mérito do caso penal, apoiando a Resolução do CNJ. Ocorre que o autor mudou seu entendimento sobre o tema, expondo isso na 2ª edição de seu livro e também em seu artigo chamado “Audiências de Custódia deveriam admitir atividade Probatória”. Desta forma, a partir de seu novo pensamento, Caio Paiva explica que, primeiramente, deve-se atentar para o fato de os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil não estabelecerem absolutamente nada acerca do assunto, logo, para ele, não é algo que os textos internacionais proibam. Assim, atualmente o autor explica que:

“É interessante observar que os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem nenhum limite cognitivo para essa audiência de apresentação da pessoa presa. Nas minhas pesquisas sobre o assunto também não encontrei uma orientação da doutrina estrangeira no sentido de que o juiz e as partes devem se abster de formular à pessoa presa qualquer pergunta relacionada ao mérito do caso penal. O fato de a audiência de custódia estar relacionada na normativa internacional ao *direito à liberdade pessoal*, embora auxilie na explicação sobre as finalidades desse ato processual, não parece ser o bastante para legitimar a proibição de qualquer atividade probatória.”¹⁵¹

Segundo o defensor, tem-se proibido a atividade probatória ao longo da audiência de custódia sob dois argumentos, o primeiro de que seria uma antecipação do interrogatório, acarretando um retrocesso, e o segundo sobre o fato de na fase de investigação não haver contraditório. Assim, explica que o primeiro argumento não deve prevalecer devido ao fato de o sujeito preso ou detido estará sendo orientado pelo Defensor Público ou advogado particular e, além disso, será comunicado pelo juiz do seu direito de se manter calado. Quanto a isso expõe:

¹⁵⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 131.

¹⁵¹ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o Direito Penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 113.

“Ainda sobre este primeiro argumento, surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público”.¹⁵²

Acerca do segundo argumento, o autor assevera que tal audiência não deve ser utilizada como instrumento de investigação, já que quando há a judicialização do auto de prisão em flagrante, essa prisão terá natureza de ato processual, o que levará por consequência às garantias da ampla defesa e do contraditório. Explica ainda que não se pode fazer uma separação rígida entre cautelar e mérito do caso. Isto porque, para se decretar a prisão preventiva é necessário que haja indícios de autoria e existência do crime, e para a prisão temporária, de acordo com o art. 1º, III da Lei 7960 de 1989, deve haver “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado.” Além disso, o Código de Processo Penal determina, em seu art. 310, parágrafo único que quando o sujeito estiver amparado por alguma excludente de ilicitude – estabelecidas no art. 23 do CP¹⁵³ - o juiz poderá decretar sua liberdade provisória. Assim, para fazer o convencimento da autoridade judicial, se faz necessário adentrar ao mérito do caso. Caio Paiva, acerca do assunto explica:

“(...) a vedação de atividade probatória na audiência de custódia viola o *direito ao confronto*, que é uma decorrência da garantia do contraditório. A pessoa presa deve ter total liberdade de comunicação na audiência de custódia para influenciar no convencimento do juiz, dizendo, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não foi ela quem praticou o crime ou, ainda, admitindo a autoria do fato, agregar uma tese defensiva que possa contribuir para a sua liberação, dizendo, por exemplo, que realmente trazia droga consigo, mas que era para consumo próprio. Enfim, a pessoa presa deve ter o direito de *confrontar* a “versão oficial” trazida pela polícia na audiência de custódia.”¹⁵⁴

Em suma, os Tratados internacionais ratificados pelo Brasil (CADH e PIDCP) nada estabelecem sobre o tema, no entanto, o entendimento dominante na doutrina, assim como o do CNJ, é de que é vedado ao juiz entrar no mérito do caso. Há, porém, os que discordam, como é o caso do Defensor Caio Paiva. Como se pode perceber, este assunto, acerca de como o juiz deve atuar ao longo da entrevista do indivíduo preso ou detido na audiência de custódia,

¹⁵² PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 114.

