

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO PARA UM POSSÍVEL CONTROLE
DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

LETÍCIA KRAMER PACHECO

FLORIANÓPOLIS - SC

2015

LETÍCIA KRAMER PACHECO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO PARA UM POSSÍVEL CONTROLE
DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Coorientadora: Prof^ª. M^ª. Fernanda Martins

FLORIANÓPOLIS – SC

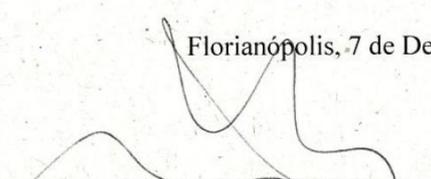
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

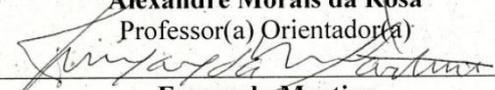
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado " **Audiência de Custódia: instrumento para um possível controle da banalização das prisões provisórias**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Leticia Kramer Pacheco**, defendido em **08/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (27), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

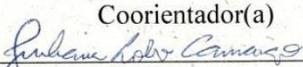
Florianópolis, 7 de Dezembro de 2015



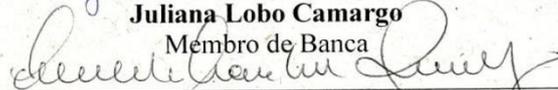
Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Fernanda Martins
Coorientador(a)



Juliana Lobo Camargo
Membro de Banca



Fernanda Mambrini Rudolfo
Membro de Banca

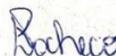
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Leticia Kramer Pacheco**
RG: **45957371**
CPF: **96560363015**
Matrícula: **11100250**
Título do TCC: **Audiência de Custódia: instrumento para um possível controle da banalização das prisões provisórias**
Orientador(a): **Alexandre Morais da Rosa**

Eu, **Leticia Kramer Pacheco**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 7 de Dezembro de 2015



Leticia Kramer Pacheco

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lori e Jandira, pelo grande amor, segurança e apoio constante em todas as minhas decisões.

Ao meu irmão, Laerte, que de alguma forma me influenciou a conhecer o mundo jurídico.

Ao prof. Alexandre Morais da Rosa, por ter aceitado ser meu orientador.

A prof^a. Fernanda Martins, por ter aceitado ser minha coorientadora, pela grande colaboração prestada no desenvolvimento deste trabalho.

As minhas amigas Ângela e Regina pela grande amizade e pelo incentivo para que eu concluísse mais essa etapa.

Aos meus amigos do serviço pelo apoio, compreensão e parceria, em especial a Adri, Clá, Eme, Jú e Mi.

A todos os amigos que fiz durante a temporada CCJ, pela parceria em muitos momentos, seja de festas ou de realização de provas e trabalhos.

“A força não provém da capacidade física, mas
sim de uma vontade indomável”

(Mahatama Gandhi)

RESUMO

O sistema de justiça criminal brasileiro convive com uma série de problemas, dentre eles o excessivo número de encarcerados provisórios, o déficit de vagas do sistema prisional e o desrespeito aos princípios e garantias fundamentais dos indivíduos investigados. O presente trabalho tem como objetivo apresentar a audiência de custódia, uma prática que poderá auxiliar no controle da banalização das prisões provisórias e garantir efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. Para o desenvolvimento do mesmo foi empregado dados obtidos por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais do governo, referente às prisões no Brasil, além de pesquisa bibliográfica referente à audiência de custódia.

Palavras-chave: direitos fundamentais; prisão provisória; encarceramento em massa; audiência de custódia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	12
1.1 Teorias e princípios das prisões e medidas cautelares	13
1.2 Fundamento constitucional, controle da legalidade e formalidade da prisão.....	15
1.3 Modalidades de prisão processual cautelar.....	17
1.3.1 Prisão em flagrante.....	18
1.3.2 Prisão preventiva.....	22
1.3.3 Prisão temporária.....	24
1.3.4 Prisão domiciliar.....	25
1.3.5 Medidas Alternativas à Prisão Preventiva.....	26
1.4 Dignidade da Pessoa Humana, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a legislação brasileira.....	27
2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O EXCESSO DE PRISÃO PROVISÓRIA.....	33
2.1 Aplicação da prisão provisória no Brasil.....	34
2.2 Perfil da população encarcerada no Brasil.....	40
2.3 Sistema de justiça criminal brasileiro.....	41
3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	44
3.1 Definição, previsão normativa e propósitos.....	44
3.2 Dinâmica procedimental da audiência de custódia.....	49
3.3Influência da Audiência de Custódia na aplicação de medidas cautelares.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

Pensar o direito e o processo penal brasileiros na conjuntura atual é refletir, necessariamente, sobre o uso excessivo das prisões cautelares como mecanismo de “proteção” da aplicação da lei penal. Tal excesso, a partir de uma reflexão constitucional do direito brasileiro, incide não somente nos resultados hoje verificados de uma população massiva no sistema prisional, mas também sobre o próprio questionamento das legalidades de tais medidas. A prisão cautelar está no limiar entre garantia do devido processo legal e desrespeito a direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição Federal e por tratados internacionais, caso venha a ser usada de maneira excessiva. O entendimento acerca do emprego excessivo dessa modalidade de prisão e os limites constitucionais abrangidos pela prisão cautelar ainda precisam ser muito debatidos.

Nossa Constituição Federal tem cunho nitidamente garantista, assim, num Estado Democrático de Direito, o Direito Processual Penal deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Lei Maior, que traz diversos preceitos que dizem respeito especificamente ao processo penal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 constitui um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Por outro lado, nosso Código de Processo Penal de 1941 é marcado por influências do autoritarismo do período ditatorial.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental que reflete um valor inestimável, porquanto, a aplicação e a interpretação de todas as demais normas legais devem respeitar essa garantia.

As leis penais e as garantias constitucionais representam os limites à intervenção do Estado no momento de processar e julgar uma pessoa acusada de algum delito. Cabe aos operadores do direito verificar se as leis estão sendo cumpridas, tanto para resguardar os direitos da vítima quanto para garantir ao acusado um julgamento pautado pela legalidade, pois seria contraditório punir um indivíduo por desrespeitar a lei e julgá-lo de maneira arbitrária, violando a legislação vigente. Ademais, o princípio da presunção de inocência, enquanto garantia constitucional, obriga a que se trate o réu como possível inocente até que se tenha o trânsito em julgado da decisão, reservando a prisão para casos excepcionais.

Diante desse panorama apresentado, espera-se dos operadores do direito uma visão crítica a respeito do uso e abuso da prisão, e em especial da prisão cautelar, visto que essa

implica em exceção à presunção de inocência, e requer, para sua legalidade, estrito cumprimento da lógica cautelar, verificada em casos muito específicos.

A problemática central do presente trabalho está baseada no questionamento: A aplicação de medidas cautelares privativas de liberdade está de acordo com o estabelecido em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos?

Através desta monografia pretende-se analisar o atual contexto legal em que se encontram as prisões cautelares no Brasil, diante da constatação de que enfrentamos um estágio avançado de superlotação carcerária, com o uso de políticas de encarceramento em massa, além de apresentar a audiência de custódia, como uma prática que poderá auxiliar no controle desse fenômeno e garantir efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário.

Esta monografia tem por objetivo geral descrever a Audiência de Custódia e sua contribuição para o controle do excesso de prisões cautelares existentes no Brasil. Dentre os objetivos específicos estão descrever as modalidades de prisões e os requisitos para concessão de medidas cautelares segundo o ordenamento jurídico brasileiro; apresentar a fundamentação constitucional, os controles de legalidade e as formalidades da prisão no Brasil; descrever as modalidades de prisão cautelar empregada no Brasil; analisar o sistema de justiça criminal brasileiro e suas seletividades; analisar o tempo de duração da prisão no Brasil; analisar o perfil da população encarcerada no Brasil; definir o termo “Audiência de Custódia”; avaliar os possíveis efeitos da Audiência de Custódia em relação à aplicação de medidas cautelares; discorrer sobre a relação da Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro.

A fim de alcançar esses objetivos, a presente monografia foi dividida em três capítulos. O primeiro tratará das noções gerais acerca da pena privativa de liberdade e a legislação brasileira. Inicia-se com as teorias e princípios das prisões e medidas cautelares, seu fundamento constitucional, controle da legalidade e formalidade da prisão, a apresentação das modalidades de prisão cautelar previstas pela legislação processual penal (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão domiciliar), bem como as medidas cautelares diversas da prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Finaliza com informações referentes à Dignidade da Pessoa Humana, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a legislação brasileira.

No segundo capítulo será dado enfoque o sistema prisional brasileiro e o excesso de prisão provisória. Primeiramente busca-se, apresentar a aplicação da prisão provisória no Brasil na atualidade, tendo como base pesquisas feitas por instituições governamentais, o

perfil da população encarcerada no Brasil e o sistema de justiça criminal brasileiro, segundo a visão de autores brasileiros¹.

O último capítulo visa proporcionar a conjugação dos tópicos apresentados nos capítulos precedentes e apresentar a audiência de custódia, no que ela consiste, onde ela está normativamente prevista e seu papel no controle da aplicabilidade das prisões cautelares no Brasil e a necessidade de abandonar o *status quo* por parte dos operadores do direito.

O presente trabalho utilizou o método dedutivo como forma de abordagem e o procedimento empregado como técnica de pesquisa foi a revisão de literatura pertinente a temática proposta.

A análise de dados obtidos por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais do governo foi de extrema importância para demonstrar a problemática em questão apresentada no desenvolvimento do trabalho.

¹O trabalho aborda uma crítica aos dispositivos de aplicação da prisão a partir da criminologia crítica.

1. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A sociedade humana sempre conviveu com a noção de crime e a presença de transgressores. O tratamento dado a tais indivíduos evoluiu ao longo dos tempos. Nas sociedades anteriores ao período moderno não existia a privação e a restrição de liberdade como observamos hoje em dia. A aplicação da medida prisão passou por um processo evolutivo no decorrer da nossa história, assim como as formas de punição aplicadas aos infratores.

A restrição da liberdade através da prisão implica ao encarcerado um grau de submissão plena e o deixa à mercê das regras regulamentares de maneira coercitiva. O cerceamento do direito de ir e vir afeta a dignidade da pessoa, e isso terá reflexo em todas as searas de sua vida, causando um enorme e incalculável abalo psíquico e moral, tanto ao preso quanto a sua família. A prisão tem impacto direto no direito fundamental de liberdade de todos os indivíduos. Importante frisar que com a prisão, o princípio da dignidade da pessoa humana é severamente aviltado.

De acordo com o princípio da presunção da inocência, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, contudo, uma prática muito comum no Brasil é a decretação da prisão preventiva, de maneira banalizada em várias situações. Sua decretação, às vezes, parece estar sendo feita mais para atender um “clamor social” do que pelas suas reais necessidades.

Nos dizeres de Lopes Jr & Rosa:

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarme social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo (LOPES JR. & ROSA, 2015, p. 81).

Na prática, as exigências do processo penal acabam colocando o imputado em uma situação análoga a de condenado. Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando a ilusão de justiça instantânea diante da opinião pública (LOPES JR., 2013, p. 801).

No decorrer deste capítulo serão apresentadas noções gerais acerca das prisões, abordagem dos fundamentos constitucionais e formalidades para se efetuar a prisão, as modalidades de prisões cautelares previstas pela legislação processual penal, como a prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão domiciliar, bem como as medidas

cautelares diversas da prisão existentes em nosso ordenamento jurídico. Para finalizar, será feita breve explanação acerca do princípio da dignidade humana e aplicação dos tratados internacionais ao direito brasileiro.

