

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ROSÂNGELA MARIA FERNANDES

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ALTERNATIVA PARA DESAFOGAR O
SISTEMA PRISIONAL?**

Recife
2015

ROSÂNGELA MARIA FERNANDES

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ALTERNATIVA PARA DESAFOGAR O
SISTEMA PRISIONAL?**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito para obtenção do título
de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Recife
2015

Fernandes, Rosângela Maria

Audiência de custódia: uma alternativa para desafogar o sistema prisional? /
Rosângela Maria Fernades. – Recife: O Autor, 2015.

56 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Audiência de custódia. 3. População carcerária. 4. Tratados
Internacionais. I. Título.

34

CDU (2.ed.)

Faculdade Damas

340

CDD (22.ed.)

TCC 2015-367

ROSÂNGELA MARIA FERNANDES

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ALTERNATIVA PARA DESAFOGAR O SISTEMA PRISIONAL?

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Examinador Prof.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu Deus a quem eu sirvo com louvor, sem ELE não estaria aqui, autor da minha vida. E quem sempre me protege e conduz o meu caminho e a minha direção. Obrigada por todos os livramentos que me destes e por toda força de vontade e ânimo. Obrigada pela minha saúde e de minha família e por todos os anjos que colocastes na minha caminhada. Obrigada por não ter permitido que eu desistisse, pois o cansaço e a fadiga foram grandes.

Agradeço à minha querida mãe, linda, especial e encantadora. Sou grata ao meu senhor Jesus por tê-la sempre comigo. És guerreira, lutadora e não mede esforços para ajudar a quem quer que seja. Obrigada por ser a minha maior incentivadora, minha melhor amiga, meu porto seguro. Essa minha conquista é sua. Te amo, meu maior tesouro.

Aos meus irmãos, Henrique, Edi e Eduardo, que sempre torcem por minhas conquistas e se enchem de orgulho. Amo vocês. Obrigada, em especial, ao meu irmão Edi, que durante esses cinco anos de faculdade sempre estava na parada de ônibus me esperando chegar, por saber que sou medrosa e sem reclamar, todos os dias, no período noturno, estava lá.

Ao meu pai, que se orgulha de mim, mesmo que em silêncio. Obrigada, pai, pelo meu sustento, por ter me oferecido a melhor opção de estudos, por ter me proporcionado estar nesta família maravilhosa.

Aos meus dois sobrinhos maravilhosos, Dudinha e Diego, amo vocês infinitamente, um dos melhores conceitos de amor. Essa vitória também é nossa. Às minhas queridas cunhadas, Carla, Erika e Jane, por serem minhas amigas e pela compreensão de sempre.

À minha vizinha querida e amada, és guerreira vó. Obrigada por existir em minha vida, te amo muito. Às minhas tias Célia, Dréa, Sônia, Betânia, pela compreensão e incentivo. Aos meus tios e primos, que se orgulham das minhas conquistas.

Aos meus amigos queridos da 3ª Vara Criminal desta Capital, por me aguentarem durante esses cinco anos, por suportarem as crises de ansiedade nas épocas das provas. Em especial, à minha querida e amiga-irmã, Cláudia Lapenda, a quem eu agradeço por todos os ensinamentos durante os três anos de convivência diária. Com você aprendi muito, és uma

potência de inteligência, Dra. Cláudia, obrigada por tudo. E à minha querida e preferida estagiária, Natália.

Ao meu chefe, Dr. Laiete Jatobá Neto, por tudo. Não tenho palavras para agradecer o que o senhor fez e faz por mim.

À minha amiga-irmã, Adriane Borba, por ser a minha fiel amiga. Obrigada por todas as caronas oferecidas. E pelo companheirismo nos estudos durante esses cinco anos. Amiga, conseguimos, graças a Deus.

Aos meus amigos Ana Rosa, Gilka, Duda, Kelly, Kayna, Fred, Jô, Adriana Moraes, Carol Sartori, Aninha Trindade, Paulinha, Ana Aline, Bruna, David, Felipe Amorim, Enock, Filipe Farias, Tati, Caio, Lu, Sóstenes, conseguimos, obrigada pela convivência e estudos.

Ao meu querido professor e orientador Leonardo Siqueira, obrigada pelos ensinamentos, pela orientação valiosa e por tudo que você fez por mim. És um professor dono de uma inteligência ímpar.

Ao professor Ricardo Silva, que nos ajudou bastante com os seus ensinamentos. Obrigada professor, sem o senhor, não teríamos chegado até aqui.

Aos meus professores André Carneiro Leão, Bruna, Ricardo de Brito, Cláudio Brandão, Bruno, Guilherme, Paulo Roberto, Rafael Fonseca, em especial, Mariângela, você sabe o porquê e Ao Professor Aurélio Bôaviagem.

Aos funcionários da faculdade Damas, Tereza, por ser sempre tão doce, Rose, pela dedicação de sempre, Ricardo da biblioteca e Expedito.

RESUMO

A prisão é a constrição da liberdade, é o cerceamento do direito de ir vir de um indivíduo que cometeu um delito. Apesar de ser a *ultima ratio*, o número de pessoas reclusas vem crescendo bastante e, conseqüentemente, aumentando a população carcerária. Várias medidas foram tomadas na tentativa de solucionar este problema. Inclusive, a Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, não resolveu o caos, pelo contrário, os presos provisórios triplicaram. O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, vivendo em situações desumanas. Os tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, que ficou conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, garante à pessoa presa o direito de ser conduzida à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei, sem demora, para que este possa analisar eventual maus tratos, tortura e acerca da legalidade, necessidade e adequação daquela prisão. Entretanto, o Brasil é signatário dos tratados internacionais desde o ano de 1992, isto é, há mais de vinte anos. Todavia, esses tratados não eram implementados aqui no Brasil. Com a situação caótica do sistema prisional surge a necessidade de averiguar o que está acontecendo com o excesso de prisões e o elevado número de presos provisórios, que nem se quer, participaram da audiência de instrução e julgamento. É nesse momento que surge a audiência de custódia na tentativa de diminuir a superlotação do sistema penitenciário brasileiro. As prisões ilegais e arbitrárias precisam ser revistas e apreciadas de imediato, a fim de que o contraditório e ampla defesa sejam respeitados. Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011 objetivando-se modificar o artigo 306 do Código de Processo Penal a fim de que a audiência de custódia seja uma garantia dada ao preso. Apesar de não existir uma lei regulamentando isso, os Tribunais de Justiça brasileiros implementaram a audiência de custódia através de resolução e provimento, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco através da resolução nº 380/2015. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possui status de norma jurídica supralegal. Assim, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, nos quais foram utilizadas pesquisas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional e jurisprudencial, o presente trabalho pretende demonstrar a importância da audiência de custódia como alternativa para desafogar o sistema prisional.

Palavras chaves: Prisão, Tratados Internacionais, audiência de custódia.

ABSTRACT

Prison is a constriction of freedom, the restriction of the right of movement of an individual who committed a crime. The number of the prison population is increasing. Several measures were taken in an attempt to solve this problem. The Law No. 12.403 / 2011, which amended the Code of Criminal Procedure, did not solve the chaos - the pre-trial detainees tripled. Brazil has the fourth-largest prison population in the world, living in inhuman situations. International treaties such as the American Convention on Human Rights, which became known as the Pact of San Jose of Costa Rica, ensures the person arrested the right to be conducted to the presence of a judge or other authority authorized by law without delay. The judge can analyze any mistreatment, torture, and the legality, necessity and appropriateness of that prison. Brazil is a signatory of international treaties since 1992. These treaties, however, were not implemented in Brazil. With the chaotic situation of the prison system there is a need to find out what is happening with the excess prisons and the high number of pre-trial detainees. The custody hearing in an attempt to decrease the overcrowding of the Brazilian penitentiary system. Illegal and arbitrary detention must be reviewed and assessed immediately, so that the contradictory and full defense are respected. Pending in the Senate, the Bill No. 554/2011 aiming to modify Article 306 of the Criminal Procedure Code which aims to make mandatory the custody hearing to prisoners. Although there is no law regulating this, the Brazilian Courts of Justice implemented the custody hearing through resolution, as the example of the Court of the State of Pernambuco through Resolution No. 380/2015. The Supreme Court has understanding that international human rights treaties have legal status of supra-legal norm. Using bibliographical research, research in books, legal articles, case law and national legislation, this paper aims to demonstrate the importance of the custody hearing as an alternative to relieve the prison system.

Keywords: prison, international treaties, custody hearing.

LISTA DE SIGLAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

INFOPEN- Informações Penitenciárias

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos

STF- Supremo Tribunal Federal

TJPE- Tribunal de Justiça de Pernambuco

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. PRISÕES E SUAS ESPÉCIES | 11 |
| 2.1 Conceito | 11 |
| 2.2. Princípio da Presunção de Inocência | 13 |
| 2.3. Princípios das prisões cautelares | 16 |
| 2.3.1 Jurisdicionalidade e motivação | 16 |
| 2.3.2. Contraditório | 17 |
| 2.3.3 Provisionalidade | 18 |
| 2.3.4. Provisoriedade | 19 |
| 2.3.5. Excepcionalidade..... | 20 |
| 2.3.6. Proporcionalidade | 21 |
| 2.4. Espécies de prisões | 22 |
| 2.5. Da prisão preventiva..... | 22 |
| 2.6. Da prisão temporária..... | 23 |
| 2.7. Da prisão domiciliar | 24 |
| 3. DA PRISÃO EM FLAGRANTE | 26 |
| 3.1. Espécies de flagrante | 29 |
| 3.2. Flagrante preparado, provocado, forjado, esperado | 31 |
| 3.3. Realidade das prisões brasileiras..... | 32 |
| 4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA | 35 |
| 4.1. Conceito, previsão normativa e finalidades..... | 35 |
| 4.2. As características da audiência de custódia | 41 |
| 4.3. O projeto de Lei do Senado n° 554/2011..... | 43 |
| 4.4. Audiência de custódia segundo projeto do CNJ: | 45 |
| 4.5. Resolução n° 380/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco | 46 |
| 4.6 Resultados da implantação da audiência de custódia nos Estados brasileiros | 49 |
| 5. CONCLUSÃO | 51 |
| REFERÊNCIAS | 53 |
| ANEXOS | 56 |

1. INTRODUÇÃO

A prisão é a restrição da liberdade de um indivíduo que cometeu um delito, sendo o maior castigo que uma pessoa pode ter, pois será o momento que vai ser retirado do convívio em sociedade e viver por um determinado período de tempo no cárcere. No entanto, este encarceramento não pode ser a regra e sim a exceção. Porém, o que se tem notado é que a população carcerária, que é composta, em sua grande maioria, por presos provisórios, aumentou.

A prisão cautelar é aquela decretada antes de sentença condenatória transitada em julgado, visando garantir a eficácia das investigações ou do processo criminal. Contudo, a lei 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, não surtiu o efeito esperado, qual seja, o de fazer da prisão preventiva a última alternativa das medidas cautelares pessoais.