¹⁵³ CP, art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹⁵⁴ PAIVA, Caio. **Audiências de Custódia deveriam admitir atividade Probatória**. Revista Consultor Jurídico, 16/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria#_ftn3> Acesso em 16/05/2017.

é algo que demanda bastante discussão, tendo vários entendimentos sobre uma mesma questão.

Nós entendemos que, devido aos objetivos da audiência de custódia, sua finalidade não é fazer uma discussão fática, sendo assim, adentrar no mérito nesse tipo de questão significa desvirtuar a finalidade do instituto. É sabido que, algumas vezes isso será inevitável, no entanto, a atuação judicial deve ser no sentido de cuidar para que não seja feito um interrogatório antecipado, tendo em mente que tal ato é feito para resguardar os direitos do indivíduo.

4.3 Da possibilidade ou não da audiência de custódia ser utilizada como expediente probatório numa eventual ação penal

A Resolução nº 213 do CNJ, em seu art. 8º, VIII, prevê que o juiz deve abster-se de fazer perguntas com finalidade de produzir prova para a ação penal, no entanto, o art. 12 prevê que o termo da audiência seja apensado ao inquérito ou à ação penal. Sendo assim, percebe-se que o apensamento, de acordo com tal Resolução, é permitido, porém neste termo não pode conter questões fáticas, ou seja, que adentrem ao mérito do caso em questão.

O PLS nº 554 de 2011 em sua redação final dispôs, no §7º¹⁵⁵ que a oitiva realizada na audiência de custódia deve ser registrada em autos apartados e ademais não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente.

A doutrina possui uma divergência de opinião quanto à possibilidade da juntada dos autos da audiência de custódia em apensos ou não aos autos do processo principal, porém, isso será visto mais a frente. Indo mais adiante, com relação à produção de provas ao longo da entrevista, para aqueles que veem isso como proibido, a confissão do sujeito feita naquele ato será considerada prova ilícita. Assim, de acordo com o art. 157, caput do CPP¹⁵⁶, deverá ser desentranhada do processo.

¹⁵⁵ PLS 554 de 2011. Art. 306 §7º - A oitiva a que se refere o §6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

¹⁵⁶ CPP. Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Aury Lopes Jr e Alexandre de Moraes da Rosa defendem que tal ato não deve acompanhar a ação penal e, advertem ainda com relação à uma possível futura contradição entre a fala do preso ao longo da entrevista e ao longo do interrogatório processual, argumentando que isto não pode ser utilizado para prejudicá-lo, e ainda completam:

“Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des) valoração. Neste sentido, melhor andou o PLS 554/2011 ao dispor que ‘a oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado’”.¹⁵⁷

Há, porém, os que entendem que é permitida a atividade probatória na audiência de custódia, permitindo sua utilização na fase processual. Caio Paiva, ao contrário dos autores supracitados argumenta que uma eventual confissão na audiência de custódia poderá ser retificada pelo preso no interrogatório, já que tal audiência, sobretudo nos casos de flagrante, é um ato que processualmente falando, ocorre muito cedo, podendo ser difícil para o indivíduo se defender e, além disso, a autodefesa é mais bem exercida depois de ouvida as testemunhas e vítimas do caso¹⁵⁸.

O doutrinador supracitado ainda expõe que, quando a audiência de custódia não adentra o mérito da questão, não há motivos para que esses autos não sejam juntados em apenso aos autos do processo principal, para ele:

“Fora desta discussão sobre a atividade probatória, isto é, considerando um caso em que a audiência de custódia tenha tratado exclusivamente da legalidade e da necessidade da prisão, sem qualquer incursão no mérito do caso penal, não vejo motivos e considero até mesmo impertinente se proibir a juntada dos autos do processo principal, e isso porque o devido processo legal e a garantia da publicidade dos autos processuais não devem conviver com pronunciamentos ocultos.”¹⁵⁹

Para Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Aflen, o depoimento do sujeito ao longo da entrevista poderá ser utilizado no processo principal, a menos que nele contenha questões relativas aos fatos do caso. E ainda argumentam que quando é a defesa que comete tal

¹⁵⁷ LOPES JR, Aury; ROSA Alexandre Moraes da. Afinal **quem continua com medo da Audiência de custódia?** Revista Consultor Jurídico, 20/02/2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em 22/05/2017.

