

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CAMILLA KARINA ANDRADE CUNHA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO PROCESSUAL DE COMBATE AO
ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL**

RECIFE
2018

CAMILLA KARINA ANDRADE CUNHA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO PROCESSUAL DE COMBATE AO
ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL**

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

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

RECIFE
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Cunha, Camilla Karina Andrade.

C972a Audiência de custódia: instrumento processual de combate ao encarceramento em massa no Brasil / Camilla Karina Andrade Cunha. - Recife, 2018.
45 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Audiência de Custódia. 3. Prisão provisória. 4. Redução. I. Siqueira, Leonardo. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-106)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DE DIREITO

CAMILLA KARINA ANDRADE CUNHA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO PROCESSUAL DE COMBATE AO
ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

Defesa Pública em Recife, _____ de junho de 2018

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

1º Examinador:

2º Examinador:

Dedico este trabalho a Deus, meu Pai e Senhor

À minha mãe (*in memoriam*)

Aos meus pais

À toda minha família

Ao meu namorado

Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus, que sempre esteve tão presente na minha vida em todos os mínimos detalhes, Ele que me ensinou a enxergar o lado positivo de todas as experiências vividas, além de me ajudar a extrair grandes lições nas situações das quais julguei negativas. Meu Pai, meu grande amigo e meu Senhor.

Aos meus pais que me proporcionaram concluir o curso de Direito em uma faculdade de tão grande prestígio.

Ao meu namorado, Gabriel Novaes, que sempre foi muito compreensivo e motivador.

Ao meu orientador, Leonardo Siqueira, por ter sido tão disponível e solícito. Agradeço pela indispensável ajuda e contribuição ao meu trabalho científico.

Aos meus amigos, Ariclenes Barbosa e Antônio Gadelha, por todo o auxílio prestado na revisão do meu trabalho.

Por fim, agradeço a todos que indiretamente ou diretamente fizeram parte da minha pesquisa científica.

“Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo.”

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

O presente trabalho cuida de analisar o instituto da Audiência de Custódia, regulamentada no país pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil desde 1992, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, como instrumento processual de enfrentamento ao encarceramento em massa existente no país, dando enfoque a redução das prisões provisórias. O tema se faz relevante em virtude de o Brasil ter uma das maiores populações carcerárias do mundo, e de uma grande parte dela ser constituída por presos que ainda não tiveram condenação transitada em julgado. Nessa esteira, a apresentação do preso ao magistrado após o flagrante, proporciona ao autuado ter a legalidade da prisão analisada de pronto. Por isso, esse trabalho cuida de explanar o conceito, a origem, previsão no ordenamento brasileiro e sua instrumentalidade. A metodologia adotada para pesquisa é hipotética dedutiva, que terá como escopo a formação de uma abordagem geral sobre tema até uma abordagem mais específica trazendo ao contexto do país. Ademais, analisa os dados estatísticos que demonstram os resultados que audiência de custódia vem atingindo no tocante à população carcerária.

Palavras chaves: Audiência de Custódia; Prisão Provisória; Redução.

ABSTRACT

The present paper analyzes the institute of the Custody Hearing, regulated in the country by Resolution No. 213/2015 of the National Council of Justice (CNJ). This institute is provided in international treaties ratified by Brazil since 1992, such as the Pact of San José of Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights of New York, as a procedural instrument to deal with the mass incarceration in the country, focusing on the reduction of provisional prisons. This topic is relevant because Brazil has one of the largest prison populations in the world, and a large part of it is made up of prisoners who have not yet received a final judgment. In this direction, a presentation made under the magistrate after the blatant, at the same time offers the legality of the prison analyzed at once. Therefore, this work takes care of explaining the concept, the origin, foresight in the Brazilian order and its instrumentality. The methodology adopted for research is hypothetical deductive, which will be aimed at the formation of a general approach on the subject to a more specific approach bringing to the context of the country. In addition, it analyzes the statistical data that demonstrate the results that custody hearing has been reaching in relation to the prison population.