1.1 Teorias e princípios das prisões e medidas cautelares

Ao se mencionar a palavra prisão logo se faz associação ao local onde a pessoa é posta e submetida à privação/restrrição da liberdade, pelo fato de ter cometido alguma infração/crime, portanto, ligada a ideia de medida punitiva.

O indivíduo que é privado da sua liberdade ao ser preso perde o seu lar, perde suas relações sociais e familiares, perde seu espaço.

A prisão implica na privação da liberdade de ir e vir do ser humano, o abandono do seu livre-arbítrio devido a uma decisão do Estado, podendo ser anterior ou posterior a uma sentença condenatória transitada em julgado.

Pelos ensinamentos de Nucci, a prisão:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito a prisão provisória, a qual ocorre enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2012, p. 575).

Conforme o Código Penal e a Lei de Execuções Penais, a prisão-pena é aquela que resulta do trânsito em julgado de uma sentença condenatória (POLASTRI, 2014, p. 180). “É imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 432). Pelos ensinamentos de Capez (2014, p. 307), tem-se que a prisão-pena é a “medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”.

Contudo, o instituto da prisão precisa ser aplicado com muita parcimônia, levando em consideração as garantias constitucionais e as regras de processo penal que o regem. Sua aplicação deve sempre ser a *ultima ratio*. Nossa constituição assegura em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), garantindo assim o princípio da presunção de inocência,

também conhecido por princípio da não culpabilidade. Trata-se de uma maneira de limitar o autoritarismo do Estado, detentor do direito de instaurar a persecução penal.

De acordo com o reconhecimento jurisprudencial, o princípio da presunção de inocência não afasta a constitucionalidade de nenhuma das modalidades de prisão cautelar. Contudo, a privação da liberdade do indivíduo, que ocorre antes da pronúncia de uma sentença transitada em julgado, deve ser vista apenas como tendo caráter subsidiário.

Apesar da dificuldade, a presunção de inocência deve coexistir durante as prisões cautelares, assim como as mesmas devem ser guiadas pelos princípios que norteiam o sistema cautelar, dentre eles, a jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade, proporcionalidade (LOPES JR., 2013, p. 786).

O princípio da jurisdicionalidade está intimamente relacionado com o devido processo legal, que tem previsão constitucional no art. 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Dessa forma, para haver a privação de liberdade deveria preceder um processo. Ao comparar os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. A justificativa para permitir tal modalidade de prisão é que a mesma é tolerada, pela necessidade e proporcionalidade (LOPES JR., 2013, p. 792).

As prisões cautelares devem seguir o princípio da excepcionalidade, ou seja, devem ser o último instrumento a ser utilizado. No Código de Processo Penal observam-se dois dispositivos referentes a esse princípio e sua aplicação em relação à prisão cautelar:

Art. 282 [...]

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

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

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

Pelo princípio da proporcionalidade, as medidas cautelares devem ser aplicadas somente quando houver real necessidade, observando os fins almejados, sua duração e intensidade. Tal princípio deve vir intimamente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Begalli (2010), tal princípio se reflete em todos os ramos do Direito, mas pode-se dizer que, de um modo especial, está atrelado ao direito penal. Há conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “direito a naturalidade” ou ainda “direito a contingência”. Nesse vértice, a privação cautelar de liberdade, no sistema jurídico

brasileiro, é o último recurso a ser empregado. A necessidade desse caráter mínimo de intervenção estatal na liberdade do cidadão só se excetua em situações graves ou que representem risco ou dano a algum direito fundamental.

Os princípios que regem as prisões cautelares devem ser aplicados com a máxima eficácia possível, pois as medidas cautelares implicam em ofensa à dignidade humana e aos princípios constitucionais dela decorrentes.

Para Pacelli e Costa (2013, p. 40), se as razões para a aplicação de uma pena privativa de liberdade proveniente de uma decisão condenatória são o último recurso estatal e servem para os casos graves, em caso de aprisionamento preventivo (cautelar), há uma área de incidência ainda mais restrita e bem delimitada, por ser uma medida excepcional. A prisão preventiva e as demais modalidades de prisão cautelar, em regra, não podem superar o próprio direito penal almejado no processo.

A concessão de uma medida cautelar requer a observação dos requisitos da necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e da adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme art. 282 do CPP. As medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Segundo Lopes Jr. (2013, p. 847) as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento.

Importante frisar que as prisões processuais possuem caráter pessoal e têm por finalidade garantir a efetividade da administração da justiça. O objeto da prisão preventiva recai, de forma direta, no direito fundamental de liberdade de todo o indivíduo. A mesma provoca tamanho abalo psíquico e moral, que atingem além do preso, seus familiares. Além disso, a estigmatização do indivíduo é praticamente inevitável.

1.2 Fundamento constitucional, controle da legalidade e formalidade da prisão

A uma Constituição democrática deve corresponder, necessariamente, um processo penal também democrático, a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais do indivíduo.

Preceitua o art. 5º, LXI da Constituição Federal, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,

salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Toda prisão processual deve ser fielmente fiscalizada pelo juiz quanto à sua legalidade. A esse respeito, assegura o art. 5º, inciso LXV da CF que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (BRASIL, 1988).

Por conta disso, exige-se que toda prisão seja devidamente comunicada ao magistrado, para que este possa analisar a legalidade da mesma. Em constatando que a prisão é legal, deverá o juiz homologá-la. De outro lado, se percebe que a prisão é ilegal, deverá o magistrado relaxá-la, sob pena de cometimento do crime de abuso de autoridade (art. 4º, alínea “d”, da Lei nº 4898/65)².

Assevere-se que também a prisão decretada por magistrado deve ser fiscalizada pelo judiciário, neste caso pela autoridade judiciária superior, por meio dos instrumentos cabíveis, a exemplo do *habeas corpus* (ALVES, 2011, p. 64).

A prisão de alguém deve atender regras gerais, sendo uma delas, a indispensabilidade de mandado de prisão, expedido por autoridade judiciária, que proferiu decisão escrita e fundamentada nos autos do inquérito ou do processo (art. 283, *caput*, CPP)³. Excepcionalmente, admite-se a formalização da prisão por ato administrativo, como ocorre no caso do flagrante, embora sempre submetida a constrição à avaliação judicial (NUCCI, 2012, p. 577).

A atual lei brasileira prevê o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção dessa prisão cautelar (art. 306 do CPP)⁴. No entanto, essa previsão legislativa tem se mostrado insuficiente tanto para um efetivo controle judicial da legalidade e necessidade da prisão provisória quanto para verificar eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos da pessoa presa. No contexto atual, o contato entre a pessoa presa e o juiz só se dará, em muitos casos, meses após sua prisão, no dia da sua audiência de instrução e julgamento.

Importante ressaltar que a não observância dos preceitos legais e dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, na determinação de uma prisão processual, pode culminar em lesões a direitos fundamentais. Com base nisso, incumbe ao agente estatal

² Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

³ Art. 283 CPP - 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.

⁴ Art. 306 CPP - A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

avaliar a real necessidade e possibilidade da aplicação da prisão cautelar, bem como os possíveis danos ao indivíduo e à sociedade que possam vir a ser causados pela mesma.

O direito processual penal governa a atividade jurisdicional do Estado e relaciona-se intimamente com o direito constitucional, que, além de entrelaçar suas normas com as de todos os demais campos do direito, determina-lhe as bases diretoras. Nossa constituição assegura ao acusado garantias que são limitações penais do *ius puniendi* que norteiam o seu desenvolvimento das prisões processuais, dentre elas:

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;

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

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

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

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

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

Essas garantias tratam dos procedimentos que segregam a liberdade de um cidadão, definem a margem de atuação e preservam, de forma absoluta, princípios inerentes a todo ser humano. No direito processual penal, especialmente no que tange às medidas cautelares e à prisão, os princípios fundamentais constitucionais possuem um valor ainda maior, tendo em vista a gravidade das medidas e a responsabilidade estatal envolvida. Privar um indivíduo de sua liberdade é uma medida de caráter excepcional, não pode se dar de forma automática. Os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição devem ser observados na aplicação de medidas coercitivas pelo Estado.

1.3 Modalidades de prisão processual cautelar

A prisão processual é aquela resultante do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. A Constituição da República promoveu a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Assim, de acordo com Pacelli, “toda e qualquer prisão deverá se pautar

na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz e do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade” (PACELLI, 2013, p. 498).

Nosso ordenamento jurídico prevê as seguintes modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316), a prisão temporária (Lei 7.960/89) e a prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318). Na sequência serão apresentadas informações referentes a cada uma dessas modalidades.

1.3.1. Prisão em flagrante

Flagrante significa “tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre” (NUCCI, 2012, p. 588), é pois, o delito que ainda “queima” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 461). Por isso, prisão em flagrante “é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal” (NUCCI, 2012, p. 588).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, dispõe “ninguém será preso semão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Assim, em um primeiro momento, a prisão em flagrante tem caráter administrativo justamente porque dispensa ordem judicial expressa e fundamentada para tanto, nos termos do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Isso se deve ao fato de que a prisão em flagrante pode ser observada de maneira manifesta, evidente por qualquer pessoa do povo, dispensando-se portanto, a análise por parte de um juiz de direito. Já em um segundo momento, essa modalidade de prisão deverá ser submetida à análise judicial da sua legalidade, caráter judicial (ALVES, 2011, p. 77).

Prevalece na doutrina o entendimento de que a prisão em flagrante tem natureza jurídica de ato complexo, no sentido de que ela seria um ato administrativo na origem, sendo judicializada ao final (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 462).

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para configuração do crime (NUCCI, 2012, p. 589). No entanto, embora o princípio da insignificância retire a tipicidade do crime, não se admite que a autoridade policial deixe de

efetivar a prisão em flagrante com base nesse motivo, pois tal princípio deve ser analisado exclusivamente pelo magistrado (ALVES, 2011, p. 78).

O flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Trata-se de uma medida independente, com caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo (o flagrante não gera necessariamente a prisão preventiva, há casos em que a preventiva existe sem prévio flagrante) (BANOCLOCHE PALAO, 1996, p. 292 apud LOPES JR., 2013, p. 805). O flagrante não prende por si só e tampouco mantém alguém preso além das 24 horas necessárias para sua elaboração. Logo, para que o agente permaneça preso ou submetido a qualquer medida cautelar, é imprescindível uma decisão judicial fundamentada (LOPES JR., 2013, p. 823).

Contudo, cabe salientar que há casos em que não será possível a homologação da prisão em flagrante, com lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, nem se exigirá fiança, se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer, embora seja possível a apreensão física da pessoa. Tais casos englobam infrações de menor potencial ofensivo (art. 69, parágrafo único, da Lei 9099/95)⁵ e crime de porte de entorpecente para consumo (art. 48, § 2º, da Lei 11.343/06)⁶.

O flagrante pode ser facultativo, isto é, aquele realizado por qualquer do povo, que não está obrigado a efetivá-lo. Trata-se aqui de hipótese de exercício regular de um direito. Caso a prisão efetuada seja ilegal, a pessoa poderá responder por crime de constrangimento ilegal ou até de sequestro ou cárcere privado. A outra modalidade trata-se do flagrante obrigatório ou compulsório, aquele imposto às autoridades policiais e seus agentes, sob pena de responsabilidade criminal e funcional pelo seu descaso, desde que obviamente seja possível a efetivação do flagrante. Trata-se de estrito cumprimento do dever legal (ALVES, 2011, p 79).

Nos crimes de ação privada ou pública condicionada à representação é possível a efetivação da prisão em flagrante, desde que haja no ato de formalização do auto, se a vítima estiver presente, autorização desta (NUCCI, 2012, p. 591).