O artigo 306 do Código de Processo Penal dispõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz, ao *Parquet* e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O referido diploma estatui, ainda, que em até vinte e quatro horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, ocasião em que esse magistrado deverá fundamentadamente: a) relaxar a prisão ilegal; ou b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequados ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou c) conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

No entanto, observa-se que o número de prisões cautelares no Brasil só está aumentando, o que tem tornado essa previsão legislativa 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. Na atualidade, o primeiro contato entre o réu e o juiz só se dará, em muitos casos, meses e até anos após a sua prisão, no dia da audiência de instrução e julgamento, por ocasião do interrogatório do réu.

Todavia, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominado Pacto de São José da Costa Rica, dispõe, 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 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”.

Tendo em vista o fato de o Brasil ter aderido à Convenção Americana de Direitos Humanos desde o ano 1992, a questão a ser respondida é se a audiência de custódia seria uma alternativa para desafogar o sistema prisional? O estudo ao final vai responder este problema.

A denominada audiência de custódia tem previsão normativa nos tratados internacionais há mais de vinte anos, em especial na Convenção Americana de Direitos Humanos, todavia esta previsão não era praticada no Brasil.

O presente estudo tem como premissa que a audiência de custódia é uma alternativa viável para desafogar o sistema prisional além de minimizar as prisões ilegais.

No entanto, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011 tendo como finalidade modificar o artigo 306 do Código de Processo Penal a fim de que seja disciplinado o instituto da audiência de custódia no ordenamento brasileiro.

Outrossim, este trabalho tem como objetivo geral demonstrar a importância deste instituto como redutor das prisões arbitrárias e ilegais.

Objetiva-se, especificamente, com esse estudo, conceituar prisão e suas espécies, avaliar a efetividade da audiência de custódia na redução da população carcerária e analisar os principais fundamentos da audiência de custódia.

O presente trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro será feita abordagem sobre diversos conceitos da prisão, do princípio da presunção da inocência e dos princípios das prisões cautelares, e as espécies de prisões, que serão de fundamental importância para total compreensão do tema a ser abordado.

No segundo capítulo, será estudada especificamente a prisão em flagrante, suas espécies e tipos de flagrante. Também será feita abordagem sobre a realidade das prisões brasileiras.

No terceiro e último capítulo será analisado o instituto da audiência de custódia, conceitos legais e doutrinários, sua previsão normativa, finalidades e características da audiência de custódia. Tratará do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito desse instituto, será feita análise sobre o projeto de lei nº 554/2011 em tramitação no Senado Federal, assim como o projeto da audiência de custódia iniciado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, bem como a Resolução nº 380/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que regulamentou a audiência de custódia na Comarca da Capital. Assim, o presente trabalho monográfico utilizou de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, artigos jurídicos e relatórios do CNJ e TJPE.

2. PRISÕES E SUAS ESPÉCIES

2.1 Conceito

A palavra prisão origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio, onis*), que significa prender. Nossa legislação não a utiliza de modo preciso. De fato, o termo prisão é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere (BRASILEIRO, 2012, p. 67).

A prisão é a restrição da liberdade de locomoção, com o encarceramento de uma pessoa em uma unidade prisional, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de um magistrado competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar definidos em lei, conforme preceitua o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal do Brasil (BRASILEIRO, 2015, p. 839).

A prisão, para Nucci (2012), é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distinguindo, nesse conceito, a prisão provisória, 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, forma de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, enquanto necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2012, p. 606).

A prisão, segundo Tourinho Filho (2012) é a supressão da liberdade individual, mediante a clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, pode-se definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria (TOURINHO, 2012).

A prisão, segundo Capez, é a restrição da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente, isto é, de um juiz ou em caso de flagrante delito (CAPEZ, 2010).

No entanto, a prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Podendo advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento,

que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Todavia, segundo Pacelli (2012) toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade (PACELLI, 2012).

A prisão, segundo Paiva (2015), é a negação máxima dos direitos humanos. Não há humanidade na privação da liberdade. Não há prisão boa. É um castigo corporal. “A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes”.

No entanto, em nosso ordenamento jurídico há três espécies de prisão, quais sejam: prisão extrapenal - que tem como subespécies a prisão civil e a militar; b) a prisão penal, também conhecida como prisão pena ou pena – que é decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado e c) prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena – é aquela que tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária (BRASILEIRO, 2015).

É nesta terceira espécie que o presente trabalho será enfatizado, observando a disciplina das prisões tidas como cautelares, ou *carcer ad custodiam*. Apresentam-se estas medidas como uma execução cautelar de natureza pessoal que se justificaria como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal.

A prisão cautelar, afirma o supracitado autor, é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. Trata-se de medida excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.

Em outras palavras:

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. Tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual (RANGEL, 2010, p. 733).

Portanto, o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um

direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES, 2015, p. 589-590).

Por outro lado, não é a prisão cautelar que vai resolver o problema de violência nas ruas, como bem preceitua Paulo Rangel, não se podendo confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Entretanto, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter a violência gratuita (RANGEL, 2010, p. 733).

A prisão provisória ou cautelar, na visão do supracitado autor, não pode ser vista como reconhecimento antecipado da culpa, pois o Juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade.

Nesse sentido:

Hoje, não pode restar a menor dúvida de que a prisão em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada afinal, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela (JARDIM, 2007).

A prisão cautelar não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental. Como bem ressalta Lopes (2015):

As prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma falsa noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário (LOPES, 2015).

Após já termos abordados alguns conceitos doutrinários e legais sobre a prisão passaremos a estudar os princípios que regem o referido instituto.

2.2. Princípio da Presunção de Inocência

Tem se destacado na doutrina a importância dos princípios nos diversos ramos do direito. Se, outrora, era negado aos princípios qualquer tipo de influência, hoje nota-se que seu papel na compreensão dos sistemas jurídicos tem sido de todo valorizado.

Constituem-se, pois, como mandamentos nucleares de um sistema jurídico, repercutindo sobre todas as outras normas do ordenamento jurídico e condicionando a sua compreensão, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.

Por outro lado, há quem entenda que os princípios não têm caráter absoluto, principalmente se confrontados com as regras que são constituídas como determinações, de modo que não haveria diferença de grau entre princípios e regras, mas apenas uma divergência de qualidade.

Nesse sentido:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008).

Ocorre que, tem se consolidado o entendimento de que os princípios são dotados de juridicidade, de modo que não só as regras determinam comportamentos. Ademais, estes preceitos não são dotados de mera determinação, mas, como já dito, funcionam como orientação para toda a ordem jurídica.

E, no que tange ao princípio da presunção de inocência, há de se reconhecer uma peculiaridade, vez que está estabelecido como direito fundamental na Constituição Federal. Assim, não só se apresenta como preceito orientador, mas é hierarquicamente superior as demais normas do ordenamento jurídico.

O princípio da Presunção de Inocência tido como o coroamento do *due process of Law* está previsto no inciso LVII do Art. 5º da Constituição Federal que preceitua "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Tal expressão revela-se basicamente como um estado de ânimo perante a repressão penal e ao acusado. A concepção original para este princípio de presunção não se refere ao sentido técnico da palavra, mas a uma atitude de repúdio ao sistema processual vigente até à Declaração de 1789.

As presunções constituem-se em normas de comportamento, por meio das quais o legislador estabelece regras de dever ser, estando fundamentadas em valores técnicos e ideológicos. Os valores técnicos dizem respeito aos instrumentos que garantem os valores ideológicos que, por sua vez, representam a garantia dos interesses do acusado dentro do processo criminal.

No que tange à expressão inocência, decorrente do latim *in + nocens* – não nocivo, não denotava uma não-culpabilidade, atendo-se, em sua primeira acepção, ao conceito de bondade inata atribuído à Rosseau.

Entende-se hoje que tal princípio constitui uma orientação que deve permear toda a atuação processual penal, principalmente no que se define como sendo o estado jurídico do imputado antes de uma sentença final que o reconheça culpado.

É exatamente a proibição de qualquer identificação daquele acusado à condição de culpado que representa a maior inovação deste princípio. A própria formulação trazida pela norma – ninguém será considerado – traduz uma disposição de comportamento diante do acusado e dá conta da condição de não-culpabilidade do cidadão que é colocado sob a persecução penal.

Não é possível interpretá-lo de forma isolada, eis que este está intimamente relacionado ao devido processo legal. Estes dois conceitos, na verdade, se complementam para a conclusão de que se faz necessária a existência de um processo “justo”, no qual o confronto entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do cidadão seja feito em equilíbrio.

A Presunção de Inocência se apresenta, pois, como uma forma de defesa do cidadão, não se restringindo a uma garantia de liberdade ou verdade, mas como uma garantia de segurança oferecida pelo próprio Estado de Direito contra o arbítrio punitivo.

Ademais, como bem preceitua Ferrajoli, tal princípio decorre da própria jurisdicionalidade, vez que, se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que haja a produção desse arcabouço probatório de forma regular, não se considera cometido o delito, nem por este ninguém poderá ser culpado ou submetido à pena (FERRAJOLI, 2006).

Assim, um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida (BECCARIA, 2008).

Insta salientar que a presunção de inocência, em razão do princípio da isonomia, não possui níveis, não se podendo falar em pessoas “mais presumidas” ou “menos presumidas inocentes”, de modo que nem mesmo a hediondez do delito supostamente praticado justifica tal diferenciação.

Desta forma, sua aplicação deve ser sempre maximizada em todas as nuances, impondo-se um verdadeiro dever de tratamento que deve ter sua atuação, em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele (LOPES, 2015).

Na dimensão interna representa um dever de tratamento imposto ao juiz, prescrevendo que a prova caberá inteiramente ao acusador e que a dúvida conduzirá à absolvição. Ainda nesta dimensão, determina restrições severas ao uso de prisões cautelares, tema que será aprofundado no decorrer deste trabalho.

Externamente ao processo, exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, considerando-se a presunção de inocência como um verdadeiro limite democrático contra a exploração midiática em torno do processo criminal.

Entretanto, o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica, em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro (LOPES, 2015).

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Ademais, são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência.

2.3. Princípios das prisões cautelares

2.3.1 Jurisdicionalidade e motivação

Sabe-se que toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentando sua decisão, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição e do novel artigo 315 do CPP:

Artigo 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

O princípio da jurisdicionalidade está relacionado com o *due processo of law*. Como prevê o artigo 5º, LIV, ninguém será ou deveria ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Portanto, para haver privação de liberdade, necessariamente deve preceder um processo (*nulla poena sine praeiudicio*), isto é, prisão só pode ser após o processo (LOPES, 2015).

No Brasil, a jurisdicionalidade está consagrada no artigo 5º, LXI, da Carta Magna, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto. Eventual ilegalidade deverá ser remediada pela via de habeas corpus, nos termos do artigo 648, III, do CPP.

No caso de prisão em flagrante, a comunicação ao juiz ocorre em dois momentos: imediatamente após a detenção e ao final da lavratura do auto de prisão em flagrante, quando então todas as peças são encaminhadas ao juiz.

2.3.2. Contraditório

A sugestão de Aury Lopes foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (interrogatório), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito à audiência” e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo Juiz” (LOPES, 2015, p. 594).

No entanto, essa garantia foi implementada no Brasil no corrente ano, vez que a audiência de custódia se encarrega de conduzir o cidadão preso na presença do juiz para que este decida acerca da legalidade, ilegalidade e necessidade daquela prisão. Tema que será abordado no terceiro capítulo.

O artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal permite um tímido contraditório, com a intimação da parte contrária assim que receber o pedido de medida cautelar, desde que isso não prejudique a eficácia ou urgência da medida.

Nesse sentido:

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

Pensa-se que o ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, onde sob a égide da oralidade se efetivaria o contraditório e o direito de defesa, na medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida (seja por fragilidade do *fumus commissi delicti* ou do *periculum libertatis*). Tal medida é muito importante e contribui para a melhor decisão do juiz.

No mínimo, deverá o juiz conceder um prazo razoável para que a defesa se manifeste sobre o pedido e produza sua prova, para após decidir. Inclusive, para efetivação do contraditório, pode ser necessária a realização de audiência para coleta de prova testemunhal.

2.3.3 Provisionalidade

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para a manutenção da prisão.

Todavia, 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.

O artigo 282, §§ 4º e 5º do CPP consagra o princípio da provisionalidade, in verbis:

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

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

Portanto, a prisão preventiva ou quaisquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade (*periculum libertatis*).

A provisionalidade adquire novos contornos com a pluralidade de medidas cautelares agora recepcionadas pelo sistema processual, de modo a permitir uma maior fluidez na lida, por parte do juiz, dessas várias medidas. Está autorizada a substituição de medidas por outras mais brandas ou mais graves, conforme a situação exigir, bem como cumulação ou mesmo revogação, no todo ou em parte.

2.3.4. Provisoriedade

Este princípio está relacionado com o fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deveria ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) não pode assumir contornos de pena antecipada.

A duração da prisão cautelar é bastante criticada por Aury Lopes, dizendo que: reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro, que reina a indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis* (LOPES, 2015).

Afirma ainda, que a jurisprudência, sem grande sucesso, tentou construir limites globais a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável ao acaso. Assim, resumidamente, se superados oitenta e um dias o imputado continuasse preso, e o procedimento (ordinário) não estivesse concluído, haveria excesso de prazo, remediável pela via de *habeas corpus*. A liberdade, em tese, poderia ser restabelecida, permitindo-se a continuação do processo.

Entretanto, com a reforma operada pela lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, perdeu-se uma grande oportunidade de resolver o problema da falta de definição em lei da

duração máxima da prisão cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediate liberação do detido). O limite ao excesso somente ocorrerá quando houver prazo com sanção, do contrário, os abusos continuarão.

2.3.5. Excepcionalidade

O artigo 282, § 6º do CPP preceitua que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Aury Lopes afirma que o dispositivo é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre adequação e suficiência das demais medidas cautelares.

O artigo 282 preceitua, ainda, que:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O artigo 282 do CPP menciona os princípios da necessidade e da adequação (no fundo, trata-se do princípio da proporcionalidade) das medidas cautelares (e não apenas da prisão cautelar), mas comete o primeiro tropeço ao remeter a um fundamento não consagrado na reforma, qual seja, o risco da reiteração.

O artigo 312 do CPP mantém os mesmos quatro fundamentos da prisão cautelar (garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução e da aplicação da lei penal), e não consagra o risco de reiteração ao qual faz referência o artigo 282 do CPP. A expressão para evitar a prática de infrações penais é o chamado risco de reiteração, fundamento recepcionado em outros sistemas processuais, mas desconhecido pelo nosso.

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema, portanto, é a massificação das cautelares.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida.

Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

A prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (FERRAJOLI, 2008).

2.3.6. Proporcionalidade

A proporcionalidade é um dos princípios mais importante das prisões cautelares, o seu principal sustentáculo, pois vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delictii e do periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência (LOPES, 2015, p. 603-604).

O juiz deve sempre atentar para a relação existente entre a eventual sanção cominada ao crime em tese praticado, e àquela imposta em sede de medida cautelar, para impedir que o imputado seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção porventura aplicada ao final. É inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade.

E mais, os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa devem obter maior atenção do juiz, pois eventual pena aplicada deverá ser substituída por penas restritiva de direitos.

Nesse sentido, Badaró (2007, p. 150-152) afirma:

Deverá haver proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. [...] O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. [...] se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida

provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.

A proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes.

2.4. Espécies de prisões

As ditas prisões provisórias são aquelas que acontecem durante a instrução processual, isto é, são aquelas que ainda não tem sentença transitada em julgado. São aquelas decretadas por um magistrado antes mesmo de terminar o processo, em caráter excepcional, buscando assegurar o curso do processo, tais como a prisão em flagrante, a prisão preventiva e prisão temporária.

A prisão cautelar é fruto da necessidade de obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências.

2.5. Da prisão preventiva

A prisão preventiva visa assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação da lei penal. Entretanto, os requisitos dessa prisão estão previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: 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. Também podendo ser decretada quando o cidadão descumprir qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 282, §4º).

Em outras palavras, afirma Nucci:

A garantia à ordem pública é o mais abrangente dos requisitos, que se calca em alguns pontos básicos: gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com associação ou organização criminosas. Basta a comprovação de dois desses cinco elementos para justificar a preventiva. A garantia da ordem econômica é espécie de garantia da ordem pública. Além dos requisitos supramencionados, comporta particularidades, como afetação à segurança econômica, pela continuidade da atividade criminosa pelo agente do colarinho branco. A conveniência da instrução criminal é restrita, baseada, como regra, na colheita de provas. Se esta se der de

maneira livre e escorreita, descabe a preventiva; se for perturbada pelo acusado, emerge a necessidade da cautelar. A aplicação da lei penal também é restrita. Calca-se, fundamentalmente, na potencialidade de fuga do indiciado ou réu, desde que lastreada em fato e não meras presunções (Nucci, 2014, p. 185).

Outrossim, esse tipo de prisão é decretada por um juiz, mediante representação de autoridade policial ou requerimento do Parquet, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal. Pode ser decretada de ofício pelo magistrado quando presentes os requisitos do artigo 313 do CPP, bem como os estabelecidos no artigo 312 como explicitado acima e desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (LIMA, 2012, p. 247).

No entanto, a prisão preventiva é a última medida a ser tomada por um magistrado, ou seja, ela não pode ser a regra e sim a exceção, e quando aplicada, deverá ser sempre por ordem escrita e fundamentada. Portanto, as medidas cautelares diversas das prisões são preferíveis em relação à prisão preventiva, dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais.

2.6. Da prisão temporária

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960/89 e visa garantir as investigações promovidas durante o inquérito policial, tratando-se de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia.

Por ser destinada apenas para o acautelamento da investigação, não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal. Ademais, sua duração é expressamente fixada em lei, sendo possível apenas uma prorrogação em caso de comprovada e extrema necessidade (PACELLI, 2012).

Nesse sentido:

A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. É um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória em que a confissão e a “colaboração” são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a “verdade” esconde-se na alma do herege, sendo ele o principal “objeto” da investigação (LOPES, 2015).

No entanto, é necessário um cuidado maior por parte dos magistrados ao conceder esse tipo de prisão, já que a cultura inquisitória (de obter uma confissão a qualquer custo) ainda é dominante.

Ademais, a prisão temporária, cuja decisão deve ser sempre fundamentada, tem as seguintes características: será decretada pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, não podendo ser decretada de ofício pelo magistrado. Tem um prazo de cinco dias prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Todavia, sendo o crime hediondo, o prazo poderá ser de trinta dias, prorrogáveis por igual período de tempo (LOPES, 2015).

Sendo assim, não se configura como execução provisória da pena, pois tem como preceito a proteção da investigação criminal ocorrida antes da ação penal, de modo que tem natureza estritamente cautelar.

2.7. Da prisão domiciliar

A prisão domiciliar é o recolhimento do indiciado ou acusado na residência, não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa. Esse tipo de prisão tem previsão legal nos artigos 317 e 318 do CPP, produzidas com a lei nº 12.403/2011. No entanto, somente será aplicada como substitutivo da prisão preventiva e desde que estejam presentes os seguintes requisitos: ser o agente maior de oitenta anos; estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; for imprescindível para os cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência e para a gestante a partir do sétimo mês de gravidez, ou quando esta for de alto risco (PACELLI, 2012).

Percebe-se que esse tipo de prisão se dar por motivos pessoais do acusado, de natureza humanitária. No entanto, a demonstração da existência da situação fática autorizadora poderá ser feita pela via documental ou perícia médica (LOPES, 2011).

Em outras palavras:

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no artigo 318 do CPP (BRASILEIRO, 2015).

Esse tipo de prisão não se confunde com o recolhimento domiciliar no período noturno e nos de folga, previsto como medida cautelar no artigo 319, inciso IV, do CPP, vez que a medida cautelar no período noturno e nos dias de folga deve ser adotada quando o juiz entender que, apesar de ser cabível a prisão preventiva, sua decretação não é necessária, vez que a referida medida cautelar já seria suficiente para produzir o mesmo resultado (BRASILEIRO, 2015).

3. DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Sabe-se que no Brasil a maioria das prisões se dá em virtude da prisão em flagrante, isto é, o autuado é detido no momento em que está cometendo, acabara de cometer ou é encontrado depois de cometer o crime.

A palavra “flagrante” deriva do latim “*flagrare*” (queimar), e “*flagrans*”, “*flagrantis*” (ardente, resplandecente), que no léxico significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto, por isso é que a expressão flagrante de delito abarca o instante em que o delito está sendo cometido (RANGEL, 2010).

Juridicamente falando, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou que acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do autuado mesmo sem ordem judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade. (BRASILEIRO, 2012, p. 185).

A prisão em flagrante é conceituada por Aury Lopes, como medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração. Deve-se ser analisado em até vinte e quatro horas, onde o juiz decidirá acerca de sua legalidade ou ilegalidade e possível relaxamento, bem como conversão da prisão em flagrante em preventiva ou concessão de liberdade provisória (LOPES, 2015).

A prisão em flagrante é aquela que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter administrativo, não se exigindo ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de maneira inesperada. Assim, para que ocorra, é necessário o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) e *periculum in mora e periculum libertatis*.

Permite que se faça cessar o delito com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização, ou seja, qualquer pessoa pode efetuar uma prisão em flagrante.

Neste sentido, segundo Rangel (2015), a prisão em flagrante exige, para sua configuração, dois elementos: a atualidade e visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, isto é, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. Já a visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a

ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito (RANGEL, 2010).

Ademais, a prisão em flagrante não garante o resultado final do processo, visa, apenas, a restringir a liberdade do autuado, vez que este é um perigo a sociedade. É nesse momento que o juiz converterá o flagrante em prisão preventiva, ou, poderá relaxar a prisão, se esta for ilegal ou conceder medidas cautelares diversas das prisões.

Além disso, com a implantação da audiência de custódia, tema a ser abordado no próximo capítulo, essa pessoa presa em flagrante será encaminhada a uma autoridade judicial, no prazo de vinte e quatro horas, a fim de que o magistrado analise acerca da legalidade/ilegalidade dessa prisão, se esta pessoa sofreu maus tratos ou outras medidas contrárias as leis.

Sendo, pois, uma oportunidade do indivíduo se apresentar fisicamente na frente de um Juiz, não sendo apenas na audiência de instrução e julgamento, por ocasião do seu interrogatório, momento em que poderá ter a sua prisão relaxada e deixar de ir para o cárcere desnecessariamente.