¹⁵⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 119.

¹⁵⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 118.

ilicitude, isto não pode ser invocado para beneficiar o sujeito, já que pelo exposto no art. 565 do CPP, “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa...”. Assim, os autores argumentam:

“Se há uma brecha para a impossibilidade de utilização daquele depoimento no futuro processo de conhecimento, ela está adstrita à hipótese em que o juiz não venha a observar as restrições de inquirição previstas na Resolução nº 213, do CNJ. Ou seja, quando o juiz, Ministério Público ou a defesa ingressem no mérito da conduta, em tese, praticada pelo sujeito apresentado ao juiz, frente a vedação contida no inciso VIII do artigo 8º, daquela resolução (...). Ainda assim, o que deveria haver é o seu desentranhamento dos autos, o que pressupõe, por certo, a sua incorporação ao processo de conhecimento.”¹⁶⁰

Desta forma, apesar da divergência em alguns pontos, entendemos que quando a entrevista disser respeito ao mérito do caso em tela, não poderá ser utilizada como meio de prova, devendo, assim, ser desentranhada do processo principal. Isto porque, além de ser uma prova ilícita, tal utilização pode, de alguma forma, como bem exposto por Aury Lopes jr e Alexandre de Moraes da Rosa, vir a prejudicar o indivíduo.

4.4 É possível que o juiz que preside a audiência de custódia seja o mesmo a julgar a eventual ação penal?

O Tribunal Europeu de Direitos Humano (TEDH), em vários julgamentos, como, por exemplo, no caso Piersack vs. Bélgica, de 1982 e De cubber vs Belgica, de 1984 consolidou a jurisprudência no sentido de que o juiz que pratica atos decisórios na fase de investigação possui sua imparcialidade comprometida, de modo que não deva prosseguir o julgamento na fase processual¹⁶¹.

Nessa mesma toada, Aury Lopes Jr argumenta que o magistrado deixa de ser totalmente imparcial não só pelo fato de reunir material e estar em contato direto com as fontes da

¹⁶⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2 Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, p. 162.

¹⁶¹ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 120.

investigação, mas também pelos pré-julgamentos que realiza ao longo da investigação preliminar¹⁶². Em sua fala explica da seguinte maneira:

“Em definitivo, a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz instrutor é prevento e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.). São esses processos psicológicos interiores que levam a um pré-juízo sobre condutas e pessoas. O problema é definir se o juiz de instrução tem condições de proceder ao que se chama de *uma idéia sobre a pequena história do processo*, sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente e ainda que seja certamente a posição de neutralidade interior que se exige para que comece e atue no processo. Como aponta Oliva Santos, essas idéias pré-concebidas até podem ser corretas fruto de uma especial perspicácia e melhores qualidades intelectuais mas inclusive nesse caso, não seria conveniente iniciar o processo penal com tal comprometimento subjetivo.” (OLIVA SANTOS, Andrés apud LOPES JR, Aury)¹⁶³

Há, porém, os que defendem que a jurisprudência do TEDH não deve ser utilizada para basear o entendimento acerca do assunto no Brasil. Os autores que assim entendem explicam que o modelo julgador europeu nada tem a ver com o brasileiro. Segundo Mauro Fonseca Andrade, com relação ao caso Piersack vs Belgica, o juiz antes de se tornar quem julgaria o processo, havia atuado como órgão do Ministério Público. Algo parecido com o caso De cubber vs Belgica, onde o juiz encarregado pela investigação criminal (juiz-investigador), fora o mesmo a julgar o caso¹⁶⁴, sendo, desta forma, claras hipóteses de impedimento previstas no art. 252, II do CPP¹⁶⁵.