⁵ Art. 69 [...]. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

⁶ Art. 48 [...]. § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

A prisão em flagrante se divide em espécies⁷, conforme abaixo apresentado:

a) Flagrante próprio ou perfeito ou real – é quando verdadeiramente existe o flagrante. Ocorre quando o agente está cometendo o crime (art. 302, inciso I, do CPP) ou acaba de cometê-lo (art. 302, inciso II, do CPP), ficando evidente a materialidade do crime e da autoria. “A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o sujeito é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente” (LOPES JR., 2013, p. 55). Da mesma forma, quando o sujeito acaba de cometê-la (sem qualquer intervalo de tempo), encontrando-se ainda no local dos fatos e sendo necessárias, todavia, informações veementes de que essa pessoa é realmente a autora dos fatos, já que pode se tratar, por exemplo, de pessoa que chegou a casa após o assassinato e a fuga do criminoso (REIS & GONÇALVES, 2014, p. 367).

b) Flagrante impróprio ou imperfeito ou irreal – ocorre quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo, em situação que faça presumir ser o autor da infração. Segundo Lopes Jr. (2013, pp. 56-57), “a perseguição exige uma continuidade, em que o perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda que nem sempre tenha o contato visual”. E continua dizendo que “deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie ‘logo após’ o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência”.

A perseguição pode até durar horas ou dias, desde que tenha se iniciado “logo após” a prática do crime. Isso afasta por completo a crença popular de que um indivíduo só pode ser preso ao longo das 24 horas decorridas após a prática do delito (ALVES, 2011, p. 82).

O crime habitual é aquele no qual a consumação se dá através da “prática de várias condutas, em sequência, de modo a evidenciar um comportamento, um estilo de vida do agente, que é indesejável para a sociedade” (NUCCI, 2012, p. 597).

Por sua vez, o crime continuado, nos termos do art. 71 do Código Penal, é aquele em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Assim, há várias condutas praticadas, mas, por uma ficção jurídica, entende-se que o crime é único, daí porque, na sentença condenatória haverá a aplicação da pena de um só crime. Desse modo, existindo no

⁷Também são espécies de prisão em flagrante: flagrante presumido ou assimilado (art. 302, IV, CPP), flagrante preparado ou provocado (Súmula 145, STF), flagrante forjado, flagrante esperado, flagrante diferido ou retardado (art. 2º, II, Lei nº 9.034/95 e art. 53, II, Lei nº 11.343/06)

mundo dos fatos, várias ações independentes, “irá incidir, isoladamente, a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante por cada uma delas” (TÁVORA & ALENCAR, 2009, p. 470), é o chamado flagrante fracionado.

A prisão em flagrante requer o cumprimento de formalidades para a lavratura do seu auto de prisão, pois é uma modalidade de prisão que foge à regra geral de que a prisão decorre de ordem judicial escrita. Sua formalização se dá com a lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Nele deve constar o depoimento do condutor, que é pessoa que apresenta o preso à autoridade policial.

Deve haver também o depoimento de duas testemunhas do fato criminoso, sem contraditório ou ampla defesa, mas na falta delas não se impede a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, sendo possível a oitiva de testemunhas da apresentação do preso à autoridade, as chamadas testemunhas instrumentais ou indiretas (ALVES, 2011, p.90).

Em regra, qualquer pessoa pode ser presa em flagrante delito. Entretanto, há determinadas pessoas que, em razão do cargo que ocupam ou pela condição especial que ostentam, estão sujeitas a regras especiais quanto à prisão em flagrante, tais como: diplomatas, parlamentares federais e estaduais, magistrados, membros do ministério público, presidente da república, advogado, menores de 18 anos de idade, condutores de veículos automotores.

Uma vez lavrado o auto de prisão em flagrante delito, a autoridade policial deverá comunicar ao juiz a prisão efetivada, no prazo de 24 horas, sob pena de cometimento de crime de abuso de autoridade.

Algumas cautelas especiais precisam ser cumpridas para o efetivo controle jurisdicional da prisão em flagrante, dentre elas, a obrigatoriedade de comunicação imediata desta prisão e do local onde o preso se encontra ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. Além disso, exige-se a entrega da nota de culpa ao preso, no mesmo prazo de 24 horas, mediante recibo, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. A nota de culpa é o “documento informativo oficial, dirigido ao indiciado, comunicando-lhe o motivo de sua prisão, bem como o nome da autoridade que lavrou o auto, da pessoa que o

preendeu e o das testemunhas do fato” (NUCCI, 2012, p. 603), respeitando assim a norma constitucional do art. 5º, inciso LXIV⁸.

Ao receber o auto de prisão em flagrante o magistrado deve fundamentadamente:

Art. 310 [...]

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.

Se a prisão em flagrante não atender aos requisitos legais deve ser imediatamente relaxada, com conseqüente liberdade plena do agente.

A liberdade provisória trata-se de uma medida substitutiva da prisão em flagrante já efetivada, não sendo, portanto, uma medida originária.

1.3.2. Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma “medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2012, p. 604). Trata-se de uma prisão tipicamente cautelar. Mostra-se forte a necessidade de se demonstrar o porquê da mitigação do princípio do estado de inocência, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, a sua decretação de modo automático ou forma obrigatória (ALVES, 2011, p. 97).

Pode ser decretada durante a investigação policial ou já no curso da ação penal, e até após a sentença condenatória recorrível (LOPES JR, 2013, p. 85). Sobre a legitimidade para o estabelecimento da referida modalidade prisional, pode ser decretada pelo juiz, de ofício, no decorrer da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial, em qualquer fase processual (artigo 311, Código de Processo Penal).

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. Esta deverá apontar, além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa (LOPES JR., 2013, p. 824).

⁸Art. 5º, LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Sem o *periculum libertatis*, a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar (art. 319, CPP) não poderá ser decretada (LOPES JR., 2013, p. 824).

Os requisitos ensejadores da privação preventiva de liberdade estão previstos nos artigos 312⁹ e 313¹⁰ do Código de Processo Penal, e são de observância obrigatória. Nucci (2013, p. 87) aduz que são três os fatores necessários à decretação: prova da materialidade do crime, indícios suficientes de autoria, além de um dos elementos variáveis previstos no citado artigo 312 do Código de Processo Penal.

A decisão que decretar a prisão preventiva exige fundamentação legal, sob risco de ofender o princípio da presunção de inocência. Desta decisão interlocutória não há recurso previsto, restando apenas a possibilidade de ser atacada através de *Habeas Corpus* (artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal).

A duração razoável da prisão cautelar emerge como princípio constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais. É necessário consagrar com *status* constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que for absolutamente imprescindível para o esgotamento do processo (NUCCI, 2012, p. 105).

Conforme estabelecido no art. 316 do CPP, “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”, assim, essa modalidade pode ser revogada a qualquer momento, desde que desapareçam os seus requisitos ensejadores.

Assim, é exigência do princípio do caráter processual da prisão provisória que a detenção anterior à condenação não tenha o caráter de sanção penal e que apenas poderá ser permitida quando o acusado tentar obstruir a obtenção de provas ou quando houver perigo de

⁹ 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.

¹⁰ 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; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; 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.

que ele impeça a aplicação da lei penal, fatos que caracterizam a necessidade de proteção do andamento processual (BARRETO, 2006).

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado (LOPES, JR., 2013, p. 834).

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada” (LOPES JR. & ROSA, 2015, p. 80). Assim, a conversão da prisão em flagrante em preventiva deve ser criteriosamente avaliada em relação aos requisitos legais que a autorizam, evitando dessa forma a violação de direitos humanos.

1.3.3. Prisão temporária

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960/89. Antigamente era denominada “prisão para averiguação”. É a modalidade de prisão que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave”(NUCCI, 2012, p. 585). Conforme entendimento da doutrina majoritária, não se permite o decreto da prisão temporária em sede de procedimentos investigatórios extrapoliciais, só será possível, portanto, no bojo do inquérito policial (TÁVORA & ALENCAR, 2009, p. 488-489).

Sua decretação necessita da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade do juiz decretá-la de ofício (LOPES, JR., 2013, p. 886).

O art. 1º da Lei nº 7.960/89 determina três hipóteses de cabimento da prisão temporária:

- a) Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- b) Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- c) Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptivo violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento

de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro.

O prazo da prisão temporária será, como regra, de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco, em caso de *extrema e comprovada necessidade* (art. 2º, caput, da Lei 7.960/89). Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para 30 dias, prorrogáveis por outros 30 (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90).

Importante salientar que, expirado o prazo de encarceramento temporário determinado pelo magistrado, e não tendo sido a prisão convertida em preventiva, o indiciado deve ser imediatamente libertado pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura, sob pena de configuração de constrangimento ilegal, passível de impetração de *habeas corpus*.

1.3.4 Prisão domiciliar

A prisão cautelar domiciliar está estabelecida nos arts. 317 e 318 do CPP, nos seguintes termos:

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

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo (BRASIL, 1941).

Como salienta Nucci (2012, p. 624), essa modalidade de prisão não é nova medida cautelar restritiva da liberdade, trata-se da prisão preventiva em residência, de onde somente pode o sujeito sair mediante autorização judicial.

A prisão domiciliar tem natureza diferente do recolhimento domiciliar constante no art. 319, V, CPP. Está relacionada aos motivos pessoais do agente, e para sua aplicação deve ser apresentada comprovação documental ou perícia médica. Esta modalidade de prisão possui natureza humanitária.

1.3.5 Medidas Alternativas à Prisão Preventiva

Antes da condenação, a liberdade é a regra e a prisão na fase processual é medida excepcional, deve ser sempre a *ultima ratio*. Medidas alternativas à prisão preventiva visam afetar o menos possível o cidadão sobre o qual não paira o peso da condenação criminal transitada em julgado, e representam menor ofensa à dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais.

Essas medidas são cabíveis apenas nos casos em que a prisão preventiva seria aplicável, portanto exige-se a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Elas serão aplicadas baseadas no princípio da proporcionalidade, havendo outra restrição menos onerosa para tutelar determinada situação, aplica-se uma medida alternativa (LOPES, JR., 2013, p. 861).

Nucci (2013) traz a seguinte colocação:

O novo art. 319 traz o rol das medidas cautelares, alternativas à prisão, podendo significar uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito e também no quadro prisional brasileiro. Muitos acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo a processo-crime, em virtude da prática de crime grave, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere fechado. Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigilância (NUCCI, 2013, p. 118).

As modalidades de medidas cautelares diversas da prisão constituem um rol taxativo e estão previstas do artigo 319 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX – monitoração eletrônica (BRASIL, 1941).

A opção por determinada restrição, no caso concreto, dependerá da apreciação judicial de sua necessidade, da proporcionalidade da restrição, e será sempre motivada, nos termos do art. 282 do CPP.

As medidas cautelares diversas da prisão não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada. Além disso, não se pode desprezar a gravidade das restrições que elas impõem. O objetivo de tais medidas é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual (LOPES, JR., 2013, p. 862).

1.4 Dignidade da Pessoa Humana, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a legislação brasileira

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da nossa Carta Magna, art. 1º, inciso III. Sua importância está atrelada a todos os ramos do direito em nosso ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana é assim definida por Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Essa definição permite inferir que cada indivíduo é merecedor de igual consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade, para isso, direitos são garantidos constitucionalmente. A dignidade é um bem irrenunciável e inalienável, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

O princípio da dignidade humana encontra-se positivado no âmbito internacional e nacional. O Estado brasileiro está estruturado no princípio do Estado democrático de direito. Para Arion Sayão Romita:

A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário (ROMITA, 2005, p. 251).