Keywords: Custody Hearing; Temporary custody; Reduction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CF Constituição Federal

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CPP Código de Processo Penal

DEPEN Departamento Penitenciário Nacional

IDDD Instituto de Defesa do Direito de Defesa

INFOPEN Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

PSOL Partido Socialismo e Liberdade

MP Ministério Público

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJSP Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PRISÕES CAUTELARES	13
2.1 Temporária	13
2.2 Flagrante.....	15
2.2.1 Tipos de flagrante	16
2.3 Prisão preventiva	20
3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	27
3.1 Origem, conceito e finalidade	27
3.2 Dinâmica procedimental.....	34
4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A DIMINUIÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS PROVISÓRIAS.....	37
4.1 Dados estatísticos.....	38
5. CONCLUSÃO	42
6. REFERÊNCIAS.....	44

1. INTRODUÇÃO

O Ordenamento Jurídico Brasileiro prevê que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada em *ultima ratio*, todavia, o que se observa na realidade é a banalização na aplicação dessa medida. Desta forma, o atual estado de superlotação prisional é composto por um percentual significativo de presos provisórios.

O primeiro encontro entre o juiz e o acusado ocorria após um grande lapso de tempo, o que variava de meses e até anos após a prisão. Logo, esses indivíduos têm seu direito de liberdade diretamente ofendido e cerceado, havendo ainda violação a outras garantias constitucionalmente protegidas. Nessa perspectiva, surge a Audiência de Custódia que se configura como uma ferramenta judicial em que o preso em flagrante, num período de 24 horas, deve ser apresentado ao juiz onde este irá avaliar a legalidade da prisão e a real necessidade de sua manutenção. Ademais, o magistrado poderá averiguar se o autuado em flagrante sofreu violência policial.

A audiência de custódia tem previsão no art. 7º, 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário há 25 anos. Todavia, somente em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça lançou um projeto para assegurar a realização da audiência supramencionada, e, em janeiro do ano consecutivo, entrou em vigência uma resolução que regulamenta a audiência no Poder Judiciário, determinando um prazo de 90 dias, a partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adaptassem ao procedimento. O Supremo Tribunal de Justiça já se posicionou na direção de ratificar a legalidade da sistemática das audiências. Ademais, há um Projeto de Lei nº 554/2011, que normatiza a audiência de custódia no nosso ordenamento, todavia, ainda carece de aprovação da Câmara dos Deputados.

É diante desse cenário, que surge o seguinte problema: A audiência se configura como um importante instrumento processual de combate a superlotação carcerária? A hipótese da presente pesquisa é a eficácia na aplicabilidade do instituto no Brasil, visto que com a apresentação do preso em flagrante de imediato ao juiz, o mesmo poderá decidir de pronto quanto a legalidade da privação da liberdade. Nesse raciocínio, o número de presos provisórios nos estabelecimentos prisionais reduz significativamente, por conseguinte, dar-se-á diminuição da

superlotação carcerária.

A presente monografia é relevante devido à realidade dos estabelecimentos carcerários brasileiros, com um significativo contingente de presos provisórios se comparado ao número de presos com sentença transitada em julgado. E, trazendo, sobretudo, a figura da audiência de custódia que vem ajudando a combater essa realidade, tendo em vista que o juiz decide de pronto quanto a legalidade da preventiva de liberdade.

Esta monografia tem como objetivo geral analisar a maneira pela qual a audiência de custódia opera como instituto processual penal capaz de transformar a realidade do encarceramento em massa no Brasil.

No primeiro objetivo específico versa sobre a análise dos tipos de prisão cautelar presentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro, adentrando sobre especificamente a prisão em flagrante e seus tipos, presentes no Código de Processo Penal e na doutrina. Haja vista que a audiência de custódia decorre da apresentação do indivíduo que foi autuado em flagrante, sem demora, ao magistrado. Também será apresentada a prisão temporária e a prisão preventiva, servindo essas definições como formas para introduzir no trabalho.