Portanto, não é mais permitido manter alguém preso, além das vinte e quatro horas, sem uma decisão judicial fundamentada, decretando a prisão preventiva.

Ademais, logo após efetuada, a prisão em flagrante deve ser comunicada à autoridade judiciária competente, que realizará verdadeira cognição cautelar, como explica CHOUKR (2011):

A consequência é que, ao assumir o flagrante a natureza precautelar passa-se a exigir, de imediato, a apreciação judicial na presença dos requisitos cautelares para manter-se a pessoa presa, não podendo subsistir a constrição, durante toda a relação processual, a título da prisão decorrente do estado de flagrância. (CHOUKR, 2011, p. 57).

Caso não esteja presente o *periculum libertatis* para justificar a prisão preventiva ou não sendo ela necessária e proporcional, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, mediante fiança ou sem fiança, conforme o caso, e ainda, se necessário, cumular com uma ou mais medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, tais como: a monitoração eletrônica, o comparecimento periódico em juízo, proibição de comparecer em determinados lugares dentre outras estabelecidas no artigo referido.

Atualmente, a prisão em flagrante se justifica enquanto providência acautelatória da prova da materialidade do fato e de sua autoria, de forma oposta ao que se entendia antes

da vigência da atual Constituição. Isso porque, anteriormente se impunha a necessidade da prisão nos casos de flagrância pela defesa da coletividade.

Entretanto, ainda que o advento da nova ordem Constitucional tenha consistido em mudança de paradigma acerca da utilidade/necessidade da prisão em flagrante, o que se observava na prática é que o acusado era mantido preso durante toda a instrução criminal, de forma que, em tese, este tipo de prisão cautelar se convertia automaticamente em prisão preventiva.

É neste ponto que começam a se mostrar extremamente relevantes as modificações trazidas pela Lei nº 12.403/11. Tal diploma alterou substancialmente o instituto da prisão em flagrante, imprimindo uma nova redação ao art. 310 do Código de Processo Penal¹, como forma de efetivar o caráter acautelador deste tipo de prisão.

Antes², ao receber o auto de prisão em flagrante, ao juiz era dado relaxar a prisão em caso de irregularidades na sua efetivação ou conceder liberdade provisória quando incidente causa excludente de antijuridicidade. Entretanto, a nova disciplina do diploma processual penal concede ao magistrado a possibilidade de atuar não só nessas duas hipóteses, mas também promover a libertação do acusado se não restarem presentes as razões para aplicação de prisão preventiva.

Dessa forma, é possível entender que as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 suplantaram a possibilidade de manutenção da prisão decorrente de flagrante como único fundamento para que se mantenha o acusado no cárcere durante a instrução criminal.

Não se faz mais possível uma conversão dita automática da prisão em flagrante em qualquer outra hipótese de prisão cautelar.

Neste sentido:

Se o juiz do inquérito, no entanto, apontar, fundamentadamente, qualquer fato concreto, fundado em base empírica idônea, a revelar, objetivamente, a necessidade, no mundo dos fatos, da vida real, tangente ao plano do ser, do aprisionamento acautelador preventivo do autuado, o flagrante converter-se-á em

¹ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou;

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

² Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

preventiva — por obra humana do julgador, evidentemente, diga-se de passagem, inexistindo, no particular, qualquer metamorfose —, passando a custódia, a partir daí, a ser acobertada por esse título e não por aquele (LOPES, 2015).

É preciso considerar que, apesar de não se poder desprezar a eficácia do convencimento do flagrante de delito, devemos partir da não-culpabilidade na condução da investigação, sob pena de se deferir a possibilidade da formação da culpa sem o devido processo legal.

No entanto, a Lei nº 12.403/2011 não produziu os efeitos esperados, pois, pelo menos no Estado de Pernambuco, o número de presos provisórios aumentou. As medidas cautelares diversas das prisões nem sempre são aplicadas pelos magistrados, resultando assim o crescimento da população carcerária.

Segundo dados do INFOPEN (Informações Penitenciárias), no Estado de Pernambuco existem trinta e um mil e duzentos e quarenta e dois presos, sendo dezoito mil setecentos e quarenta e cinco provisórios, isto é, cerca de sessenta por cento da população carcerária de Pernambuco é composta por presos provisórios. Enquanto doze mil quatrocentos e noventa e sete são presos condenados.

3.1. Espécies de flagrante

O artigo 302 do CPP preceitua que: Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O flagrante do inciso I ocorre quando o agente está cometendo o delito, isto é, praticando o verbo nuclear do tipo. Entretanto, a prisão nesse momento poderá, dependendo do caso, evitar a própria consumação. (LOPES, 2015). Neste caso, é o flagrante próprio, em razão de haver um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

A prisão em flagrante é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o agente é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente, podendo citar como exemplo, o caso em que o agente é preso enquanto “subtrai” a coisa alheia móvel (art. 155 do CPB), ou ainda, no crime de

homicídio, está agredindo a vítima com a intenção de matá-la (ou seja, está praticando o verbo nuclear do artigo 121 do CPB).

No inciso II, o agente é surpreendido quando acabou de cometer o delito, quando já cessou a prática do verbo nuclear do tipo penal. Mas, nesse caso, o crime ainda está crepitando, pois o agente cessou recentemente de praticar a conduta descrita no tipo penal. É considerado ainda um flagrante próprio, pois não há lapso temporal relevante entre a prática do crime (no sentido indicado pelo seu verbo nuclear) e a prisão.

Dependendo da situação, o imediato socorro prestado à vítima ainda poderá evitar a consumação, mas diferencia-se da situação anterior na medida em que, aqui ele já realizou a figura típica e a consumação já pode, inclusive, ter ocorrido.

As situações de prisão em flagrante previstas nos incisos III e IV são mais frágeis; podendo ser denominados de “quase-flagrante” ou flagrante impróprio. Nesta modalidade, o agente é perseguido logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. A expressão logo após abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor.

Esses flagrantes são mais “fracos” sob o ponto de vista da legalidade. Isso é consequência do afastamento do núcleo imantador que é a realização do tipo penal, refletindo na fragilidade dos elementos que os legitimam, caso em que recebe o auto de prisão em flagrante. São nesses casos de quase-flagrante que há uma maior incidência de prisões desnecessárias e ilegais.

O que deve ser decisivo na hipótese do flagrante do inciso III é a imediatidade da perseguição, para o fim de caracterizar a situação de flagrante. Sendo que essa referida perseguição, como ocorre em qualquer flagrante, pode ser feita por qualquer pessoa do povo e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado.

Portanto, não existe um critério objetivo para definir o que seja logo após, devendo ser analisado a partir do caso concreto, pela análise das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória. (PACELLI, 2012).

Para a ocorrência do flagrante do inciso IV exige-se a presença de três elementos, quais sejam: encontrar (requisito de atividade), logo depois (requisito temporal) e presunção de autoria (armas ou objeto do crime).

É conhecido como flagrante presumido, uma vez estar na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, isto é, o mesmo que

dizer em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, conforme a regra do flagrante impróprio (artigo 302, III).

Ademais, o requisito temporal é mais dilatado do que o do inciso III, tendo em vista que o ato de encontrar é diferente de perseguir, permitindo um intervalo de tempo maior entre o crime e o encontro com o agente.

Um exemplo clássico desse tipo de delito é o caso de uma quadrilha roubar um estabelecimento comercial e fugir. Para existir perseguição, a polícia deve chegar poucos minutos após a saída do estabelecimento, não sendo possível, diante da demora com que a polícia chegou ao local do crime, passa-se para a situação prevista no inciso IV, quando são montadas barreiras policiais nas saídas da cidade e vias de acesso àquele local onde o crime foi praticado, buscando encontrar os agentes (LOPES, 2015).

Contudo, haverá prisão em flagrante se os autores do delito forem interceptados em uma barreira policial, com as armas do crime e o dinheiro subtraído, ainda que isso ocorra muitas horas depois do delito.

Sendo assim, não estando presentes esses tipos de prisão em flagrante e preenchidos os requisitos de cada um, esta prisão é ilegal e tem que ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. Não obstante, ainda que ilegal o flagrante, nada impede que seja postulada pelo *Parquet* a prisão preventiva ou a temporária, que poderá ser decretada pelo Juiz, se preenchidos os requisitos.

3.2. Flagrante preparado, provocado, forjado, esperado

Historicamente, o flagrante preparado surgiu na França, durante o período do antigo regime, quando o Estado não mais conseguia fazer frente à onda de criminalidade que assolava a cidade (RANGEL, 2010).

O flagrante preparado está presente na súmula 145 do STF. Diz a súmula: Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Trata-se, segundo Rangel (2010) do também chamado delito putativo por obra do agente provocador, ou delito de ensaio, de experiência, ou crime provocado. Ocorre quando o agente é impelido por terceiros a praticar um crime, mas são adotadas todas as providências necessárias para que não haja consumação (RANGEL, 2010).

O flagrante preparado é ilegal, pois é vinculado a um crime impossível. Não existindo indução ou provocação, sendo a preparação do flagrante perfeita que em momento algum o bem jurídico tutelado é colocado em risco (LOPES, 2015).

O flagrante provocado, segundo Lopes (2015) também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um crime exatamente para ser preso. É uma verdadeira encenação teatral, em que o autor é impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário de droga, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante, que será ilegal (LOPES, 2015).

O flagrante forjado existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para tentar legitimar a prisão. É criada uma situação de fato que é falsa. Exemplo típico é o enxerto de substâncias entorpecentes (ou armas) para, a partir dessa posse forjada, falsamente criada, realizar a prisão (em flagrante) do agente. É, pois, um flagrante ilegal, tendo em vista que não há crime (LOPES, 2015).

O flagrante forjado, segundo Rangel (2010) ocorre quando policiais realizam busca pessoal em determinada pessoa e colocam em seu bolso (ou dizem que estavam em seu bolso), por exemplo, determinada quantidade de droga. Ou, ainda, inventam que determinada pessoa acaba de furtar determinado objeto que lhe é mostrado, dando-lhe voz de prisão. Nesta hipótese não há crime. No entanto, é difícil de o suposto acusado provar que não cometeu o referido delito.

Por outro lado, o flagrante esperado ocorre quando o sujeito age, independentemente de provocação ou induzimento de quem quer que seja, sendo preso por policiais (ou terceiras pessoas) que, simplesmente, já o aguardavam. Portanto, tendo os policiais conhecimento de que uma infração penal irá ocorrer em determinado lugar, colocam-se de vigia. Assim, no flagrante esperado a autoridade ou terceiros aguardam o desenrolar dos fatos para que, no momento oportuno, possa efetuar a prisão em flagrante (RANGEL, 2010).

O supracitado autor, exemplifica o flagrante esperado quando policiais tomam conhecimento de que determinada agência bancária será assaltada por agentes em determinado dia e hora. Imediatamente, no dia referido, dirigem-se à agência e, no seu interior, aguardam a chegada daqueles. No horário previamente avisado, chegam os referidos agentes, que anunciam o assalto e exigem o dinheiro dos caixas, momento em que recebem dos policiais voz de prisão em flagrante. Trata-se de flagrante esperado, pois os policiais apenas aguardavam o desenrolar dos fatos, sem nenhuma ingerência na conduta dos agentes.