Os direitos humanos podem ser conceituados usando sua finalidade, que os classifica como essenciais ao desenvolvimento digno da pessoa humana. Esta definição encontra amparo na fundamentação ética, pela qual, os direitos humanos são critérios morais norteadores de condutas e comportamentos. Os direitos humanos conceituam-se como uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Consideram-se fundamentais porque a pessoa humana não existirá ou não será capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida sem eles (DALLARI, 1998, p. 7).

A consideração de direitos humanos segundo a definição de Luño é:

o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (LUÑO, 1995, p.48).

A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e de direito internacional, que informam sobre o Direito interno. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea (PIOVESAN, 2013, p.115).

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Os termos e conceitos consagrados nos tratados de direitos humanos se revestem de um sentido autônomo, independentemente do que lhes é atribuído nos sistemas jurídicos nacionais (PIOVESAN, 2013, p.57).

Os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*) constituem, hoje, a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Os tratados internacionais não necessariamente consagram novas regras de Direito Internacional. Por vezes, acabam por codificar regras preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, optam por modificá-las. Considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e

vinculante, a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica, portanto, responsabilização internacional do Estado violador (PIOVESAN, 2103, p. 112).

Nossa Constituição Federal foi marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria, além disso, trata-se de uma constituição situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos.

O disposto no art. 5º, § 2º do texto constitucional traz a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

O direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados em relação aos tratados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º, dispondo: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”(BRASIL, 1988).

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), no Brasil, são dotados de natureza jurídica de supralegalidade, estando acima de todas as normas, salvo a Constituição, sendo portanto, infraconstitucionais.

Porém, para Flávia Piovesan os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º da Constituição, apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional (PIOVESAN, 2013, p. 122).

No âmbito regional americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um dos principais instrumentos normativos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Caracterizada pela natureza vinculatória aos Estados membros. Foi assinada em São José, Costa Rica, em 1969,

entrando em vigor em 1978. Apenas Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir à Convenção Americana.

O pacto procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido. Baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Ratificada pelo Brasil, desde então, os direitos e garantias processuais constantes de seu artigo 8º, que fala das garantias judiciais, passaram a complementar a nossa Lei Maior, especificando ainda mais as regras do devido processo legal.

Assim, os direitos fundamentais são assegurados não só pelas normas internas, mas também, por aquelas provenientes de tratados ou convenções internacionais dos quais seja o Brasil signatário. O Pacto de San José da Costa Rica é fonte de garantias processuais penais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional. Em relação às garantias processuais, a cláusula do devido processo legal surge como corolário de todo o sistema jurídico processual e deve ser claramente observada no curso do processo penal, pelo prisma do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual a nulidade do ato que não obedeceu a forma legal somente deve ser declarada pelo juiz quando não tenha alcançado o seu fim. No Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve se revelar como maior interesse da prestação jurisdicional (PRUDÊNCIO, 2010).

No que se refere ao aspecto processual, a Convenção Americana consagrou o instituto do *Habeas Corpus* em seu art. 7.6, permitindo que qualquer pessoa impetre o remédio. Isso implica em um efeito vinculante aos Estados signatários da Convenção, que ficam impedidos de abolir de suas legislações o referido instituto.

Além disso, a Convenção traz disposições a respeito do princípio da inocência e demais garantias processuais. Ela ainda assegura aos acusados o direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável (art. 8º, § 1º) e de não serem obrigados a depor contra si e, nem de se declararem culpados (art. 8º, § 2º, alínea 'g'). Cabe ao Estado, onde a pessoa está sendo processada, proporcionar-lhe um defensor.

Seu art. 1º, § 1º estabelece que compete ao Estado membro zelar pelo respeito dos direitos humanos reconhecidos e garantir o exercício dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição.

O processo penal é um dos ramos do direito que mais sofre influência da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nas palavras de Giacomolli:

uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo (Giacomolli, 2014, p. 12).

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o Código de Processo Penal, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. (LOPES JR. & PAIVA, 2014).

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil também é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Ambos os instrumentos trazem disposições fundamentais de proteção dos direitos das pessoas detidas. Estes instrumentos visam proteger a dignidade de todos os seres humanos, incluindo as pessoas acusadas da prática de crimes. A estas últimas, são garantidos os direitos a um processo equitativo, à presunção da inocência e ao recurso das decisões condenatórias. São ainda protegidas através da proibição da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e têm direito a igual proteção perante a lei e a não serem sujeitas a detenções ou prisões arbitrárias.

Apesar dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuírem um *status* privilegiado em nosso ordenamento jurídico, eles são frequentemente desconsiderados na solução de conflitos jurídicos de ordem interna, por não possuírem um alto grau de aplicação.

As prisões cautelares possuem caráter pessoal e têm por finalidade garantir a efetividade da administração da justiça. Por sua natureza instrumental, buscam obter segurança para que se torne útil e possível a persecução criminal ou a execução da pena aplicada.

Todavia, pelo caráter excepcional só devem ser aplicadas se obedecido um rígido controle de legalidade, almejando proteger as garantias individuais do cidadão e a efetividade da administração da justiça, devendo ser realizado pelo Poder Judiciário.

A privação da liberdade através de medidas cautelares situa-se numa fronteira muito tênue entre a garantia do devido processo legal e a violação aos princípios e garantias constitucionais e aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, quando a mesma venha ser empregada com abusos.

Com base nos tópicos acima, o próximo capítulo procura apresentar um panorama sobre a aplicabilidade da prisão cautelar e a atual situação do sistema prisional brasileiro.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O EXCESSO DE PRISÃO PROVISÓRIA

O excesso de encarceramento é característica marcante do sistema penitenciário brasileiro na atualidade. Porém, o aumento no número de encarcerados não reflete uma maior segurança no dia a dia das pessoas.

Mesmo com o advento da Lei 12.403/11, que alterou o código de processo penal, buscando alcançar maior paridade deste com os preceitos constitucionais, e criou uma série de medidas cautelares diversas da prisão, o número de prisões provisórias continuou aumentando.

Relevante salientar que o elevado número de indivíduos que se encontram nas prisões, apresentado por dados estatísticos de órgãos governamentais, na maioria das vezes está atrelado ao tempo de duração da prisão cautelar e não da prisão pena, pois aquela carece de legislação específica estipulando seu prazo de duração, sendo muitas vezes associada a prazos prolongados.

As prisões cautelares estão banalizadas no Brasil. Os direitos e garantias fundamentais, positivados em nosso ordenamento jurídico, bem como as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos que procuram assegurar a dignidade da pessoa humana são desprezados diante da prática corriqueira da aplicação de cautelares com privação de liberdade. A relevância da expressão *ultima ratio* passa despercebida pelos operadores do direito, em muitas situações. A decretação da prisão cautelar sempre deve estar atrelada aos princípios da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana, porém, isso nem sempre é observado na prática.

Estamos vivenciando uma inversão de condutas, na qual muitas vezes, primeiro se prende para depois se buscar o suporte probatório que legitime tal medida, quando o esperado seria o contrário.

Nesse cenário de excessos de prisões, o Brasil ocupa o 4º lugar no ranking carcerário mundial. Se for levado em consideração o número de presos em regime domiciliar, o Brasil passa a ocupar o 3º lugar no ranking (DEPEN, 2014).

No presente capítulo será apresentada uma análise sobre a aplicação da prisão provisória no Brasil, bem como o perfil dos encarcerados e o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro. Para tanto, foram utilizados alguns dados sobre o sistema penitenciário obtidos do Sistema integrado de informação penitenciária (INFOPEN) do ano de 2014, bem como dados do estudo “Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo

empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico”, fruto de uma pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para o Ministério da Justiça, no período de 2008 a 2012 sobre a duração dos crimes de furto, roubo e tráfico.

2.1 Aplicação da prisão provisória no Brasil

Segundo dados do ano de 2014, obtidos através do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (INFOPEN), a população carcerária no Brasil, no referido ano era de 607.731 presos, dos quais, a porcentagem de presos condenados era de 58,83% e de presos provisórios de 41,17%. Dentre os estados brasileiros, São Paulo é o que apresenta a maior população prisional do Brasil (219.053 presos). Santa Catarina ocupa o 8º lugar (17.914 presos). Em relação ao número de presos provisórios, o estado do Sergipe aparece em 1º lugar com 73%. Santa Catarina está em 25º lugar com 25% de presos provisórios. No que tange ao percentual de presos sem condenação e com mais de 90 dias de aprisionamento, o estado do Ceará lidera as estatísticas com 99%. Santa Catarina está em 15º lugar com 47% (DEPEN, 2014).

O elevado percentual de indivíduos encarcerados provisoriamente, de acordo com os dados do Infopen, permite inferir que essa modalidade de cautelar vem sendo empregada de forma abusiva pelo nosso sistema penal. Vivenciamos uma distorção da aplicabilidade dos princípios que regem as prisões cautelares bem como o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A privação cautelar de liberdade, no sistema jurídico brasileiro, deveria ser o último recurso a ser empregado. A necessidade desse caráter mínimo de intervenção estatal na liberdade do cidadão só se excetuará em situações graves ou que representassem risco ou dano a algum direito fundamental.

Entre os anos de 2008 e 2014 foi observada uma redução na taxa de aprisionamento em três dos quatro países com maior população prisional do mundo, Estados Unidos (-8%), China (-9%), Rússia (-24%). O Brasil, por outro lado, apresentou um aumento de 33% no número de seus encarcerados. A prática rotineira do encarceramento no Brasil vai de encontro com a realidade da estrutura do nosso sistema prisional, que apresenta um déficit de 231.062 vagas (DEPEN, 2014).

Segundo informações do Ministério da Justiça (2015, p. 38) no estudo sobre excesso de prisão provisória, ficou demonstrado que no estado de Santa Catarina, do total de réus analisados 80% deles sofreram algum tipo de restrição de liberdade em razão da acusação criminal ou da autuação em flagrante. Esse dado mostra que a prisão é um recurso alta e

excessivamente mobilizado pelas instituições repressivas, para flagrar um suposto delito ou para manter segregado aquele que responde a um processo penal. O excesso de prisão no sistema penal brasileiro se inicia pelo excesso de prisões em flagrante e se completa pela alta taxa de conversão das prisões em flagrante em prisões provisórias. Sem as prisões em flagrante, praticamente não haveria processos criminais.

Para a sociedade, a prisão preventiva do autuado transmite a falsa impressão de eficácia da justiça. Essa modalidade de prisão às vezes encontra fundamento no ‘clamor público’. Contudo, “a prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal” (ROSA, 2014, p. 160).

A esse fato, Lopes Jr & Rosa trazem a seguinte colocação:

Pensamos que o processo “demora demais” e ninguém quer esperar até a sentença, afinal, qualquer demora é uma dilação insuportável para uma sociedade hiperacelerada. Por isso, quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta e incômoda sensação de que haverá impunidade (LOPES JR & ROSA, 2015, p. 56).

A situação de flagrante apresenta um caráter precário quando levado em conta que nosso sistema repressivo está legitimado a partir dos princípios normativos da isonomia, da legalidade, e da presunção de inocência. Pode-se dizer que esse sistema apresenta muitas distorções. Diante do auto de prisão em flagrante, o magistrado deve relaxar a prisão, caso a mesma seja ilegal, ou convertê-la em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP ou ainda conceder a liberdade provisória.

Contudo, a homologação do flagrante, ao invés de ser a exceção, tem figurado como regra pelo nosso sistema processual penal. Assim, conforme colocado no início deste capítulo, a Lei 12.403/11 não obteve o êxito de reduzir o número de presos cautelares a que se propunha. Outro fato relevante é que a citada lei é silente em relação ao limite temporal para a decisão de homologação do flagrante pelo magistrado. De acordo com a norma processual, em consonância com a Constituição Federal (art. 5º, LXI, LXII), o flagrante tem uma temporalidade específica e especialmente rigorosa, dada a sua condição pré-cautelar e pré-judicial. Ou seja, possui o caráter garantidor dos elementos de autoria e materialidade, apreensíveis no ato da prisão, os quais servem como base para a decisão judicial sobre o futuro do autuado.