O TEDH em julgamentos mais recentes¹⁶⁶ tem afastado o entendimento consolidados nos casos anteriores, optando pela manutenção do magistrado que atua na fase de apuração,

¹⁶² LOPES JR., Aury. **Juízes inquisidores? e paranóicos. uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos.** Boletim IBCCrim, Rio de Janeiro, a. 12, nº 127, jun. 2003. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos> Acesso em: 25/05/2017.

¹⁶³ OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p. 30. In: LOPES JR., Aury. **Juízes inquisidores? e paranóicos. uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos.** Boletim IBCCrim, Rio de Janeiro, a. 12, nº 127, jun. 2003. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos> Acesso em: 25/05/2017.

¹⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.** Artigo publicado na: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html> Acesso em: 25/05/2017.

¹⁶⁵ CPP. Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha.

¹⁶⁶ Caso Hauschildt vs. Dinamarca, de 24.05.1989; Caso Sainte-Marie vs. França, de 16.12.1992; Caso Fey vs. Áustria, de 24.02.1993; Caso Padovani vs. Itália, de 26.02.1993; Caso Northier vs. Países Baixos, de 24.08.1993

bem como na fase processual. No Caso Hauschildt vs. Dinamarca, por exemplo, o juiz havia decidido acerca de pedidos cautelares encaminhados pela polícia judiciária e ainda analisado sobre a situação prisional do sujeito, e mesmo assim, o Tribunal Europeu não o declarou impedido para atuar no julgamento do caso. Sobre isso, Mauro Fonseca Andrade expõe:

“Se um cuidado maior fosse tomado quando da invocação da jurisprudência do TEDH, facilmente se veria que, desde 1989, ninguém menos que essa mesma Corte vem afastando, de modo expresso, a incidência dos Casos Piersack vs. Bélgica e De Cubber vs. Bélgica, como precedentes aptos para se averiguar a manutenção da imparcialidade do juiz europeu que cumulativamente atua nas fases de apuração e processual, nos mesmos moldes do magistrado brasileiro. Em termos mais singelos, ninguém menos que aquela própria Corte se encarregou de desdizer o que, no Brasil, diz-se em relação a ela, especificamente quanto aos precedentes invocados para sustentar a figura do juiz das garantias.”¹⁶⁷

O autor Caio Paiva, também tem se posicionado contra tal impedimento, argumentando que é desproporcional dizer que o juiz que preside a audiência de custódia não poderá ser o mesmo a atuar numa possível futura ação penal, porém, que o magistrado que recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva pode continuar no processo¹⁶⁸.

Assim, é possível notar que mais uma vez a doutrina diverge acerca do tema. Com relação ao TEDH, é preciso lembrar que apesar de tal tribunal não exercer jurisdição no ordenamento jurídico pátrio, ele influencia significativamente nas opiniões e entendimentos que os autores nutrem, servindo, portanto, como parâmetro para o processo penal brasileiro.

¹⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Artigo publicado na: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html> Acesso em: 25/05/2017.

¹⁶⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 121.

CONCLUSÃO

Como foi possível observar ao longo do presente trabalho, a audiência de custódia é um instituto que se encontra balizado em diversos Tratados Internacionais¹⁶⁹, cujo alguns, inclusive, o Brasil, ratificou, como é o caso da Convenção Americana de direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Apesar disso, tal audiência nunca foi regulamentada no ordenamento jurídico pátrio. O Brasil restou-se omissivo no que diz respeito a implementação do instituto por meio de lei ordinária. Sendo Assim, o Conselho Nacional de Justiça, a instituiu no país por meio da Resolução nº 213.

Apesar da resolução supracitada ter sido um importante instrumento para que o instituto em apreço começasse a ser implementado na praxe forense, é imperioso que haja um Projeto de Lei que o regularize, visto que não há nenhum impedimento para sua realização, já que o Brasil sendo signatário dos Tratados acima mencionados possui uma obrigação, diante dos demais países e também de sua população, de regular o instituto.