3.3. Realidade das prisões brasileiras

Sabe-se que atualmente a situação das prisões brasileiras é preocupante. Há presos que já não deveriam estar mais encarcerados, há presos que deveriam progredir de regime do fechado para o semiaberto ou do semiaberto para o aberto, mas permanecem no fechado, vivendo em situações desumanas.

Nesse sentido:

A pena privativa de liberdade, sem dúvidas, no Brasil, é a mais grave das sanções previstas pelo seu ordenamento jurídico-penal, até porque, de acordo com a sua Constituição de 1988, é absolutamente proibida a aplicação de penas cruéis (Artigo 5º, XLVII), aqui consideradas a perpétua ou a de morte. É ela executada em regime fechado, semiaberto ou aberto, tendo a Lei de Execução Penal (LEP), consagrado estabelecimentos penais distintos para o acolhimento aos condenados à pena de prisão. (NUNES, 2005, p. 35).

O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo (são cerca de seiscentos e oito mil presos), segundo relatório de informações penitenciárias – INFOPEN, divulgado pelo Ministério da Justiça, dados esses referentes ao primeiro semestre de 2014, perdendo apenas para a Rússia, China e Estados Unidos.

A maioria desses presos são formados por pobres, negros e cidadãos sem escolaridade ou de escolaridade baixa. São os marginalizados da sociedade e, em regra, cometem crimes contra o patrimônio, tais como furto, roubo, receptação, estelionato entre outros.

Este relatório do INFOPEN é uma ferramenta de conhecimento da realidade prisional, em virtude de ser um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, sendo atualizado pelos gestores dos estabelecimentos prisionais.

O cenário que se vê no Brasil inibe qualquer perspectiva otimista a respeito do encarceramento. Prende-se cada vez mais. O país transita 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 (PAIVA, 2015).

Todavia, a audiência de custódia surge, conforme se verá, não como uma solução para todos os problemas do encarceramento, e sim como a tentativa mais ambiciosa de freá-lo.

O que impressiona é que a maior parte da população carcerária é composta por presos provisórios, isto é, aqueles detentos que estão aguardando julgamento. Muitos estão cumprindo a pena no regime fechado antecipadamente, pois há casos que no final da instrução processual vão receber o regime aberto.

Segundo dados do INFOPEN, o número da população prisional no Brasil é de seiscentos e sete mil e setecentos e trinta um presos, sendo quinhentos e setenta e nove mil e quatrocentos e vinte e três dentro do Sistema Penitenciário; vinte sete mil e novecentos e cinquenta presos nas Secretarias de Segurança/carceragens de delegacias e trezentos e cinquenta e oito presos dentro do Sistema Prisional Federal.

É constatado que cerca de quarenta e um por cento das pessoas privadas de liberdade são compostas por presos provisórios, isto é, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Isso significa que os presos provisórios já estão apenados indevidamente e antes de uma sentença transitada em jugado.

O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990, segundo dados do INFOPEN. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresenta aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ano.

O Estado de São Paulo tem o maior número de presos (cerca de 219.053), representando 36% da população, enquanto o Estado de Roraima tem 1.610 pessoas presas, sendo o Estado com a menor população carcerária em números absolutos.

Entre 2005 e 2014 as taxas de Pernambuco subiram de 110 a 220 presos para cada cem mil habitantes para a faixa de 300 a 450, sendo o número de presos provisórios maior do que o de condenado.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O CPP, em seu artigo 306, preceitua que o magistrado analisará o auto de prisão em flagrante, no prazo de vinte e quatro horas, quando será comunicado da prisão de uma determinada pessoa.

Nesta ocasião, o magistrado poderá homologar a então prisão em flagrante, ou relaxá-la, por não ter sido cumprido os requisitos de legalidade. E, caso haja os requisitos, poderá converter a prisão em flagrante em preventiva.

O que se percebe, é que a autoridade judiciária analisa papéis emitidos pelo Delegado de Polícia, não tendo o contato físico com este cidadão acusado de ter cometido um delito. Esse cidadão só será ouvido, por ocasião do seu interrogatório, quando da audiência de instrução e julgamento, que só acontecerá depois de alguns meses e até anos.

Depois de passados vinte anos da incorporação dos diplomas internacionais, eis que foi implementada a audiência de custódia nos Estados da federação brasileira. Tema que será abordado neste capítulo.

4.1. Conceito, previsão normativa e finalidades

Nos últimos meses do corrente ano, muito se tem falado a respeito da audiência de custódia, de sua implantação nos Estados da federação brasileira, da sua finalidade e necessidade, inclusive no Estado de Pernambuco, cuja implementação aconteceu no mês de agosto pretérito.

Todavia, define-se a audiência de custódia como sendo a condução física de uma pessoa em flagrante perante um Juiz de Direito, no prazo de vinte e quatro horas, ocasião em que o magistrado irá analisar acerca da necessidade, adequação e legalidade daquela prisão, decidindo em seguida pelo relaxamento da prisão em flagrante, caso seja ilegal, ou pela liberdade provisória com ou sem fiança, ou por medidas cautelares diversas da prisão ou pelo decreto de prisão preventiva, depois de ouvido o Ministério Público e a Defesa.

Em outras palavras, afirma Caio Paiva:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de 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, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de

custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado (PAIVA, 2015, p. 31).

Nesse mesmo sentido, Cavalcante afirma que:

A audiência de custódia consiste no direito que a pessoa presa em flagrante possui de ser conduzida (levada), sem demora, à presença de uma autoridade judicial (magistrado) que irá analisar se os direitos fundamentais dessa pessoa foram respeitados (ex: se não houve tortura), se a prisão em flagrante foi legal e se a prisão cautelar deve ser decretada ou se o preso poderá receber a liberdade provisória ou medida cautelar diversa da prisão (CAVALCANTE, 2015).

A audiência de custódia consiste na condução de todo cidadão preso, sem demora, à presença de um juiz para que, neste momento, seja interrompido atos de maus tratos ou tortura, como também, haja um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e necessidade da prisão (LOPES; PAIVA, 2015).

Portanto, como se pode observar, é na audiência de custódia que o magistrado analisará se os direitos fundamentais da pessoa presa foram respeitados, se este detento sofreu algum tipo de tortura, maus tratos.

Sendo, pois, a primeira oportunidade de esta pessoa obter o contato pessoal com a autoridade judiciária, sem ter que esperar por alguns meses ou até por alguns anos, quando ocorrerá a audiência de instrução e julgamento e consequente interrogatório do acusado.

A audiência de custódia tem previsão normativa, principalmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, cuja promulgação se deu no Brasil pelo Decreto nº 678/1992 (PAIVA, 2015).

O artigo 7.5 da CADH dispõe 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”.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que os tratados internacionais de direitos humanos incorporam-se em nosso ordenamento jurídico com status de norma jurídica suprallegal (CAVALCANTE, 2015).

Nesse sentido:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO

JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à **Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica** (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, **estando abaixo da Constituição**, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos** subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.** (STF - RE: 349703 RS , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL JUDICIAL. PRISÃO CIVIL. RECENTE MUDANÇA DO POSICIONAMENTO DO STF (HC N. 87.585/TO E RE N. 466.343/SP). PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. NORMA INCORPORADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM STATUS SUPRALEGAL. DERROGAÇÃO DAS NORMAS PRÉ-EXISTENTES QUE REGULAVAM A SITUAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. 1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que **a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico pátrio com status de norma supralegal** restringiu a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Com isso, concluiu aquela Corte Suprema que os tratados internacionais de direitos humanos que tratam da matéria derogaram as normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Tal entendimento foi acompanhado por esta Corte Superior. 2. Recurso ordinário provido. (STJ - RHC: 26120 SP 2009/0091535-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 01/10/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2009).

Ademais, fazendo uma análise das jurisprudências acima mencionadas, a CADH é norma jurídica no Brasil, hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou complementar, somente estando abaixo das normas constitucionais (CAVALCANTE, 2015).

Além do exposto, é importante ressaltar que a Suprema corte julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 (ADI 5240), em agosto do corrente ano, impetrada pela Associação dos Delegados do Brasil (ADEPOL/BRASIL). Todavia, a ação questionava o provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado.

Nesse sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO RITO DO ART. 12, DA LEI Nº 9.868/1999. MANIFESTAÇÃO DA AGU E DA PGR. Despacho: Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL-Brasil, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da íntegra do Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que estabeleceu regras de conduta para os juízes, promotores, defensores e delegados, dispondo sobre a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia. Sustenta a requerente que “existe o nexo de pertinência temática e cabimento da ação, pois a norma impugnada – não detém caráter regulamentar – e dispõe sobre a audiência de custódia, determinando que o Delegado de Polícia providencie a apresentação da pessoa detida, até 24hrs após a sua prisão, ao juiz competente”. A hipótese reveste-se de indiscutível relevância, pelo que entendo dever ser aplicado ao caso o rito veiculado pelo art. 12 da Lei nº 9.868/1999. Colham-se informações das autoridades requeridas, no prazo máximo de 10 (dez) dias. Imediatamente após este prazo, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias cada, para que se manifestem na forma da legislação vigente. Publique-se. Brasília, 25 de março de 2015. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (ADI 5240 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 25/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27/03/2015 PUBLIC 30/03/2015).

Segundo posicionamento do STF, o procedimento do TJSP visa disciplinar normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico, já que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do magistrado está previsto na CADH desde 1992.

Assim, o artigo 5, §2º da Constituição Federal, preceitua que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dessa forma, afirmam os autores Lopes e Paiva:

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; PAIVA, 2015).

Outrossim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) em seu artigo 9.3 estabelece que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais.

Igualmente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos garante em seu artigo 5.3 que “qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1º, alínea c, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais” (PAIVA, 2015).

Percebe-se que a previsão normativa da audiência de custódia é encontrada em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, porém a principal base para as reflexões é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) por se tratar do Tratado Internacional que mais de perto vincula o Brasil.

Em outras palavras, afirma Canineu:

O direito de comparecer perante um juiz sem atrasos desnecessários consta em tratados que foram ratificados pelo Brasil há muito tempo, incluindo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Comitê de Direitos Humanos da ONU (responsável por interpretar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) determinou que o atraso entre a prisão de um acusado e o momento em que ele comparece perante uma autoridade judicial “não deve ultrapassar alguns dias”, nem mesmo durante estado de emergência (CANINEU, 2015).

Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a apresentação imediata ao magistrado é fundamental para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar a proteção a outros direitos, como a vida e integridade física (PAIVA, 2015).

Vale salientar que esse contato pessoal do preso com o Juiz ocorrerá no prazo de vinte e quatro horas, isto é, assim que o autuado é preso em flagrante, o Delegado de Polícia deverá conduzi-lo a uma autoridade judiciária juntamente com o auto de prisão em flagrante.

Ademais, outros países da América Latina apresentam os presos fisicamente a uma autoridade judiciária com prazo distintos dos estabelecidos no Brasil, como exemplo, temos a Argentina cujo Código de Processo Penal Federal exige que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judiciária 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, 2015).

Existe também a possibilidade de pessoas já com prisões decretadas serem levadas imediatamente a um juiz, conforme preceitua o mesmo autor Canineu (2015). Como exemplo tem o México cuja constituição dispõe que a autoridade que executa a ordem judicial de prisão deve trazer o suspeito perante um juiz sem demora e sob sua estrita responsabilidade. Porém, no Brasil, a audiência de custódia são para as pessoas que foram presas em flagrante.