A fase pré-processual, decomposta em atenção ao procedimento descrito no CPP apresenta quatro etapas: a) da prisão em flagrante ao comunicado à autoridade judicial; b) do

comunicado ao recebimento do Auto de Prisão em Flagrante (APF) pelo juiz; c) do recebimento do APF à sua homologação pelo magistrado; d) da homologação do APF até o recebimento da denúncia. O CPP não é taxativo em relação a todos os prazos envolvidos no processamento do flagrante. Resta claro o prazo de 24 horas para que o auto de prisão em flagrante (APF) seja remetido ao juiz e para o defensor do autuado. Importante frisar que nesse prazo o juiz terá acesso somente a documentos escritos referentes à prisão e com isso deverá fundamentar sua decisão conforme o art. 310, CPP. O encontro pessoal entre juiz e autuado na maioria das vezes irá ocorrer durante a primeira audiência, que pode se dar meses após a prisão.

No momento em que vai avaliar a prisão em flagrante, o juiz dispõe como elementos probatórios apenas os documentos do inquérito policial. Muitas vezes, tais documentos tem prevalência sobre a prova constituída durante o processo penal, o que acarreta no predomínio da acusação, com conseqüente presunção de culpa do réu.

Cabe ressaltar, que nem sempre a temporalidade estabelecida pelo do art. 306, CPP¹¹ é prontamente atendida. A pesquisa do IPEA para o Ministério da Justiça constatou situações anômalas, como o caso em que se passaram 1096 dias entre a prisão em flagrante e o comunicado da mesma à autoridade judicial, que deveria ser imediata. Em outro caso, a polícia levou 2216 dias para enviar o APF à justiça, quando deveria cumprir o prazo de 24 horas. Situações como essas são extremamente absurdas, mas reais, demonstrando o total desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo, assegurados pela constituição federal. O atraso no trâmite do procedimento impede o controle do flagrante pela autoridade judicial. A ação policial é impeditiva do amplo direito de defesa dos indivíduos, que demoram em ser regularmente indiciados (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 47).

A tramitação do flagrante até a remessa dos autos à instância superior está envolvida por fatores burocráticos, que caracterizam os ‘prazos imperfeitos’ que acompanham essa modalidade de prisão, desde sua deflagração até sua possível conversão em preventiva. O estudo de Lemgruber e Fernandes (2011) evidenciou que os juízes costumam impor exigências não previstas no texto legal (prova de residência fixa, ocupação lícita e ficha de antecedentes criminais) a fim de auxiliar na interpretação dos requisitos para a decretação da

¹¹ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

preventiva (CPP, art. 312). O cumprimento de tais exigências implicou num prazo médio de 20 dias entre o flagrante e sua homologação.

A ocorrência de prisões cautelares injustas e de processos que duram anos não é algo isolado no processo penal brasileiro.

O desenvolvimento do procedimento pré-processual depende do trabalho conjunto da polícia, Ministério Público e o Poder Judiciário, portanto, as três instituições têm responsabilidade sobre a irrazoabilidade da duração da prisão antes do processo e do julgamento. O aumento da população carcerária tem relação com o desrespeito dos prazos nas fases do procedimento, na fundamentação judicial precária em relação ao cabimento da prisão, no quantitativo deficitário de defensores públicos, pois a grande maioria dos acusados são indivíduos de hipossuficientes. Somado a esses fatores está a falta de regulamentação judicial a respeito dos prazos máximos de validade da prisão provisória e da ausência de um consenso mínimo na jurisprudência a respeito do significado da noção de “duração razoável da prisão provisória”.

A Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, inc. LXXV dita que “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988), porém, não trata especificamente da reparação de danos nos casos decorrentes da aplicação indevida de medidas cautelares, como a prisão provisória.

A indeterminação é um grave problema do sistema cautelar brasileiro. A duração da prisão cautelar é uma questão que ainda não foi disciplinada em nosso ordenamento. A exceção é a prisão temporária, que tem prazo máximo estabelecido na Lei 7960/89, pois a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*. Enquanto não for estabelecido limite para os excessos que ocorrem na duração da prisão cautelar, o abuso existirá (LOPES, JR., 2013, p. 796 - 798).

A demora no julgamento dos presos provisórios contribui para que haja superlotação do sistema carcerário. O preso provisório divide o mesmo espaço com os presos condenados. Importante frisar que a prisão é um ambiente hostil a qualquer pessoa, onde se verifica superlotação, condições sanitárias rudimentares, quando não ausentes, alimentação deficiente, precária assistência médica, jurídica, social, educacional e profissional, presença de violência entre internos e entre estes e os agentes de controle institucional.

Devido à falta de separação efetiva entre presos condenados e os provisórios, as prisões, que deveriam servir para ajudar a conter os crimes violentos, com o fenômeno da superlotação acabam por promover o crescimento das facções criminosas e da violência, tanto

dentro de seus próprios muros quanto fora. Os presos provisórios sofrem intensa pressão para se juntarem a facções criminosas. Se vierem a ser colocados em liberdade estarão aptos a difundir a criminalidade no ambiente externo à prisão por estarem subordinados a tais facções. Quanto mais longo for o tempo para que haja o encontro entre o juiz e o acusado, maiores as chances de conversão de tais indivíduos por grupos formados nos presídios (HRW, 2015).

A prisão tem sido empregada como meio de investigação, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados os *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Além disso, essa modalidade de prisão está associada à ilusão de justiça instantânea que a atende aos anseios da opinião pública. A medida que deveria ser a *ultima ratio* torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-se completamente. Assim, a questão cultural é mais relevante que a legislativa (LOPES, JR., 2013, p. 800). Na atual conjuntura, para muitos indivíduos, a prisão provisória mostra-se mais gravosa que a própria condenação que lhe venha a ser imputada ao final do julgamento.

A longa demora da fase pré-processual caracteriza o constrangimento ilegal, fazendo o indivíduo preso jus ao benefício da liberdade provisória por meio da concessão de habeas corpus.

Os princípios constitucionais que objetivam proteger direitos como a liberdade, a presunção de inocência, o devido processo e a ampla defesa não têm obtido concretização, mesmo diante das recentes alterações legislativas de natureza processual penal (LEMGRUBER *et alli*, 2013, p. 52).

A razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação são prerrogativas fundamentais que decorrem da garantia constitucional do devido processo legal. Contudo, em diversos casos o Estado é negligente no que diz respeito aos casos de excesso de prisão, em especial nos casos de excesso de prisão provisória. Pelo fato de não existir uma regulamentação legal em relação à duração da prisão cautelar, a discricionariedade do Poder Judiciário tem se manifestado de forma perigosa, seja ao não finalizar o processo em tempo razoável, seja ao não conferir à prisão preventiva o caráter de medida extrema, ou ainda ao fundamentar a sua decretação sobre a base de critérios genéricos, não passíveis de controle (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 55).

A fundamentação para conversão da prisão em flagrante em preventiva em muitos casos se baseia na ausência genérica de razões para a concessão da liberdade do que demonstração de um concurso positivo de motivos para aplicar a medida de prisão.

O seguinte despacho-padrão foi observado na análise feita por Cerneka et alli (2012, p. 61):

Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, e não vislumbrando qualquer ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante. Outrossim, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejadores da benesse, e porque ausente, dentre outros, demonstração de existência de vínculo do autor do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

Os magistrados tomam decisões são baseadas nos documentos enviados pela polícia, no relatório do APF, ou seja, uma decisão sem ter o menor contato visual com o acusado e nem mesmo ouvi-lo, sendo totalmente inquisitório.

A pesquisa do IPEA sobre excesso de prisão provisória registrou que os réus absolvidos em Santa Catarina esperam, em média, por mais de quatro meses pelo fim da prisão cautelar (129,52 dias). Entre os condenados, a duração média da prisão processual chega a quase sete meses (203,25 dias). Esta realidade de excesso de prisão “provoca o encarceramento de inocentes por prazo de tal modo irrazoável que não se pode imaginar indenização capaz de reparar os danos físicos, morais e psíquicos causados a esses réus” (BARRETO, 2007, p. 44).

Disto resultam prisões lotadas de pessoas que não deveriam lá permanecer, se observado o ordenamento jurídico e os direitos nele garantidos. Tanto mais grave é esta situação quanto maior é a sua recorrência.

A carência de um prazo definido na lei ou decisões jurisprudenciais a respeito do significado normativo da “duração razoável da prisão preventiva”, requer que novos instrumentos de intervenção sejam avaliados, para conter os abusos cometidos. Pois, no atual cenário, o instrumento da prisão cautelar tem se consolidado como regra de funcionamento do sistema repressivo brasileiro, dezenas de milhares de pessoas vêm sendo detidas e mantidas presas sem que os fundamentos de suas prisões sejam imediata e adequadamente avaliados. Processos duram anos e réus, por muitos meses, às vezes anos encarcerados, não raro são absolvidos, quando chegam a conhecer uma decisão de mérito.

O sistema criminal brasileiro produz e convive com vários tipos de excesso quando se trata da realidade da prisão, em especial da prisão anterior ao julgamento. A pesquisa feita pelo IPEA para o Ministério da Justiça observou que não só a prisão ao longo do processo dura além do razoável, mas também aquela que corre e se estende antes de iniciado o feito. As eventuais medidas adotadas para sanar o problema devem considerar a especificidade e a

complexidade dos procedimentos sobre os quais incidem os diferentes tipos de responsabilidade das instituições que compõem o sistema criminal. Outro problema registrado pelo estudo foi a carência da assistência jurídica básica ao indivíduo privado da liberdade por força de uma investigação ou de um processo criminal (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 93).

Segundo Lopes Jr. (2013, p. 792), a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração. Seu maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era pra ser excepcional. O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado (LOPES, JR., 2013, p. 794).

Outra não é a conclusão da Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que: “a duração da prisão preventiva gera o risco de que o julgador tenha uma tendência a se inclinar pela condenação e pela imposição de uma pena ao menos equivalente ao tempo da prisão preventiva, no intento de legitimá-la” (CIDH, 2009).

A privação preventiva da liberdade de alguém, que venha a ser absolvido assemelha-se à hipótese de erro judiciário indenizável. A prisão injusta revela ofensa à dignidade humana, à honra, à imagem. A absolvição futura deixa efeitos deletérios para a imagem e honra do homem.

2.2 Perfil da população encarcerada no Brasil

Como já foi apresentado em tópicos acima, é característica do sistema prisional brasileiro o hiperencarceramento, porém é importante destacar, que os indivíduos que geralmente são levados ao cárcere se enquadram num de perfil de seletividade.

Através dados obtidos pelo Infopen e publicados pelo Depen em 2014 podem ser feitas algumas inferências sobre o perfil da população encarcerada no Brasil.

O Brasil conta com 1.424 unidades prisionais, das quais apenas quatro são federais. A maior parte da população prisional brasileira é formada por jovens¹²(56%). A distribuição etária da população prisional feminina e masculina é similar. Nota-se, contudo, que a proporção de jovens entre a população masculina (56%) é maior que entre a população prisional feminina (49%). Em Santa Catarina, 50% da população prisional é formada por jovens. No que se refere à raça¹³, dois em cada três presos são negros. A porcentagem de

¹² Pessoas entre 18 e 29 anos, de acordo com o Estatuto da Juventude (Lei n° 12.852/13).

¹³ Nomenclatura empregada no estudo do DEPEN (2014).

peças negras no sistema prisional é de 67%. Em Santa Catarina, 36,2% da população prisional é negra, 61,5% é branca, único ponto que difere da estatística nacional. Em relação ao estado civil, 57% da população prisional é solteira, quando analisado os dados de Santa Catarina, o percentual é de 45,4%.