No segundo objetivo específico, é feita análise a respeito da audiência de custódia, apontando como forma de bem guiar o trabalho, a sua origem, bem como seu conceito e finalidade dentro de nosso ordenamento, também trazendo à baila a sua dinâmica procedimental.

O terceiro objetivo específico é demonstrar os resultados práticos da audiência de custódia no cenário brasileiro, trazendo, assim dados estatísticos que possam dizer a respeito da eficácia do instituto desde sua implantação no Brasil.

A metodologia adotada para pesquisa é hipotética dedutiva, que terá como escopo a formação de uma abordagem geral sobre tema até uma abordagem mais específica trazendo ao contexto do país. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional, jurisprudência e legislação específica sobre a temática.

No presente trabalho usa-se pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação específica sobre a temática, bem como dados estatísticos a respeito do tema.

O primeiro capítulo aborda as prisões cautelares e a definição dessa prisão dentro do ordenamento jurídico brasileiro no processo penal, adentrando

sobre as prisões, dividindo-se em temporária e a prisão em flagrante, e sobre essa, adentrar nos tipos de flagrantes, bem como, a prisão preventiva.

No segundo capítulo aborda a audiência de custódia, um método utilizado em nosso País, porém, de uma maneira muito mais histórica, abordando seu conceito, sua origem e a finalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo também a sua dinâmica processual de como se é aplicada para fins de diminuir a cultura do encarceramento.

No terceiro capítulo serão analisados dados estatísticos de pesquisas feitas pelo World Prief Prision, Departamento Penitenciário Nacional e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública que demonstrarão quais foram os resultados alcançados desde a implantação da audiência de custódia no judiciário brasileiro.

2. PRISÕES CAUTELARES

A prisão cautelar é aquela que ocorre antes de transitar em julgado a sentença condenatória com o escopo de garantir que o transcorrer da investigação ou do processo criminal se dê de maneira a garantir sua instrumentalidade, bem como, de assegurar que o suposto sujeito ativo não venha a violar novos tipos penais. Desta feita, não possui o condão de punir o agente delituoso.

Conforme Rangel “A prisão cautelar não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade”¹.

Cumprе esclarecer que a necessidade e adequabilidade, na investigação ou no processo, são requisitos indispensáveis para a decretação da prisão cautelar. Nessa perspectiva, não havendo o preenchimento dessas condições, não é adequado o uso da prisão cautelar.

O sujeito ativo do delito só poderá ser encarcerado antes do trânsito em julgado nas seguintes circunstâncias: prisão preventiva, prisão temporária e flagrante delito. Todavia, o mesmo só permanecerá preso na prisão preventiva e na prisão temporária.

Destarte, faz-se necessário a explanação dos três tipos de prisão cautelar supramencionados para melhor entendimento desses institutos.

2.1 Temporária

A prisão temporária possui previsão normativa na Lei nº 7.960/89 e é destinada à proteção das investigações criminais. Logo, não há que se falar em prisão temporária quando a ação penal já estiver em curso.

Conforme leciona Pacelli, a prisão temporária não poderá ser decretada *ex officio*, tendo em vista que a referida prisão possui o condão de garantir a instrumentalidade da fase investigatória, a Constituição Federal de 1988 acolheu o sistema acusatória em matéria de Processo Penal onde o magistrado não desempenha o papel acusatório ou investigativo².

Nessa perspectiva, a prisão temporária deverá ser pleiteada pelo *parquet* ou pela autoridade policial, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 7.960/89 “em face da

¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 740.

² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público”.

Cumprе destacar que quando a prisão for requerida pela Autoridade Policial, o juiz, antes de decidir quanto a prisão temporária, deverá ouvir o MP.

Outro aspecto de suma importância é que a prisão temporária possui prazo de cinco dias, só havendo possibilidade de prorrogação por prazo igual se comprovada real necessidade. Ademais, só poderá ser prorrogada por uma única vez, findo o qual o aprisionado deverá ser posto em liberdade provisória, exceto se já fora decretada a prisão preventiva. Nos crimes hediondos, o prazo é de trinta dias prorrogável por igual período desde que comprovada a real necessidade, em consonância ao art. 2º, §4 da Lei nº 8072/90.