Por outro lado, apenas a comunicação de que uma pessoa foi presa em flagrante ao Juiz não satisfaz essa garantia, pois o autuado deve comparecer pessoalmente a autoridade judiciária, podendo, assim, evitar uma prisão desnecessária, vez que o juiz poderá conceder a liberdade provisória.

Todavia, com a apresentação imediata do detento na audiência de custódia, a violência praticada por alguns policiais no momento em que este cidadão é autuado em flagrante poderá ser evitada, pois os responsáveis pela apreensão e condução do detido terão o conhecimento de que qualquer reclamação de tortura por parte desses poderá responder criminalmente, caso seja comprovado (PAIVA, 2015).

Assim, prevê o artigo 5.2 da CADH que: “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Nesse sentido, afirma Darlan:

Não é incomum a ocorrência de abusos policiais, essa apresentação servirá para que a autoridade judiciária constate a correta identidade da pessoa presa, dá-lhe ciência dos motivos que determinaram sua segregação, a colheita de informações sobre os fatos que geraram essa medida extrema, e diante disso, ouvido o Ministério Público e a Defesa, decidir sobre a manutenção ou não da prisão, evitando-se desse modo aprisionamento desnecessários (DARLAN, 2015).

É cediço que existem muitos profissionais da segurança pública que praticam atos de violência em relação aos presos. E com a audiência de custódia isso pode ser evitado, já que os maus profissionais poderão ser punidos.

Segundo Paiva:

A principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade (PAIVA, 2015, p. 35).

Ademais, uma outra importante finalidade da audiência de custódia é evitar prisões ilegais, desnecessárias e arbitrárias, já que o número de presos provisórios só aumentou e conseqüentemente superlotou o sistema penitenciário. Então, se for possível deixar de prender uma pessoa desnecessariamente é bom para o Estado, que irá deixar de ter gastos, assim como para o preso, família e sociedade em geral.

Nesse sentido, Pereira afirma:

Cumpra-se acentuar que o controle substancial da prisão do indivíduo que se opera por sua apresentação “pessoal” ao juiz competente, por parte de quem realizou tal prisão, tem por propósito não apenas permitir ao juiz a fiscalização da observância dos direitos formais do segregado, relativos ao procedimento penal em seus aspectos formais (análise dos seus pressupostos da prisão cautelar, competência da autoridade que efetuou a prisão etc.), mas principalmente a fiscalização dos direitos materiais do segregado, tais como a sua integridade física e psíquica. Outrossim, a previsão convencional é atualmente interpretada na perspectiva do sistema de proteção contra as hipóteses de “desaparecimento forçado”, ainda muito presentes no âmbito da América Latina (PEREIRA, 2013).

A ideia é só prender quem realmente necessite dessa medida, são os casos de crimes extremamente cruéis que mereçam uma resposta penal como o encarceramento. A prisão cautelar, em especial, a prisão preventiva deverá ser executada como sendo a última medida, já que a regra é a liberdade.

A audiência de custódia surge, portanto, em resposta a observância de que existem muitas pessoas presas que cometeram crimes sem violência, que não possuem antecedentes e estão dentro do sistema prisional há muito tempo aprendendo a ser marginais, já que é cediço que o cárcere não é a melhor maneira de ressocialização.

4.2. As características da audiência de custódia

A CADH apresenta algumas expressões que merecem ser explicadas no presente trabalho pela relevância do tema, bem como para que seja alcançado o seu real conteúdo normativo.

A CADH utiliza a expressão “sem demora” para se referir ao aspecto temporal entre a prisão em flagrante do preso e a sua condução até o magistrado, isto é, por se tratar de cerceamento da liberdade de uma pessoa, esta deve ser conduzida de imediato.

Há um consenso na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no sentido de que a definição do que se entende por “sem demora” deverá ser objeto de interpretação conforme as características de cada caso concreto.

Nesse sentido:

A corte IDH já reconheceu a violação do direito à audiência de custódia pela ofensa à celeridade exigida pela CADH em casos de condução do preso à presença do Juiz 1) quase uma semana após a prisão; 2) quase cinco dias após a prisão; 3) aproximadamente trinta e seis dias após a prisão; 4) quatro dias após a prisão, entre outros precedentes nos quais restou potencializada a expressão “sem demora” para garantir um controle judicial imediato acerca da prisão (LOPES; PAIVA, 2015).

Assim, a expressão segundo a qual toda pessoa presa ou detida deve ser apresentada de imediato perante um magistrado não deixa dúvida quanto o dever dos Estados-parte das normas de direitos humanos de apresentação pessoal do preso, o que não se pode resumir a apresentação apenas de documentos, muitas vezes forjados pela própria autoridade policial (PEREIRA, 2013).

Contudo, o que tem gerado grande polêmica é quem seria essa autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, já que segundo Sannini Neto e Cabette, os Delegados de Polícia seriam competentes para fazer essa audiência de custódia, já que é responsável pela análise da legalidade da prisão e pela observância de todos os direitos fundamentais do preso. Posteriormente, em um segundo momento, o juiz fará uma análise sobre esses aspectos e verificará a necessidade da prisão (SANNINI NETO; CABETTE, 2015).

O supracitado autor, ainda afirma que a figura do Juiz na audiência de custódia seria desnecessária, em razão de que a autoridade policial poderia executar o seu papel, fato que seria permitido pelo Pacto de São José da Costa Rica. Não tendo o Poder Judiciário condições estruturais para implementar essa medida, em razão de o Judiciário não contar com um grande número de magistrados.

No entanto, para Paiva (2015) não existe qualquer possibilidade de se conferir aos delegados a atribuição de presidir audiências de custódia, pois a audiência de custódia surge num contexto de controle judicial da prisão, que tem poderes para: relaxar uma prisão ilegal;

conceder liberdade provisória; converter em preventiva e acabar com eventual maus tratos e tortura em desfavor do preso, ou seja, apenas o juiz tem o poder de prolatar uma decisão.

Neste sentido, Paiva (2015) ainda afirma que a “autoridade policial, assim como o Ministério Público, não dispõe de nenhum desses poderes, sendo algo de pequena importância a possibilidade de arbitrar fiança nos casos de crime cuja pena privativa de liberdade máxima não supere quatro anos, o que definitivamente não faz do delegado uma autoridade judicial”.

Sabe-se que aqui no Brasil, o preso deve ser apresentado ao Juiz de Direito competente, não havendo outra autoridade diferente dessa detentora de independência, imparcialidade e poder para fazer cessar qualquer tipo de atos ilegais.

4.3. O projeto de Lei do Senado nº 554/2011

Foi apresentado no Senado Federal Brasileiro o projeto de lei nº 554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, nos seguintes termos:

Ementa: Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

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

A finalidade do PLS 554/2011 é alterar o artigo 306 do CPP visando a regulamentação da audiência de custódia no Brasil. No entanto, foi emendado quando estava em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH) pelo Senador João Capiberibe, o qual, depois de aprovado por votação unânime, alterou o projeto de origem, passando a ter uma normativa completa sobre a audiência de custódia, nos seguintes termos:

Art. 306... §1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no artigo 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. §2º A oitiva a que se refere o §1º 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. §3º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. §4º 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 §2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o artigo 310 deste Código.

Fazendo uma análise do presente projeto, observa-se que o procedimento é o que acontece nas audiências de custódia atualmente. Valendo salientar que essa oitiva do preso não poderá ser utilizada como meio de prova e sua apresentação em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão.

Todavia, o PLS 554/2011 foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) no ano de 2013, chegando na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), tendo no ano de 2014 recebido uma emenda substitutiva de autoria do Senador Francisco Dornelles que visa alterar a versão original do PLS para acrescentar que a audiência de custódia também poderá ser feita por videoconferência (LOPES, 2015).

O autor dessa emenda, justifica que “a apresentação através do sistema de videoconferência possibilita que o juiz tenha contato direto com o preso, sem que este tenha que ser deslocado até as dependências do Poder Judiciário, visualizando-o em tempo real”. Afirmando, ainda, que diminuiria a circulação de presos nas ruas, pois o deslocamento dos presos coloca em risco à segurança pública e à segurança institucional” (PAIVA, 2015).

Entretanto, a realização de audiência de custódia mediante videoconferência reduz o impacto humanitário da medida, adiando o cumprimento da CADH. Para Lopes (2015), “o contato pessoal do preso com o juiz é um ato de maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado”.

Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU afirma:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

Portanto, a presença física do preso perante a autoridade judiciária se mostra necessária, já que o magistrado tem a possibilidade de avaliar o caráter, a índole, de forma a alcançar a compreensão da personalidade do custodiado, tendo essa emenda alvo de rejeição pelo Senador Humberto Costa e também pelos advogados.

Atualmente, a tramitação do PLS 554/2011 encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, cujo relator é o Senador Humberto Costa. Apesar de estar em conformidade com a CADH, o PLS 554/2011 necessita de aprovação urgente, porém diante da omissão do Poder Legislativo, os Estados da federação brasileira implementaram a audiência de custódia.

4.4. Audiência de custódia segundo projeto do CNJ:

A audiência de custódia não é uma invenção do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tendo em vista que a audiência de custódia está prevista nos tratados internacionais, o qual o Brasil é signatário desde 1992. No entanto, pode-se afirmar que o assunto somente se tornou uma pauta nacional do Poder Judiciário após o incentivo vindo do CNJ com o Projeto Audiência de Custódia.

O projeto Audiência de Custódia, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem por finalidade apresentar aos magistrados os presos em flagrante, no prazo de 24 horas, para que essa autoridade judiciária analise a validade da prisão e se há a necessidade concreta da mesma. Por meio dessa análise o juiz decidirá se a prisão deve ser mantida, substituída por liberdade provisória ou, ainda, por medida cautelar.

O presente projeto, segundo histórico do site do CNJ, foi lançado no dia seis de fevereiro do corrente ano no Estado de São Paulo, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo o Presidente Ricardo Lewandowski anunciado, na época, a intenção de levar o projeto para outras capitais.

Atualmente a audiência de custódia foi implantada em todos os Estados da federação brasileira, sendo o último a implementar o Distrito Federal em outubro do corrente ano.

O projeto objetiva assegurar a célere apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas, sendo esse o primeiro acordo de cooperação técnica.

O segundo acordo, segundo o CNJ, pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas

protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação.

O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas, conforme estabelecido no projeto do CNJ. Todavia, o terceiro acordo objetiva elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica.

4.5. Resolução nº 380/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Em agosto do corrente ano, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) regulamentou a audiência de custódia através da resolução nº 380/2015, que segue em anexo ao presente trabalho. Tendo instituído no âmbito da Comarca da Capital do Estado de Pernambuco o serviço de plantão de flagrantes.

Todavia, o provimento do TJPE foi muito bem elaborado, disciplinando corretamente que serão proibidas perguntas que antecipem a instrução de eventual processo de conhecimento, uma vez que, ao entrevistar o autuado, o Juízo fará de forma concisa e objetiva indagando-o sobre a sua qualificação, condições pessoais, tais como, estado civil, nível de escolaridade, profissão ou meio de vida, fontes de renda, local de residência e trabalho, e ainda, sobre as circunstâncias objetivas de sua prisão.