O CNJ implementou a audiência de custódia no Brasil em um contexto de superlotação dos presídios, e como foi possível observar por meio de dados oficiais, apesar de pouco tempo desde a sua implementação, já trouxe significativas mudanças neste aspecto, já que como restou demonstrado, mais de 40%¹⁷⁰ dos presos ou detidos, após participarem da audiência de custódia foram postos em liberdade. Desta forma, resta clara a importância do instituto, visto que uma grande população carcerária gera como consequência um grande gasto de dinheiro público com presídios e detentos. Ademais, estes indivíduos encontram-se em prisões lotadas, em condições precárias, sem uma sentença condenatória transitada em julgado, o que ofende importantes princípios penais e constitucionais.

Ademais, conforme demonstrado no trabalho, a atuação judicial na audiência de custódia é determinante para que tal ato cumpra, de fato, o que propõe, já que segundo a maior parte da doutrina, os magistrados devem atuar no sentido de não adentrar no mérito do caso em apreço, limitando à análise da necessidade e legalidade da prisão, verificando, ainda,

¹⁶⁹ A saber, Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP); Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

¹⁷⁰ Conselho Nacional de justiça. **Mapa de implementação da Audiência de custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 10/06/2017.

se os requisitos para decretação da prisão foram obedecidos e se houve ocorrência de maus tratos policiais.

Assim, restou-se demonstrado a importância do ato de apresentar o sujeito detido ou preso, sem demora, ao juiz e mais do que isso, a necessidade da regulamentação legislativa de tal ato, para que seja implementado em todas as comarcas do país, visto a sua obrigatoriedade por se tratar de um instituto garantido por textos internacionais ratificados pelo Brasil e também para assegurar as garantias individuais destes indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Da audiência de custódia em São Paulo.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5393-Da-audiencia-de-custodia-em-Sao-Paulo> Acesso em: 25/05/2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.** Artigo publicado na: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n° 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html> Acesso em: 25/05/2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**, 2ª Ed. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, 2016, pág. 15.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.** Artigo publicado na: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n° 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html> Acesso em: 25/05/2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no Processo Penal.** São Paulo: revista dos Trinunais, 2003. Pág. 429.

BADARÓ, Gustavo. **Parecer na Ação Civil Pública registrada sob o nº 8837-91.2014.4.01.3200.** 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. São Paulo, 31 de julho de 2014. Pág. 14 Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf?x20748> Acesso em: 12/04/17

BRASIL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus HC 353.887**, Rel. min. Sebastião Reis Junior, 6ª Turma.

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

BRASIL. **Código Eleitoral Brasileiro.** 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Habeas Corpus 95.009/SP.** Relator: Min. EROS GRAU, Pacientes: Daniel Valenre Dantas, Verônica Valente Dantas. Impetrantes: Nélio Roberto Seidl Machado e outros (A/S). Coautor: Relator do HC Nº 107.514 do Superior Tribunal de Justiça. Data de Julgamento: 09/07/2008.

BRASIL. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator: Min. TEORI ZAVASCKI; Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas; Coator: Relator do HC nº 313.021 do Supremo Tribunal de Justiça. Data de Julgamento: 17/02/2016.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 21/05/2017

BRASIL. **Projeto de Lei nº 554 de 2011.** Autoria: Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em 12/05/2017.

BRASIL. **Recurso Extraordinário 466.343-1 SÃO PAULO.** Ministro Relator: Cesar Peluso. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Data do julgamento: 03/12/2008.

BRASIL. **Resolução nº 213 do CNJ.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 25/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. In. SUPREMO TRIBUNAL FEDERA. **Súmulas.**

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2ª Ed. Curitiba, Juruá, 2011. Pág.128.

CASAL, Jesús María. **Convención Americana sobre derechos Humanos – Comentario.** Fundación Bototá, Colômbia: Konrad Adenauer, 214, pág. 195. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>> Acesso em: 20/04/2017.