No tocante ao cabimento da prisão provisória esta deverá contemplar os requisitos dispostos nos incisos I, II e III do art. 1º, visando a garantia da segurança jurídica:

- I – Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elemento necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- II- Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na lei penal, de acordo com a autoria ou participação do indiciado nos crimes, como homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

À vista disso, surge uma indagação: a prisão temporária deverá ser decretada com base em apenas um ou dois incisos, ou deve haver a incidência cumulativa da totalidade dos incisos?

De acordo com Pacelli “devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I³”.

Portanto, conclui-se que só poderá ser decretada a prisão temporária quando presentes as situações contempladas nos incisos III e I. Haja vista que a hipótese do inciso II já se encontra inserida na aplicação do inciso I, ou seja, pode haver a prisão temporária com a aplicação cumulativa dos três incisos ou com apenas a combinação dos incisos I e II.

³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 547

2.2 Flagrante

A princípio, far-se-á importante conceituar o que vem a ser flagrante. O termo origina-se do latim *flagare* que significa arder, queimar. Portanto, no sentido jurídico, refere-se a uma infração que está sendo cometida ou acabou de ser. De acordo com Nucci, a prisão em flagrante se configura como uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, que se efetua no momento em que o acusado é pego realizando ato executório do tipo penal ou quando finaliza este⁴.

Conquanto, a maioria da doutrina considera a prisão em flagrante modalidade de prisão cautelar, com o advento da Lei nº 12.403/11 (versa sobre prisões), uma parte da doutrina começou a defender que a modalidade é pré cautelar. Haja vista que outrora o sujeito infrator permanecia em prisão em flagrante, e com o surgimento do novo diploma legal o julgador deverá reverter a prisão em preventiva, relaxar ou aplicar outra medida cautelar diversa, de acordo com os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Cumprе esclarecer que a prisão em flagrante tem natureza constitucional. Nessa esteira, encontra previsão no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, que assim dispõe “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Tendo em conta que a pena privativa de liberdade se configura como uma exceção, a prisão em flagrante se explica por ter como condão o reestabelecimento da ordem jurídica transgredida pelo praticante do tipo penal. Nas palavras de Rangel “sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social).”⁵

Nessa perspectiva, a prisão em flagrante não pretende decidir o processo, ou seja, punir o autuado. Mas, isolar temporariamente este da sociedade, com a finalidade diretamente protetiva.

Como em toda medida cautelar, devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Logo, de acordo com Demercian e Assaf Maluly, a fumaça do bom direito estaria presente na medida em que a flagrância do delito se configura como manifestação inequívoca de suficientes indícios de autoria e a prova de

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 748.

existência do delito. Por outro lado, o perigo da demora guia-se por iguais razões à decretação da prisão preventiva, dispostas no art. 312 do CPP, sejam elas: 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 autoria⁶.

Nesse sentido, o CPP determina em seu art. 301, que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. ”

Percebe-se que o dispositivo fez questão de apontar a faculdade do indivíduo em efetuar a prisão em flagrante, enquanto que o agente policial possui o dever legal.

Como dito outrora, se estiverem presentes os motivos que ensejam a manutenção do encarceramento do acusado, a prisão em flagrante deverá ser convertida em prisão preventiva. Em outras palavras, ninguém permanecerá preso em flagrante. A conversão da prisão em flagrante ocorrerá mediante mandado de prisão preventiva.

Por fim, e não menos importante, a prisão em flagrante possui natureza administrativa, ou seja, não precisa de autorização judicial. Neste sentido, a não exigência de ordem escrita do magistrado possui previsão no art. 5º, inciso LXI da CF “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

2.2.1 Tipos de flagrante

O Código de Processo Penal em seu art. 302 dispõe das espécies de flagrante existente no ordenamento jurídico:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

⁶ DERMECIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 182

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nesse sentido, a doutrina pátria classifica as espécies de flagrante em: próprio, impróprio e presumido.