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. Aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Em Santa Catarina, 53% dos detentos tem ensino fundamental incompleto. Quanto aos crimes, 32% estão relacionados a crimes contra o patrimônio, 27% tráfico de drogas e 14% homicídio.

O encarceramento no Brasil incide em sua maioria sobre homens, negros, jovens, autores de crimes patrimoniais e que, em sua maioria, não chegaram a completar o ensino médio.

2.3 Sistema de justiça criminal brasileiro

Nosso sistema penal não distingue tratamento entre presos provisórios daqueles que estão cumprindo pena após sentença penal transitada em julgado. Aquele posto na prisão é submetido a condições desumanas, insalubres, sofre com o desrespeito aos princípios e direitos fundamentais que lhe são assegurados pela constituição e por normas de tratados internacionais sobre direitos humanos. Em muitos casos, o indivíduo submetido à prisão provisória acaba sendo absolvido ao final do processo. Nesse caso, o encarceramento foi algo pior que a pena determinada.

O sistema de justiça penal brasileiro apresenta mecanismos de seleção, que fazem com que a cada etapa do processo de criminalização, recrute alguns e deixe outros de fora. É o chamado “efeito funil”, em que há uma larga base que representa o conjunto de desvios e uma pequena ponta que representa a parcela da população que recebe a etiqueta de criminoso (BARRETO, 2006).

Isso pode ser confirmado através dos dados apresentados no item 2.2, que mostram que o selecionado pelo nosso sistema de justiça penal é homem, jovem, negro, com ensino fundamental incompleto.

As principais condutas criminalizadas são crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas e se dirige a indivíduos facilmente capturáveis em razão de características pessoais e

sociais que configuram um sólido estereótipo compartilhado pelas agências repressivas (JESUS et alli, 2012).

A seletividade penal manifesta-se quando as instituições do sistema de justiça realizam constrangimentos e seleções para certos grupos sociais, gerando desigualdades de tratamento no campo da segurança pública e da justiça criminal. Existem os favorecidos, aqueles cujas demandas por justiça transitam facilmente pelas estruturas judiciais e suas infrações atraem pouca atenção da repressão penal. De outro lado estão os desfavorecidos, que simultaneamente atraem a repressão penal aos seus modos de morar, trabalhar, comerciar, viver e encontram muitas dificuldades em administrar os conflitos de que são protagonistas por regras e procedimentos estatais (SINHORETTO, 2014 apud BRASIL, 2014).

A prisão por si só não sinônimo de justiça, nem de eficácia contra a violência que assola nosso país. Resta mais que comprovado que o encarceramento não é o caminho mais adequado para redução da criminalidade, tampouco tem gerado a segurança pública que a sociedade tanto almeja.

Somado a isso, as pessoas detidas são expostas a ameaças contra a sua vida, integridade física e saúde, são submetidas a abusos e maus-tratos, tanto por parte de outros presos quanto por policiais. Na prisão, “O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados” (HULSMAN & CELIS, 1993, p. 62-63 apud PAIVA, 2013, p. 22).

Assim corrobora Baratta:

Mas a prisão não é somente uma violência institucional, ela é também um local de concentração extrema de outras formas de violência: violência entre indivíduos e violência de grupo. Recordemos que Foucault em seu livro *Vigiar e Punir* já havia insistido no fato de que as garantias do direito reconhecidas pelo direito penal liberal, em geral não passam pela porta da prisão, uma zona franca de arbítrio contra os detentos. (BARATTA, 1993, p. 53).

Segundo Paiva (2015, p.21), a prisão é a negação máxima dos direitos humanos. Não há humanidade na privação da liberdade. Não há prisão boa.

Outro fator relevante é que a sociedade em que vivemos tende reconhecer a eficácia da segurança jurídica pelo número de encarcerados, mas não se questiona sobre os efeitos que o sistema penal tem sobre a própria criminalidade.

A seletividade do nosso sistema penal, bem como os abusos em relação ao uso de medidas cautelares e falta de adequação entre as normativas do direito interno e internacional,

no que se refere aos direitos humanos reforçam a necessidade de mudanças legislativas que prevejam mecanismos para se restringir o uso banal das prisões cautelares, e que respeitem a normativa internacional sobre o tema.

Somado a isso, deve-se atentar para o desequilíbrio das forças institucionais que promovem a acusação e a defesa de uma pessoa presa. O Estado tem o poder de acusar, mas também tem o dever de assegurar a defesa. Muitos encarcerados ficam à mercê deste poder estatal, pois não tem condições de arcar com as despesas com advogado.

Diante da problemática exposta no presente capítulo, percebe-se a urgente necessidade de se buscar soluções para controlar o emprego excessivo e banalizado das prisões provisórias. A implantação da audiência de custódia ao sistema de justiça brasileiro mostra-se promissora nesse sentido. O próximo capítulo se encarrega de trazer considerações pertinentes a esse instituto.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O presente capítulo tem como objetivo trazer explicações a respeito da Audiência de Custódia, também conhecida como audiência de apresentação, projeto recentemente aprovado no Brasil, cujo objeto primordial é a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana no momento da prisão em flagrante. Somado a isso, a mesma visa proporcionar um caráter mais humanitário ao sistema de justiça penal, além de contribuir para que haja redução no número de prisões preventivas desnecessárias.

No Brasil, o projeto de lei do senado 554/2011, que determina a prática da Audiência de custódia, foi aprovado em setembro do corrente ano. Atualmente, está implantado nas 27 unidades da federação. Uma mudança promissora para o nosso sistema de justiça penal.

3.1 Definição, previsão normativa e propósitos

O conceito denotativo da palavra custódia consiste em ato de guardar, proteger.

Na prática penal, a audiência de custódia refere-se à condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido pelo Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, observando se há a indícios da prática de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015, p. 31).

A audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, é o instrumento processual penal que tem o escopo de defender a liberdade pessoal e a dignidade do acusado, servindo a propósitos processuais, humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal (LIRA, 2015).

Este instituto encontra previsão normativa em Tratados Internacionais que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica, que prevê em seu artigo 7.5 que:

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

e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que prevê em seu artigo 9.3 que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...) (PIDCP, 1966).

A expressão ‘sem demora’ foi aceita como o prazo de até 24 horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para que o autuado seja apresentado para o juiz. Hoje, de acordo com as regras estabelecidas pelo código de processo penal, apenas que os documentos do inquérito devem ser apresentados ao juiz nesse lapso temporal (artigo 306, § 1º)¹⁴, nada mencionando referente a apresentação do indiciado a autoridade judicial. De posse auto de prisão em flagrante (APF), a autoridade judicial terá a incumbência de avaliar a legalidade da prisão e decidir sobre sua conversão em prisão preventiva, outra medida cautelar ou liberdade provisória, baseada exclusivamente nos documentos escritos fornecidos pela polícia. O conhecimento pessoal e a oitiva do indiciado ficam postergados.

Em alguns países da América Latina, que já realizam a apresentação do preso a uma autoridade judiciária, prazos semelhantes já são exigidos. Na Argentina, por exemplo, o Código de Processo Penal federal exige que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judicial competente no prazo de seis horas após a prisão. No Chile, o Código de Processo Penal determina que, em casos de flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor, que poderá soltá-lo, ou apresentá-lo a um juiz no prazo de 24 horas da prisão. Na Colômbia, o Código de Processo Penal prevê que, em casos de flagrante, o detento precisa ser apresentado ao juiz no prazo de 36 horas. No México, para a maioria dos tipos penais, pessoas detidas em flagrante precisam ser entregues imediatamente aos promotores, que, por sua vez, devem apresentar os suspeitos a um juiz no prazo de 48 horas ou liberá-los (CANINEU, 2014). O Brasil era um dos poucos países da América Latina que não respeitava as normas internacionais.

Embora a previsão normativa desse instituto esteja nos referidos tratados, dos quais o Brasil é signatário, e o Supremo Tribunal Federal reconheça que normas de tratados internacionais de direitos humanos são dotadas de supralegalidade em nosso ordenamento interno, a discussão sobre a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é recente, sendo que a iniciativa de se aprovar uma legislação tratando desse instituto se deu com o projeto de lei do senado (PLS) n° 554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos

¹⁴ Art. 306, § 1º, CPP. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Valadares, propondo a alteração do §1º do artigo 306 do CPP para instituir a audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante, com a seguinte redação:

Art. 306. [...]

§1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Durante a tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), o PLS foi contemplado com diversas emendas. Recentemente o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), com a atual redação:

Art. 2º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

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

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 3º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da ocorrência de suposta violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios 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 para ser 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 eventual violação.

§ 5º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 6º 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.

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

§ 8º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 9º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 10 Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrancial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”

O conceito atribuído à audiência de custódia tem relação direta com as finalidades a que a mesma se propõe, que são a de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a prevenção da tortura policial, visando assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e a de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias (PAIVA, 2015, p. 34-39).

No que diz respeito à finalidade de ajustar o processo penal aos tratados internacionais, trata-se de um requisito não efetivamente obedecido pela legislação brasileira, pois como já mencionado, a audiência de custódia tem previsão normativa na CADH e no PIDCP, que o Brasil é signatário desde 1992. Contudo, apenas recentemente a efetiva realização de tal instituto começou a ser discutida e posta em prática pelo nosso sistema penal. Aos tratados internacionais de direitos humanos é atribuído o caráter de supralegalidade no controle judicial de convencionalidade. Sendo o CPP uma lei ordinária e a CADH de caráter supralegal, deve prevalecer a CADH uma vez que está acima da lei e deve ser aplicada imediatamente, sendo insuficiente apenas a comunicação ao juiz sobre a prisão (art. 306 do CPP). Assim, a previsão da audiência de custódia não é uma inovação do nosso ordenamento, trata-se do descumprimento de algo previsto há muito tempo.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso III, prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. A lei nº 9.455/97 trouxe a definição dos

crimes de tortura¹⁵. Em relação à prevenção da tortura policial, bem coloca Guilherme Silva Araújo:

Necessário mencionar, que a violência policial cometida contra a pessoa humana conduzida em estado de flagrância é legitimada e incentivada pela grande massa que por sua vez alienada e incentivada pela chamada indústria do medo, imagina estar na violência o estado pedagógico mágico para que a pessoa em estado de não obediência às normas penais passe a agir adequadamente em sociedade. Ledo engano (Araújo, 2015).

A grande massa, representada pela sociedade como um todo, acredita que a prisão e os maus tratos contra o acusado representam a eficácia da justiça. Pode-se comparar a vingança pública do século XVIII, na qual a autoridade representava os interesses da comunidade em geral.

O lapso temporal que existe entre o real contato do magistrado com o preso, permite que não existam mais vestígios de lesões, tampouco a vontade do preso de comunicar que sofreu agressão física ou moral, no momento do flagrante. Neste ponto, a audiência de custódia é um importante mecanismo de proteção aos direitos humanos da pessoa conduzida pela autoridade policial, na medida em que criará a possibilidade do judiciário ser informado prontamente sobre eventuais casos de tortura ou agressão.

De acordo com a Human Rights Watch, a tortura ainda é um problema sério no Brasil. Em uma pesquisa sobre o tema, foram encontradas evidências contundentes, em 64 casos de supostos abusos, de que as forças de segurança ou autoridades penitenciárias torturaram pessoas sob sua custódia ou contra elas dispensaram tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Os abusos frequentemente ocorreram nas primeiras 24 horas sob custódia policial. A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recebeu, por meio de um serviço telefônico, 2.374 denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ocorridos em prisões ou delegacias de polícia em 2014, um aumento de mais de 25 por cento em relação a 2013 (HRW, 2015).