CHILE. **Código de Processo Penal.** Disponível em < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 04/05/2017

CORTE IDH. **Caso de “Los Niños de La Calle” villagrán Morales y otros Vs Guatemala.** Sentença proferida em 19/11/1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf> Acesso em: 12/04/217

CORTE IDH, **Caso Bayarri vs Argentina.** Sentença de 30 de outubro de 2008. §67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf> Acesso em: 17/05/2017

CORTE IDH, **Caso López Álvarez vs Honduras,** § 88, Sentença de 01 de Fevereiro de 2006. Pág. 42. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf > Acesso em: 19/04/2017

CORTE IDH, **Caso J. vs Peru,** §143, Sentença de 27 de Novembro de 2013. Pág. 47 <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017

CORTE IDH, **Caso Tibi vs Equador,** §118, Sentença de 07 de setembro de 2004. Pág. 63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf >Acesso em: 15/04/2017.

CORTE IDH. **Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs México**. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas, Sentença proferida em 26/11/2010 §102, pág. 39. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>> Acesso em: 18/04/2017.

CORTE IDH. **Caso Garcia Asto y Ramirez Rojas vs Peru**. Exceção Preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 25/11/2005 §115. Pág. 66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em: 18/04/2017.

CORTE IDH, **Caso Juan Humberto Sanchez vs Honduras**. Sentença de 07 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017;

CORTE IDH, **Caso Bulacio vs Argentina**, Sentença de 18 de setembro de 2003, Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf> Acesso em: 19/04/2017;

Conselho Nacional de Justiça, **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 01/05/2017.

Conselho Nacional de justiça. **Mapa de implementação da Audiência de custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 22/04/2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Pacto San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 19/04/2017.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE TRATADOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 08/05/2017

COSTA RICA. **Código Processual Penal da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.html> Acesso em: 01/06/2017

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pág. 72.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, Assembleia Nacional Constituinte Francesa de 1789. Disponível <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 09 de maio de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Organização das Nações Unidas. <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 21/04/2017

DEZEM, Guilherme Madeira. **Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Boletim 223, Junho de 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4380-Medidas-cautelares-pessoais-primeiras-reflexoes> Acesso em: 06/06/2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995.

GUATEMALA. **Constituição Política da República da Guatemala.** Disponível em <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf> Acesso em 04/05/2017

GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Medidas Cautelares no Processo Penal – prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

LOPES JR, Aury, **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR, Aury, **Juízes inquisidores? e paranóicos. uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos.** *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, a. 12, nº 127, jun. 2003. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos> Acesso em: 25/05/2017.

LOPES JR, Aury; **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Boletim 223, Junho de 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4373-A-insercao-do-contraditorio-no-regime-juridico-das-medidas-cautelares-pessoais> Acesso em: 01/06/2017.

LOPES JR, Aury; MORAIS, Alexandre Moraes da. **O Difícil Caminho da Audiência de Custódia.** *Empório do Direito*, 09/05/2015. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lopes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>> Acesso em: 14/05/2017.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal.** *Revista Consultor Jurídico*, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>> Acesso em: 07/06/2017

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz: Rumo a Evolução Civilizatória do Processo Penal.** *Revista Liberdades.* Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 17 – setembro/dezembro de 2014. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf> Acesso em: 20/04/2017.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo Penal no Limite.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 24.

LOPES JR, Aury; ROSA Alexandre Morais da. **Afinal quem continua com medo da Audiência de custódia?** Revista Consultor Jurídico, 20/02/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em 19/05/2017

LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no processo Penal**. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MÉXICO. Constituição Política dos Estados Unidos Mexicano. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf> Acesso em: 19/04/2017.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (PIDCP). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 21/04/2017.

PAIVA, Caio. **Audiências de Custódia deveriam admitir atividade Probatória**. Revista Consultor Jurídico, 16/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria#_ftn3> Acesso em 16/05/2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro**. 1ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o direito penal brasileiro**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pág. 134.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 19/04/2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de urgência no processo Penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia**. Empório do Direito, 08/01/2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>> Acesso em 19/05/2017;

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000.