O próprio está presente nos incisos I e II, sendo aquele em que o indivíduo infrator é flagrado no momento em que está cometendo o delito ou acabou de cometê-lo. Segundo Demercian e Assaf Maluly “há uma relação de imediatidade entre a prisão e o cometimento da infração, de modo que, nesse interstício, incorra qualquer acontecimento relevante⁷”.

Cumprido destacar que na situação prevista no inciso I, o acusado é abordado no instante em que ainda está praticando o tipo penal, durante a fase executiva, mesmo que já o tenha consumado. Por outro lado, na situação prevista no inciso II, o agente é preso em flagrante após ter praticado o último ato de execução.

Por outro lado, o flagrante impróprio está presente no inciso III, e é aquele em que o sujeito é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que se faça presumir ser ele o autor do delito. No que tange a expressão “logo após”, segundo Pacelli, a perseguição deve começar imediatamente após a consumação do delito, ainda que o sujeito perseguidor não o tenha testemunhado. Ainda, afirma que deve haver uma análise casuística, tendo em vista que ainda não há definição jurídica legal do conceito disposto no art. 302 do CPP⁸.

Salienta-se que a continuidade na perseguição é outro requisito indispensável. Nesse sentido, não há prazo para a ocorrência da prisão em flagrante, desde que presente a perseguição contínua.

Por fim, o flagrante presumido ou ficto está presente no inciso IV, e é aquele em que o sujeito é encontrado, logo depois, portando instrumentos, armas ou qualquer objeto que se façam presumir ser ele o autor da ação. Observa-se que nessa espécie a expressão empregada pelo legislador é “logo depois”, e não a utilizada no inciso anterior.

Importante suscitar que existe uma discussão doutrinária quanto a diferença das expressões “logo depois” e “logo após”. A doutrina majoritária entende

⁷ DERMECIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 183

⁸ PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

que são respectivamente distintas, uma vez que há um lapso temporal maior naquela primeira, e que a análise deve ser feita de acordo com o caso concreto.

Segundo Rangel, a diferença entre o inciso I e os demais é que no primeiro caso o crime ou contravenção penal é atual e visível, em virtude de estar sendo cometida. No entanto, nas situações prevista nos incisos II, III e IV o delito não há mais certeza visual do crime, tendo em vista a ocorrência pretérita do mesmo⁹.

Cumprido salientar que em todos os tipos ora apresentados, a restrição da liberdade do autuado deverá ser imediatamente comunicada ao magistrado competente, ao *parquet* e a família do mesmo ou a pessoa indicada por este, conforme determina o art. 306 do CPP, sob pena da prisão ser relaxada por ilegalidade.

Não obstante, além das situações previstas no CPP de flagrante, a doutrina aponta outras espécies, com circunstâncias distintas daquelas contempladas pelo código, sejam elas: flagrante provocado ou preparado, flagrante forjado e flagrante esperado.

No tocante ao flagrante preparado, também denominado de delito de ensaio, é o agente é induzido ou instigado por uma autoridade policial ou até mesmo um terceiro qualquer, a cometer uma infração com o escopo de efetuar a prisão em flagrante. Contudo, o agente provocador garante que não exista a consumação, uma vez que efetua a prisão em flagrante após o início dos atos de execução.

Nessa esteira, aplica-se a súmula nº 145 do STF “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

Importante destacar que o flagrante preparado se constitui de uma prática ilegal, não sendo recepcionada no nosso Ordenamento Jurídico. Haja vista que, conforme a doutrina majoritária, trata-se de um crime impossível por ser inexequível a sua consumação. Logo, a prisão decorrente do flagrante preparado deverá ser relaxada.

Por outro lado, o flagrante esperado é aquele em que o agente aguarda a ocorrência do delito para efetuar a prisão em flagrante. Contudo, diferentemente do flagrante preparado, não há provocação ou induzimento na prática do delito.