O provimento do TJPE acerta, ainda, na previsão do prazo de 24 (vinte e quatro horas) para a apresentação do preso em juízo, o que potencializa a necessidade de que o ato ocorra “sem demora”.

Por conseguinte, considerando que a Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco vem desenvolvendo inúmeros projetos objetivando a reestruturação da força de trabalho na primeira instância, em prol de melhoria da prestação jurisdicional, declarou instalado, através da instrução normativa nº 7/2015, o Serviço de Plantão de Flagrantes, instituído por meio de Resolução TJPE nº 380, de 10 de agosto de 2015 (DJe de 12/08/2015).

Portanto, resolveu:

Art. 1º DECLARAR INSTALADO, no âmbito da Comarca da Capital do Estado de Pernambuco, o Serviço de Plantão de Flagrantes, instituído por meio da Resolução TJPE nº 380, de 10 de agosto de 2015 (DJe de 12/08/2015).

Art. 2º DEFINIR que o funcionamento do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital terá início no dia 17 de agosto de 2015, no horário ininterrupto das 09 às 19 horas.

§1º O Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital funcionará diariamente, inclusive nos finais de semana, feriados e recessos, nas instalações destinadas aos plantões judiciários do Fórum Rodolfo Aureliano.

§2º Nos finais de semana, feriados e recessos o horário de funcionamento será o fixado para os plantões judiciários.

Art. 3º ESTABELECEM que serão designados pelo menos dois Juízes, por dia, para responderem pelo Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital, nos dias úteis, nos termos do disposto na Resolução TJPE nº 380, de 10 de agosto de 2015 (DJe de 12/08/2015).

Art. 4º DETERMINAR à Secretaria de Tecnologia de Informação e Comunicação deste Tribunal (Setic) que adote as providências necessárias no sentido de adequar os Sistemas Judwin 1º Grau correlatos, tais como Sistema Consulta Processual, Sistema Juedital, dentre outros, a fim de garantir o funcionamento do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital.

Art. 5º DISPOR que a Secretaria de Gestão de Pessoas deste Tribunal (SGP) adote as providências necessárias no sentido de lotar servidores, de acordo com a necessidade, a fim de garantir o funcionamento do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital.

Art. 6º DELIBERAR que a Diretoria do Foro da Capital e a Assistência Policial Militar e Civil do Tribunal de Justiça adotem as providências necessárias, no âmbito de suas competências, a fim de garantir o funcionamento do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital.

Art. 7º Esta instrução normativa entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Publique-se e cumpra-se.

Sendo assim, o Serviço de Plantão de Flagrante do TJPE funciona no Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano, nesta capital, no horário das 09h até às 19h, contando com a colaboração de cinco servidores, dois Juízes diariamente, um Promotor de Justiça e um advogado constituído pelo autuado em flagrante ou, não havendo, um Defensor Público.

A audiência de custódia funciona da seguinte maneira: quando o autuado é preso em flagrante delito, este é conduzido até a central de flagrantes da polícia civil estadual, sendo ouvido pela autoridade policial, após a lavratura do auto de prisão, o acusado juntamente com o auto é levado para essa Central do TJPE, sendo entrevistado pelo magistrado que se encontra de plantão.

A audiência de custódia é gravada e tem a duração de no mínimo cinco minutos. O Juiz inicia entrevistando o preso, perguntando o seu nome, filiação, data de nascimento, profissão, ocupação, endereço, se já foi preso anteriormente e os motivos que o levaram a praticar o delito imputado. Em seguida é dada a palavra ao Ministério Público e logo após, ao advogado do imputado ou ao Defensor Público.

Antes mesmo de iniciar a audiência de custódia, é dada a oportunidade de o autuado ter uma conversa com a Defesa constituída pelo autuado ou, não tendo, o Defensor Público em uma sala reservada.

O Juiz depois de ouvido o *Parquet* e a Defesa decide se vai relaxar a prisão, por ser ilegal, se vai conceder liberdade provisória mediante termo de compromisso ou se vai

conceder medidas diversas da prisão. Caso, o magistrado conceda a liberdade provisória, o autuado é posto em liberdade imediatamente.

O magistrado decidindo pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, de pronto será expedido o mandado de prisão e o acusado será conduzido para uma unidade prisional para aguardar o julgamento.

O TJPE estabeleceu internamente que os autuados devem ser apresentados até as 16h30min na Central de Flagrantes do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano a fim de que as audiências não sejam prolongadas mais do que o necessário, já que a região onde se localiza o Fórum é violenta.

Durante os feriados e recesso da justiça também funcionará a audiência de custódia, que será feita pelo Juiz plantonista criminal, diferente do Estado de São Paulo cujo provimento determinou que durante os finais de semana e recesso forense não funcionará. Entretanto, da mesma forma que os dias úteis, os presos devem ser apresentados até as 16h30min para que os auxiliares da justiça não venham a sair muito tarde da região forense.

A primeira audiência de custódia na capital pernambucana aconteceu no dia 14 de agosto pretérito, quando estava presente o Presidente do CNJ, ministro Ricardo Levandowski, o Presidente do Tribunal de Justiça Desembargador Frederico Neves, um Promotor de Justiça e o Defensor Público. A decisão foi pela concessão da liberdade provisória do acusado de tentar furtar bandeja de carne em supermercado.

O Juiz que presidiu a audiência, Luiz Carlos Figueiredo, após entrevistar o autuado preso em flagrante, deu a palavras ao representante do Ministério Público e, em seguida, à Defesa, concedendo a liberdade mediante assinatura de termo de compromisso.

Todavia, mesmo com a implantação da audiência de custódia, o Estado de Pernambuco tem concedido poucas liberdades provisórias, uma vez que em consulta ao relatório do CNJ, cerca de apenas 35 % dos autuados em flagrante delito receberam o benefício da liberdade provisória e cerca de 65% dos presos tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva.

A maioria dessas pessoas presas que não receberam a concessão da liberdade provisória, foi em razão de possuírem outros antecedentes criminais, de serem reincidentes específicos ou por terem cometido delitos graves como homicídios, latrocínios e tráfico de drogas.

Em comparação a outros Estados, a Comarca da Capital Pernambucana é uma das que menos concede o benefício da concessão da liberdade, pelos motivos já expostos. Mesmo

assim, muitos indivíduos que cometeram delitos deixaram de passar meses ou até anos desnecessariamente dentro de uma prisão.

4.6 Resultados da implantação da audiência de custódia nos Estados brasileiros

Fazendo uma análise dos resultados da audiência de custódia nos Estados de Pernambuco, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Maranhã, Alagoas e Ceará, observa-se o seguinte:

No Estado de Pernambuco, especificamente, na capital, aconteceram 570 audiências de custódia entre o dia 14/08/2015 e 14/10/2015, sendo concedidas 212 liberdades provisórias, ou seja 37,19% dos presos foram colocados em liberdade. Em contrapartida foram decretadas 358 prisões preventivas, isto é 62,81% dos presos vão permanecer no cárcere.

Já no Estado de São Paulo, entre os dias 24 de fevereiro ao dia 13 de outubro do corrente ano, aconteceram 10.316 audiências de custódia, dos quais 4.521 foram postos em liberdade, perfazendo 43,83%, e 5795 decretos de prisão preventiva. E 910 autuados alegaram que sofreram violência no ato da prisão.

No Estado da Bahia, no período compreendido entre do dia 28/08/2015 ao dia 13/10/2015 aconteceram 436 audiências de custódia, dos quais 68,12% (297) presos receberam o benefício da liberdade provisória, enquanto 31,88% (139) tiveram a prisão decretada. Um número bastante significativo.

Brasília, capital do Distrito Federal, foi um dos últimos a implementar a audiência de custódia, mas o número de concessão de liberdade provisória é significativo, uma vez que no período entre o dia 14/10/2015 ao dia 31/10/2015 aconteceram 550 audiências de custódia, das quais 57,64%, ou seja, 317 presos tiveram direito a responder ao delito imputado em liberdade, vez que receberam o benefício da liberdade provisória. Enquanto 42,36% (233) tiveram o decreto de prisão preventiva.

Em nosso Estado vizinho, a Paraíba, aconteceram 412 audiências no período compreendido entre os dias 14/08/2015 ao dia 14/10/2015. Sendo concedidas 48,3% (199) concessões de liberdades provisórias e 51,7% (213) decretos de prisão preventiva.

No Rio Grande do Sul, entre 30/07/2015 a 13/10/2015 aconteceram 1.674 audiências de custódia e, apenas, 31,9% (534) dos presos receberam o benefício da liberdade provisória, enquanto 68,1% (1140) tiveram a prisão decretada.

Em Santa Catarina, no período entre 01/09/2015 a 13/10/2015 foram realizadas 115 audiências de custódia, e cerca de 60,8% (70) presos tiveram a concessão da liberdade provisória. E 39,13% (45) presos tiveram a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Desses 31 alegaram que sofreram violência no ato da prisão, perfazendo o percentual de 27%.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho é fruto do interesse pelas disciplinas de Direito penal e processo penal, principalmente no que se refere a problemática da superlotação no sistema prisional. Importante salientar que os presos provisórios constituem a maior parte dos encarcerados nas prisões brasileiras.

A presente monografia teve como objetivo analisar a importância da audiência de custódia como redutora das prisões arbitrárias e ilegais, respondendo se a sua implementação seria uma alternativa para desafogar o sistema prisional.

Vimos no presente estudo que o aumento populacional dentro do sistema prisional brasileiro é preocupante e, ainda não cumpre com seu caráter ressocializador, tendo em vista que a grande maioria dos encarcerados voltam a cometer novos delitos, até mesmo dentro do próprio estabelecimento onde se encontram custodiados, tornando-se, em muitos casos, reincidentes.

Por outro lado, a superlotação do sistema penitenciário expõe a risco o autuado, contra quem se imputa a prática de delito muitas vezes não violento, de média gravidade, além de desnecessário custo e com claro comprometimento da responsabilidade do Estado, que não tem condições de assegurar, de forma devida, a integridade física dos encarcerados.

Além do mais, o Estado vivencia séria crise na administração do sistema prisional, com sérios riscos e gravíssimas consequências para os detentos recolhidos provisoriamente.

O Estado precisa tomar medidas urgentes para que o caos dentro dos estabelecimentos prisionais não se agrave. Demais disso, as rebeliões e os atos de violência necessitam ser combatidos, assim como os atos de maus-tratos e tortura quando da prisão em flagrante de um autuado.

No presente estudo, abordamos sobre os tratados internacionais o qual o Brasil é signatário desde o ano de 1992, mas que não era posto em prática, em razão de não haver lei regulamentando. Embora, o artigo 7.5 da CADH estabeleça que qualquer pessoa presa deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou autoridade autorizada a exercer atividades judiciais, somente agora a audiência de custódia veio ser implementada no Brasil, incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça, enquanto, o Projeto de Lei nº 554/2011 em tramitação no Senado Federal seja aprovado.

Contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como foi abordado no presente estudo, foi de que os tratados internacionais tem status de norma supralegal, sendo a

CADH norma jurídica no Brasil hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou complementar, somente estando abaixo da constituição.