No que se refere à finalidade de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, a audiência de custódia mostra-se útil também para identificar os casos mais graves que

¹⁵ Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

necessitam da aplicação de prisão domiciliar, como nos casos em que o acusado(a) seja portador de doença grave, ou possa estar grávida, por exemplo. Além disso, é um mecanismo de prevenir desaparecimentos forçados e execuções sumárias (PAIVA, 2015, p. 40).

Paiva (2015) cita decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), referente ao controle da prisão:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência (CIDH apud Paiva, 2015, p. 39).

3.2 Dinâmica procedimental da audiência de custódia

Com base no conceito e nas finalidades da audiência de custódia, é importante entender como se dá a dinâmica procedimental desse instituto e o papel dos operadores do direito nessa prática.

Para definir a quem o preso deve ser apresentado, a Corte Interamericana interpreta o art. 7.5 da CADH, acima exposto, em conjunto com o art. 8.1 da mesma convenção, que diz:

Toda pessoa terá o direito de 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, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

A CADH traz em seu artigo 7.5 a expressão ‘presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei’. Existe o questionamento referente a quem poderia se enquadrar como a outra autoridade, referida pela CADH, para presidir a audiência de custódia. Como uma das finalidades desse instituto é promover o controle judicial imediato da prisão, entende-se que a autoridade em questão somente pode ser o magistrado, sob o risco de se esvaziar ou reduzir em demasia a potencialidade normativa prevista no art. 7.5 da CADH.

Os membros do Ministério Público, da Polícia e da Defensoria não satisfazem as exigências do art. 8.1 da CADH que requer um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial. A polícia judiciária não é um órgão subordinado ao do Poder Judiciário, mas sim ao poder Executivo. A alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta. O regime da Constituição e do Código de Processo Penal reserva ao delegado de polícia a função de lavrar o flagrante, transformando em autos a

narrativa dos condutores. Além disso, na sequência, poderá conceder fiança nas hipóteses legais. Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal (PAIVA, 2015, p. 47-48). O delegado exerce importantíssima função na proteção dos direitos humanos do investigado, mas é uma autoridade policial, e não judicial.

No que pese a justificativa apresentada para o não enquadramento do delegado como a autoridade referida no texto da convenção, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240), questionando a implantação da audiência de custódia pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em virtude da ausência de legislação específica (princípio da reserva legal). Esta ADIN foi julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Ressalta-se que a audiência de custódia encontra autorização na CADH, que é uma norma supralegal.

A título de exemplo, a alegação de ausência de legislação específica sobre audiência de custódia, no ordenamento interno, já foi empregada para negar pedido de *Habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS DELITOS DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO, PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E CORRUPÇÃO DE MENOR. ALEGADA VIOLÊNCIA POLICIAL QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PLEITO NÃO CONHECIDO NO PONTO. AVENTADA ILEGALIDADE DA SEGREGAÇÃO POR NÃO SER PRECEDIDA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ORDENAMENTO LEGAL VIGENTE. SUPOSTA NULIDADE DA PRISÃO POR EXCESSO DE PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO QUE SE DEU EM COMARCA DIVERSADAQUELA ONDE OS ATOS TERIAM SIDO PRATICADOS. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO E CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA PELO JUÍZO COMPETENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA. (Habeas Corpus n. 2015.042867-5, de Balneário Camboriú Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida). Julgado em agosto de 2015.

Com a recente aprovação do projeto de lei 554/11, a audiência de custódia passa a fazer parte da legislação brasileira, não corroborando mais com alegações como esta acima exposta.

Em relação ao Ministério Público, não se pode falar em imparcialidade. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada

estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o órgão de interesse punitivo do Estado.

A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão, o delegado lavra e o juiz controla. Além disso, já nessa fase, tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Há reserva de Jurisdição. Logo, além do juiz, devem participar Ministério Público e defesa (LOPES Jr. & ROSA, 2015).

O contato do indiciado com o juiz, membro do Ministério Público e seu defensor no prazo de 24 horas é uma forma de assegurar mais eficácia às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em situações de tutela cautelar.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, embora de 1969, vai além da previsão constitucional quando trata da apresentação/condução do preso à autoridade judiciária, vez que a nossa Constituição trata do tema (informação da prisão) com o mero envio de documento. Assim, a Audiência de Custódia, com base na CADH visa humanizar o procedimento, sobretudo porque será uma oportunidade clara de o magistrado realizar o controle de legalidade da prisão, bem como a fiscalização de eventuais abusos de tortura ou violência imprimidos pela autoridade policial, prática corriqueira no cotidiano brasileiro (NOBRE, 2015).

Para que as normas estabelecidas nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH sejam prontamente respeitadas e colocadas em prática pelo nosso sistema de justiça penal, uma mudança cultural, por parte dos operadores do direito, será necessária. Ao serem atendidas as normas internacionais, de maneira reflexa estará se atendendo a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. No que diz respeito ao contraditório, é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual (LOPES Jr. & PAIVA, 2014).

3.3 Influência da Audiência de Custódia na aplicação de medidas cautelares

Conforme a atual sistemática em que se desenvolve o auto de prisão em flagrante, conforme previsto no art. 306, § 1º, CPP, que deverá ser encaminhado para o Juiz em 24 horas, o preso após as formalidades na delegacia de polícia conduzido diretamente ao sistema carcerário, sem ter qualquer contato com o Magistrado ou o Promotor de Justiça, e em muitos casos sequer um advogado. Neste contexto, o preso, em especial o hipossuficiente entra no sistema prisional e se coloca a aguardar a atuação de um Defensor Público ou de um Defensor Dativo, que levará mediante petições os fatos e fundamentos de defesa ao juiz competente ou ao tribunal. Ocorre que o real contato do preso com o magistrado só irá ocorrer por ocasião da audiência de instrução e julgamento, que dependendo da complexidade do caso poderá acontecer meses após a prisão. Passado todo este lapso temporal, já não existirão mais vestígios de lesões, e nem mesmo a intenção do preso de noticiar suas agressões, uma vez que sequer haverá lembrança de qual o agente estatal que lhe agrediu (ARAÚJO, 2015).

Pelas regras da instrução criminal, o acusado é o último a ser interrogado¹⁶, conforme alteração dada pela lei nº 11.719/2008, que alterou a ordem dos atos no processo penal, garantindo que o interrogatório do acusado seja o último ato da instrução criminal, em conformidade com o princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF). Isso corrobora para que o juiz postergue ao máximo o contato com o preso, que pode ocorrer muitos meses (às vezes anos) depois que o mesmo foi encarcerado.

Importante esclarecer que a audiência de custódia não tem como objetivo a colheita de provas que serão usadas no processo. O momento em que ela ocorre deve ser visto como o espaço democrático em que a oralidade é garantida. O objeto da audiência de custódia é restrito, não há interrogatório nem produção antecipada de provas, o que existe é uma prisão em flagrante e a necessidade de controle jurisdicional. O ato da audiência de custódia não deve servir como antecipação do interrogatório ou da instrução processual. A atividade judicial praticada durante sua realização, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar a circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre o cidadão conduzido (PAIVA, 2015, p. 89).

No que se refere a essa questão, explica Toscano Jr.:

¹⁶ Art. 400, caput, CPP - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade (TOSCANO JR., 2015).

A autuação em apartado do depoimento e a proibição de que se inquiria o preso sobre pontos atinentes ao mérito da imputação evitam que os avanços advindos com a Lei nº 11.719/2008 se esvaíam com a adoção da audiência de custódia.

Com relação ao depoimento do preso no momento da audiência de custódia Paiva (2015) expõe que:

O depoimento do conduzido colhido na audiência de custódia não pode ser usado contra ele durante a fase judicial, o que me leva a defender é que o ideal é que o resultado da audiência não seja apenas encartado em autos apartados, mas sim que se proíba a sua juntada nos autos do processo principal (PAIVA, 2015, p.90).

A audiência de custódia é com objeto restrito, não cabendo oitiva de testemunhas nessa fase (LOPES JR. & ROSA, 2015). Contudo, excepcionalmente, em casos que se alegue nulidade do flagrante, a oitiva de testemunha durante a audiência de custódia visa a garantir direitos do acusado, que viriam a ser violados pelo Estado. Isso vem ao encontro do que dispõem a Constituição da República e os Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário (RUDOLFO, 2015).

No momento da audiência incumbe ao juiz analisar a legalidade da prisão em flagrante, caso não seja legal, será relaxada. Neste caso, o Ministério Público pode requerer a decretação da preventiva ou a aplicação de medidas cautelares. Havendo sustentação das razões do flagrante, o Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas eventualmente pela autoridade policial. A defesa deve se manifestar sobre os pedidos formulados pelo Ministério Público. Se não houve pedido por parte do Ministério Público, o juiz não pode decretá-la de ofício, já que não existe processo. O juiz decidirá fundamentadamente sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, se elas forem insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva (LOPES JR. & ROSA, 2015, p. 25).

Além de decidir num curto espaço de tempo sobre a necessidade da conversão do flagrante em preventiva, no momento da audiência de custódia o juiz poderá decidir pelo

encaminhamento do investigado para que receba auxílio do serviço de assistência social, ou até mesmo seja encaminhado para emprego formal ou qualificação profissional. A vulnerabilidade social, em que muitos indivíduos se encontram, muitas vezes é um caminho para a criminalidade.

O emprego do sistema de videoconferência chegou a ser proposto para a realização da audiência de custódia. A emenda foi proposta pelo senador Francisco Dornelles. Contudo, a mesma não foi aprovada, com a alegação que não trará as garantias necessárias para a realização de um julgamento eficaz pela autoridade judiciária, além de não assegurar de forma plena a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana, objeto principal dessa proposição.

A audiência de custódia realizada por videoconferência afastaria o contato direto entre o preso e juiz, dificultando a observação corpórea de possíveis maus tratos que o preso possa ter sofrido, além de facilitar a coação e o abuso da autoridade policial, de forma a induzir o acusado a faltar com a verdade no depoimento transmitido *online*.

O encontro pessoal do preso com o juiz, em um curto prazo temporal, pode significar um passo decisivo rumo à evolução civilizatória do processo penal, resgatando-se o caráter humanitário e até antropológico da jurisdição (LOPES Jr & PAIVA, 2014).

Conforme bem colocado por Paiva:

A realização da audiência de custódia contribuirá para que haja a superação da “fronteira do papel” do sistema puramente cartorial, que é praticado pelo sistema processual penal brasileiro, pois exige que o membro do *Ministério Público e o juiz vejam e conversem com o preso, o que contribuirá para a humanização da jurisdição penal* (PAIVA, 2015, p. 56).

A eficácia da implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro requer o abandono do *status quo* por parte dos operadores do direito. De acordo com Lopes Jr. & Rosa (2015, p.19): “Novidades, alterações, modificações no padrão de ação significam a necessidade de desgastes, novas rotinas, enfim, a revisão do que estão fazendo há anos”.

Embora o direito de defesa seja assegurado pela nossa Constituição, uma questão que precisa ser avaliada e que irá contribuir para que a audiência de custódia tenha a eficácia esperada, garantindo desde seu início a ampla defesa, diz respeito ao avanço na criação e fortalecimento das defensorias públicas existentes, visto que, de acordo com o perfil do encarcerado pelo nosso sistema penal, trata-se na maioria de pessoas hipossuficientes, que necessitam de assistência jurídica gratuita.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgados no mês de novembro do corrente ano, foram realizadas 22.467 audiências de custódia, resultando na concessão de 10.445 liberdades provisórias (46,5% do total) e na manutenção de 12.022 prisões até o presente momento (CNJ, 2015).

Em Santa Catarina, no período de 01/09/2015 a 13/10/2015 foram realizadas 115 audiências de custódia, resultando em 60,87% de liberdade provisória.

Estatísticas sobre os primeiros meses de funcionamento das audiências de custódia em nove Tribunais de Justiça indicam que os presos autorizados a esperar pelo julgamento em liberdade raramente voltam a ser detidos por novos crimes. Nos Tribunais de Justiça do Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia, o índice de reingresso foi de 4,05%. Das 6.513 pessoas que receberam liberdade provisória em audiência de custódia nesses nove estados, apenas 264 pessoas voltaram a ser apresentadas a um juiz por terem cometido um crime novamente (CNJ, 2015).

Se a audiência de custódia vier acompanhada das medidas que garantam sua gestão e funcionamento correto, esse instituto conseguirá alcançar seu propósito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste trabalho se deu a partir do questionamento acerca da adequação da aplicação de medidas cautelares privativas de liberdade aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Pretendeu-se analisar a atual situação do emprego das medidas cautelares privativas de liberdade pelo sistema de justiça criminal brasileiro e apresentar o instituto da audiência de custódia.

O primeiro capítulo buscou abordar os aspectos gerais das prisões cautelares, além de apresentar suas modalidades legais (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão domiciliar). Discorreu-se acerca dos princípios constitucionais regentes do processo penal, que visam assegurar ao indivíduo um processo válido e justo. Para finalizar foi abordada a temática referente à dignidade da pessoa humana e os tratados internacionais que o Brasil é signatário, para posteriormente verificar a adequação do nosso processo penal aos mesmos.

Posteriormente, já no segundo capítulo, estudou-se o sistema prisional brasileiro e o excesso de prisão provisória e o perfil da população encarcerada no Brasil.

Por último, no terceiro capítulo, foi analisado o instituto da audiência de custódia, onde ela está normativamente prevista e seu papel no controle da aplicabilidade das prisões cautelares no Brasil e a necessidade de abandonar o *status quo* por parte dos operadores do direito.

A banalização das prisões cautelares exerce forte influência no excesso de encarceramento do nosso sistema penitenciário e no desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Nossa legislação demonstra uma preocupação muito maior com a prisão pena do que com a prisão provisória, contudo ambas tem enorme gravidade, restrição de direitos e uma série de efeitos para o apenado. A prisão provisória muitas vezes não é convertida em prisão-pena, tendo sido aquela muito mais gravosa que esta.

A prisão cautelar tem sido empregada de forma equivocada com a finalidade a qual a mesma se propõe, ou seja, a de assegurar o normal desenvolvimento do processo, com consequente eficaz aplicação do poder de penar, uma medida destinada à tutela do processo. Contudo, em muitos casos a prisão cautelar passa a ser mais gravosa que a pena atribuída ao indiciado após sentença final.

A prisão provisória não deve desempenhar o papel de pena para o acusado, configurando um afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

A sensação de justiça e eficácia do sistema penal que a sociedade imagina existir pelo simples fato de se prender alguém suspeito é uma falácia, sem levar em conta que o cárcere da forma como se apresenta hoje é reprodutor de desigualdade, violência e constrição contínua de direitos humanos. O preso provisório ao ter seus direitos constangidos pela aplicação antecipada de uma suposta pena viverá com o estigma do encarceramento, mesmo que somente preventivo, e todas as consequências dessa implicação. Ainda, é possível afirmar que para que o preso ou a presa se mantenham com o mínimo de integridade física, às vezes, é exigido o aliciamento às facções criminosas, o que gera uma vinculação a essa organização do sujeito com a organização, mesmo após a saída do sistema prisional.

O atual cenário das prisões que observamos no Brasil, caracterizado pelo hiperencarceramento, requer inovações em relação à resolução de conflitos, sem que sejam criados mecanismos somatórios à pena de prisão e os de como romper com a naturalização do binômio crime-pena (CARVALHO apud ACHUTTI, 2014, p. 18).

A superlotação dos presídios agrava a falta de segurança dentro dos mesmos, dificultando aos agentes prisionais manter o controle e proteger os presos uns dos outros.

A violação aos direitos humanos representa dano à dignidade humana e requer resposta efetiva do Direito para sua tutela qualificada. A dignidade humana é característica inerente a todas as pessoas e tem por objetivo colocá-los a salvo de qualquer ato discricionário, seja qual for o agente e protegê-los de ausência de condições mínimas de sobrevivência. É da própria essência do ser humano ser dotado dessa condição e qualidade. Estar desprovido dessa proteção destitui o ser humano da capacidade de subsistência e da convivência social.

O Estado tem a permissão de tirar a liberdade do indivíduo, mas não a sua dignidade. O homem preso é um ser dotado de dignidade. Acha-se ao abrigo da proteção estatal. A constituição lhe assegura direitos e garantias. Todo homem tem o direito de ver respeitada a sua dignidade. Há que se ter presente que não pode o Estado discriminar os indivíduos em razão do seu presumido valor moral.

Diante de um cenário tão devastado e quase sem perspectiva de mudança, no qual se encontra nosso sistema de justiça, o projeto audiência de custódia, recentemente inserido no Brasil, contribuirá para ajustar nosso processo penal aos Tratados internacionais de Direitos humanos, visando resgatar o caráter humanitário e antropológico da jurisdição, assegurando a

efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, além de evitar as prisões ilegais ou arbitrárias, proporcionando um maior controle no que se refere à decretação de prisão preventiva.

A audiência de custódia não deve ser vista como o fim da punição e das prisões, mas sim como uma aplicação mais humana – e, no mínimo, mais legal e processualmente constitucional - do processo penal, fazendo com que este sempre esteja vinculado aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, garantidos pela nossa constituição e tratados internacionais. No lugar de excesso de prisão e de punição sem o devido processo, o caminho que se busca é o da humanização do processo penal. Não se trata de uma postura assistencialista ou piedosa em relação ao preso, mas perseguir soluções que levem em conta o ser humano e a sua dignidade.

A ideia de conter ou limitar o poder punitivo vinculada a esse instituto não significa compactuar com a impunidade, e sim pugnar pelo respeito às regras processuais, constitucionais e convencionais que disciplinam a atividade do sistema de justiça criminal.

Paiva traz uma adequada colocação ao tema em análise:

O atual cenário do encarceramento no Brasil inibe qualquer perspectiva otimista a seu respeito. Prendemos cada vez mais. O país transita – artificialmente – entre rebeliões e mutirões: as rebeliões para demonstrar que o sistema penitenciário não funciona, os mutirões para ocultar que o Poder Judiciário (também) não funciona como deveria funcionar. Nesta encruzilhada perigosa, que alimenta um sistema autofágico de violação dos direitos humanos, a audiência de custódia surge, não como uma solução para todos os problemas do encarceramento, e sim como a tentativa, mais ambiciosa de freá-lo (PAIVA, 2015).

Para que tenha efetividade, a prática da audiência de custódia pelos nossos tribunais precisa vir acompanhada da mudança cultural por parte dos nossos operadores do direito, para que o processo penal se torne mais eficaz – no que é possível sua eficácia -, respeitando a dignidade humana e os princípios constitucionais dela decorrentes.

O desenvolvimento de uma nova política criminal processual depende da coragem de magistrados, promotores, advogados, defensores, enfim, de todos os operadores do direito, para reconhecer e aplicar medidas alternativas, que fujam do terrível cotidiano das prisões, especialmente as cautelares, desta monotemática solução de preservação da ordem processual, e apontem para a valorização da dignidade, afetando o menos possível o cidadão sobre o qual não paira o peso da condenação criminal transitada em julgado.

Para combater a falência do sistema prisional brasileiro, deve-se atentar para o desequilíbrio das forças institucionais que promovem a acusação e a defesa de uma pessoa presa. O Estado tem o poder de acusar, mas também deve dar o direito de defesa. Não há esforço orçamentário, político e técnico para aperfeiçoar essa instituição da defensoria, que serve apenas ao pobre.

Superar o abismo entre a teoria e a prática no campo penal, notadamente em se tratando do fenômeno do encarceramento, implica recuos estratégicos na apresentação e na sustentação dos discursos de liberdade (PAIVA, 2015, p. 23).

Com esse tipo mudança será possível um sistema processual penal que garanta, em matéria de prisão cautelar, a acusatoriedade, a ampla defesa e o contraditório, o respeito à presunção de inocência, e o primado da liberdade frente o caráter excepcional da prisão cautelar, tal qual a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil preveem.

Baseado nas estatísticas apresentadas pelo CNJ, a realização da audiência de custódia tem se mostrado como uma ferramenta eficaz no controle da aplicação da restrição de liberdade pela prisão provisória.

5. REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal – Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

ARAÚJO, Guilherme Silva. **A audiência de custódia como contenção à violência policial em desfavor da pessoa presa**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-como-contencao-a-violencia-policial-em-desfavor-da-pessoa-presa-por-guilherme-silva-araujo/> Acesso em: 17 out. 2015.

BANACLOCHE PALAO, Julio. **La Libertad Personal y sus Limitaciones**. Madrid: McGraw Hill, 1996.

BARATA, Alessandro. **Criminologia critica e Critica do direito penal – Introdução a sociologia do direito penal**. 3º ed. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **Dignidade da pessoa humana e Direito Penal**. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2465, abril 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14624>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 out. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 04 out. 2015.

BRASIL. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Secretaria Geral da Presidência da República. Brasília, 2014.

CANINEU, Maria Laura. **O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional**. Disponível em: <http://www.hrw.org/node/252627> . Acesso em: 31 out. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti C. de. Comentário ao art. 5º, inc. LXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 454.

CERNEKA, Heidi Ann, et alli. **Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo**. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e Pastoral Carcerária Nacional. São Paulo: ITTC, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia alia mudança cultural e economia, diz presidente do CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80816-audiencia-de-custodia-alia-mudanca-cultural-e-economia-diz-presidente-do-cnj>. Acesso em: 02 nov. 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 10 out. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernart de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma. Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciaria-impulsiona-reforma>. Acesso em: 01 nov. 2015.

JESUS, Maria Gorete Marques de et al. (Org.). **Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudos sobre Violência, 2011. 154 p.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia. **Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2011. 58p.

LEMGRUBER, Julita et al. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2013. 52 p.

LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Audiência de custódia e a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Lexmax - revista do advogado, v. 3, n. 3, 2015.

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

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades, Nº 17, dez/2014, IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos. Acesso em 09 ago. 2015.

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

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais. **O difícil caminho da audiência de custódia**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/?s=o+dif%C3%ADcil+caminho+da+audi%C3%A2ncia+de+cust%C3%B3dia>. Acesso em 09 ago. 2015.

LUÑO, Antonio Enrique Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 8 ed. Madri: Tecnos, 1995.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico**. Brasília: Série Pensando o Direito, n° 54, 2015.

NOBRE, Deison de Souza. **Estudo sobre a audiência de custódia: previsão normativa, funções e consequências para a efetivação de um juízo de garantias na persecução penal**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/estudo-sobre-a-audiencia-de-custodia-previsao-normativa-funcoes-e-consequencias-para-a-efetivacao-de-um-juizo-de-garantias-na-persecucao-penal-por-deison-de-souza-nobre>. Acesso em 09 ago. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**: A reforma da Lei n° 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>. Acesso em: 23 set. 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, 2010.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Audiência de Custódia: a salvação da prisão cautelar?** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-a-salvacao-da-humanidade-por-fernanda-mambrini-rudolfo/> Acesso em 17 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ºed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SINHORETTO, Jaqueline. In: LIMA, Renato Sérgio; RATON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Seletividade penal e acesso à justiça**. São Paulo: Contexto, 2014.

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

TOSCANO JR., Rosivaldo. **Muito Mais que Uma Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/> . Acesso em: 01 nov. 2015.

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