Esse entendimento do STF só veio corroborar ainda mais para a implementação da audiência de custódia, através de provimentos e resoluções internas dos Tribunais de Justiça Estaduais brasileiros.

Dessa forma, é inegável a importância da audiência de custódia como uma alternativa para desafogar o sistema prisional além de minimizar as prisões ilegais, tendo em vista que o presente estudo trouxe resultados positivos em relação a implementação da audiência de custódia no país, confirmando-se assim a hipótese pesquisada.

No Estado de Pernambuco, por exemplo, cerca de 37,19% dos presos, segundo dados do CNJ e do TJPE, deixaram de ir para o cárcere, durante as audiências de custódia. Nestes casos os juízes entenderam que aqueles presos provisórios não necessitariam ficar em um presídio e tiveram a oportunidade de responder ao processo em liberdade.

Em outros Estados da federação brasileira, a exemplo de São Paulo, que segundo dados do INFOPEN tem a maior população carcerária do Brasil, cerca de 43,83% dos presos deixaram de serem submetidos ao sistema prisional, de passar pela privação de sua liberdade. Um número bastante positivo, pois quase metade dos presos em flagrantes deixaram de ficar custodiado.

Após revisão da bibliografia e análise de alguns dados do CNJ e de diversos tribunais estaduais, temos que a hipótese lançada no início deste trabalho foi confirmada, na qual a audiência de custódia pode ser uma alternativa viável para desafogar a superlotação dentro do sistema prisional, e que a mesma reveste-se de um caráter mais humanitário respeitando o princípio constitucional fundamental que é o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer. Bastidores do Sistema de Punição Seletiva**. 3. ed. rev. e atual. Niteroi/RJ: Impetus, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EdiPro. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus N.º. 26120 SP**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 01/10/2009, Segunda Turma, publicado em 15/10/2009. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=RHC+26120+SP> acesso em 12/11/2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário N.º. 349703- RS**. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 25/03/2015, Tribunal Pleno, publicado em 30/03/2015. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178773724/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-adi-5240-df-distrito-federal-8621360-8620151000000>. acesso em 12/11/2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 5240- DF**. Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 03/12/2008, Tribunal Pleno, publicado em 05/06/2009. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs> acesso em 12/11/2015.
- CANINEU, Maria Laura. **O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional**. 2014. Disponível em: <<http://linkis.com/www.hrw.org/pt/news/BDfcG>>. Acesso em: 02 nov. 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: lumenjuris, 2009.
- COSTA, Thiago. **Audiência de custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?** 2015. Disponível em: <[http:// thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avaanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio](http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avaanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio)>. Acesso em 02 nov. 2015.
- CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – **Sistema carcerário, Execução penal e Medidas socioeducativas – audiência de custódia – histórico**, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 17 nov. 2015.
- DARLAN, Siro. **Audiência de custódia, um direito a ser respeitado**. 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2015/02/27/audiencia-de-custodia-um-direito-a-ser-respeitado>>. Acesso em: 08 nov. 2015.
- FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HIRATA, Felipe Akio de Souza. **Um completo conceito de prisão. Englobando o estado de emergência.** 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31788/um-completo-conceito-de-prisao#ixzz3cI1zxs9a>>. Acesso em 07 jun. 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** v. 1. 2. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

_____. **Manual de processo penal.** 3. ed. Niteroi/RJ: Impetus, 2015.

LIMA, Raquel. **Nota do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania posicionando-se a respeito da matéria publicada no site Consultor Jurídico por Sérgio Rodas.** Disponível em: <<http://ittc.org.br/nota-defensoria-so-pode-ajuizar-acao-coletiva-em-nome-de-hipossuficientes-diz-juiz.html>>. Acesso em: 8 ago. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades.** n. 17, setembro/dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209>. Acesso em: 2 maio. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? Parte 2.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? Parte 3.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Direito Processual Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras.** Pernambuco: Nossa livraria, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Prisão e Liberdade.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Assegurar direito à apresentação ao juiz é dever do Estado.** 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-15/ruitemberg-nunes-assegurar-direito-apresentacao-juiz-dever-estado>>. Acesso em 10 nov. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Audiência de custódia:** sugestões à proposta. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35852>>. Acesso em 02 nov. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. 2013. Disponível em: <www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em 29 mar. 2015.

ANEXOS

Resolução do Tribunal de Justiça – TJ nº 380/2015

CONSIDERANDO que, nos moldes do disposto no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente; CONSIDERANDO que, segundo o disposto no §2º do art. 5º da Constituição da República, os direitos e garantias expressos na Carta Magna 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; CONSIDERANDO as regras insculpidas no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 06 de novembro de 1992, bem como no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto Presidencial n. 592, de 06 de julho de 1992, segundo as quais toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença de um Juiz; CONSIDERANDO que, em conformidade com o disposto no art. 37 da Constituição da República, a Administração Pública, Direta e Indireta, de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deve se nortear pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; CONSIDERANDO o “Projeto Nacional das Audiências de Custódia”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, implantado em inúmeros Estados da Federação, com vistas a viabilizar a realização de audiência logo após a prisão, para fins de concretização de mecanismo mais efetivo de controle da legalidade e necessidade da prisão; CONSIDERANDO que a iniciativa ainda se apresenta como alternativa que pode contribuir para a gestão da grave questão carcerária do país, verificada também em Pernambuco; CONSIDERANDO que, sem embargo de proporcionar a imediata liberação da pessoa detida em flagrante delito que tem o direito de responder ao processo em liberdade, a implementação do “Projeto Nacional das Audiências de Custódia”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, não põe em risco a eficiência da resposta penal no combate à violência; CONSIDERANDO as conclusões apresentadas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria TJPE 11, de 17 de março de 2015, de 17 de março de 2015 (DJE 18.03.2015); CONSIDERANDO, finalmente, que a Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco vem desenvolvendo inúmeros projetos objetivando a reestruturação da força de trabalho na primeira instância, em prol da melhoria da prestação jurisdicional

E o Tribunal de Justiça de Pernambuco resolveu, portanto, regulamentar da seguinte forma a realização da audiência de custódia:

Art. 1º Instituir, no âmbito da Comarca da Capital do Estado de Pernambuco, o Serviço de Plantão de Flagrantes, com competência exclusiva para:

I - realizar audiências de custódia para entrevistas das pessoas presas em flagrante delito, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas da prisão;

II - analisar os autos de prisão em flagrante lavrados na Comarca do Recife, em conformidade com o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal, e decidir quanto: a) ao relaxamento da prisão, na hipótese de se tratar de prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); b) à concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); c) à substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal); d) à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial), quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

III – decidir acerca de pedidos de relaxamento de prisão em flagrante e/ou concessão de liberdade provisória a pessoa presa em flagrante enquanto não realizada a audiência de custódia ou, ainda que já realizada, enquanto não distribuído o auto de prisão em flagrante ao juízo competente, nos termos do artigo 4º da presente Resolução.

§1º A competência do juízo do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital encerra-se com a distribuição do auto de prisão em flagrante ao juízo competente, nos termos do artigo 4º da presente Resolução.

§2º As audiências de custódia referidas no inciso I deste artigo serão realizadas nos termos das recomendações do Conselho Nacional de Justiça, em consonância com a realidade local.

Art. 2º O Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital funcionará diariamente, inclusive nos finais de semana, feriados e recessos, em horário a ser fixado em Instrução Normativa da Presidência do Tribunal de Justiça.

Art. 3ª A realização das audiências de custódia, a análise dos autos de prisão em flagrante e a decisão quanto às medidas previstas nos arts. 310 e 319 do Código de Processo Penal, no Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital, a Presidência do Tribunal de Justiça designará Juízes, preferencialmente dentre os Juízes de Direito Substitutos e Titulares das Varas Criminais da Capital ou da Região Metropolitana, os quais atuarão em regime de acumulação e em sistema de escala de rodízio.

§1º Haverá, no mínimo, um Juiz designado para cada dia, sem prejuízo do funcionamento regular da respectiva unidade judiciária.

§2º A coordenação administrativa do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital será exercida por um dos juízes designados, conforme deliberação da Presidência do Tribunal de Justiça.

§3º Nos finais de semana, feriados ou recessos, o Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital competirá aos Juízes Plantonistas da área criminal da Capital, que atuarão sem prejuízo da competência regular do plantão judiciário prevista na Resolução CNJ 71/2009 e na Resolução TJPE 267/2009.

Art. 4º Na Comarca da Capital, os autos de prisão em flagrante delito e as folhas de antecedentes criminais que os acompanhem, tão logo recebidos da Autoridade Policial, sejam imediatamente autuados e remetidos ao Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital e, após a realização da audiência de custódia e decisão judicial quanto às medidas previstas nos arts. 310 e 319 do Código de Processo Penal, sejam distribuídos ao Juízo competente. Parágrafo único. Os autos de prisão em flagrante delito e as folhas de antecedentes criminais que os acompanhem que sejam encaminhados ao Poder Judiciário da Comarca da Capital pela Autoridade Policial durante o período de plantão dos finais de semana, feriados ou recessos serão recebidos mediante protocolo que consigne a data e hora da entrada e o nome do recebedor, e serão impreterivelmente remetidos à distribuição no início do expediente do primeiro dia útil imediato ao do encerramento do plantão.

Art. 5º Será assegurada ao autuado, antes da audiência de custódia, entrevista prévia e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o Juiz competente entrevistará o autuado, ouvirá o Ministério Público e o Advogado constituído ou Defensor Público, e, em seguida, decidirá, fundamentadamente, nos termos do art. 310 e 319 do Código de Processo Penal.

§1º Ao entrevistar o autuado, o Juízo fará de forma concisa e objetiva, indagando-o sobre a sua qualificação, condições pessoais, tais como, estado civil, nível de escolaridade, profissão ou meio de vida, fontes de renda, local de residência e trabalho, e ainda, sobre as circunstâncias objetivas de sua prisão.

§2º A audiência de custódia poderá ser gravada em mídia adequada, lavrando-se termo sucinto que contere o inteiro teor da decisão proferida pelo Juiz.

§3º O termo da audiência, instruído, se for o caso, com a mídia, será anexado ao auto de prisão em flagrante delito, cabendo à Secretaria do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital providenciar a sua imediata remessa à Distribuição, fazendo o registro respectivo.

§4º O mandado de prisão ou alvará decorrente da decisão exarada pelo Juiz na audiência de custódia será expedido e lançado no Judwin pela Secretaria do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital, salvo quando a audiência for realizada em

plantão de finais de semana, feriados ou recessos, hipótese em que o lançamento no Judwin será feito no primeiro dia útil subsequente pelo Juízo para o qual for o auto de prisão em flagrante distribuído.

Art. 7º O Juiz, diante das informações colhidas na audiência de custódia, poderá encaminhar o autuado para a realização de exame de corpo de delito quando vislumbrar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, devendo praticar os atos necessários à apuração do fato.

Art. 8º A Presidência designará servidores para atuar exclusivamente na Secretaria do Serviço de Plantão de Flagrantes da Capital, os quais deverão praticar todos os atos necessários à realização da audiência de custódia, tais como, registro, documentação e encaminhamentos, além de outros determinados pela autoridade judiciária competente.

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves Presidente (Resolução unanimemente aprovada na Sessão Ordinária da Corte Especial do dia 10.08.2015).