De acordo com o que preceitua Lima, o flagrante esperado ocorrerá quando um agente, tendo conhecimento da possibilidade de cometimento de uma infração através de uma investigação anterior ou qualquer outro meio legal, aguarda o

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

momento do cometimento para efetuar a prisão em flagrante. Nesse sentido, o agente infrator respondendo o agente infrator pelo crime praticado na modalidade consumada (se houve o resultado) ou na modalidade tentada (se não houve o resultado). Ainda, afirma que a prisão decorrente do flagrante esperado não deverá sofrer relaxamento, podendo ser aplicada como medida a liberdade provisória com ou sem fiança¹⁰. Frise-se, que é uma modalidade de flagrante lícita, uma vez que o agente só aguarda o início do delito para efetuar a prisão, sem existir qualquer tipo de relação com a ocorrência do crime.

O flagrante forjado, como o próprio nome já diz, é aquele em que houve o flagrante sem ter existido crime. Em outras palavras, é proveniente de uma armação para incriminar e efetuar a prisão em flagrante de um inocente. Portanto, é uma prisão revestida de caráter ilícito onde o sujeito infrator é o agente policial ou o terceiro autor da armadilha.

Segundo leciona Lopes “o Flagrante Forjado existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para tentar legitimar a prisão. Mas trata-se de uma situação falsa ¹¹”.

Por fim, o flagrante diferido é fruto da Ação Controlada prevista na Lei n. 12.850/2013. Ademais, é o flagrante utilizado em procedimento policial com o escopo de reprimir atividade criminosa. Isto é, nessa modalidade de flagrante a autoridade policial vai retardar a prisão, com o objetivo de obter, com esse retardo, um resultado mais completo e eficaz na investigação.

A Lei de Organização Criminosa (n. 12.850/2013) em seu art. 8º determinará o procedimento de retardamento do flagrante, vejamos:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

¹⁰ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4 Ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

¹¹ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.807.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Conclui-se que o flagrante diferido se constitui de uma medida de combate as organizações criminosas, onde a autoridade policial vai retardar a prisão com a finalidade de obter mais provas e informações. Com isso, será possível dar voz de prisão a um número maior de infratores.

2.3 Prisão preventiva

Assim como as demais prisões trazidas até o momento, a prisão preventiva é uma medida de natureza cautelar, ou seja, o cerceamento do indivíduo ocorre antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Segundo Pacelli, a prisão preventiva possui o condão de proteger a persecução penal, de maneira a impedir que eventual conduta do autor ou até mesmo de terceiros venha a prejudicar a instrumentalidade da investigação e do processo¹².

O art. 311 do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva poderá ser decretada:

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

Nesse sentido, mister importante destacar que o magistrado apenas poderá decretar a prisão preventiva no curso da Ação Penal. Dessa forma, não há que se falar em decretação, de ofício, na fase de investigação policial.

Por se tratar de medida restritiva de liberdade, o magistrado deve fundamentar sua decisão por meio de ordem escrita, em consonância com o que preceitua o art. 5, LXI da CF. Ademais, a decretação deve ser fundamentada de acordo com o que está previsto em lei.

Conforme leciona Pacelli, a prisão preventiva possui duas grandes peculiaridades: ela será autônoma, ou seja, pode ser aplicada mesmo se já houver

¹² PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

sido aplicada outra medida; será subsidiária, sendo a medida cabível se já houver sido descumprida medida cautelar¹³. Dessa forma, afirma existir três situações em que a preventiva poderá ser aplicada, vejamos:

1 A qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312,313, CPP);

2 Como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP);

3 Em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, par. 4º, CPP)¹⁴.

Cumpre salientar que no tocante a decretação da prisão preventiva na situação contemplada no ponto 3, o descumprimento da medida cautelar deverá ter sido injustificado. Haja vista que existindo a devida justificação seria inadequado e desrazoável o emprego da prisão preventiva.

Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível que esteja presente o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, fundamentos estes que são justificados à luz das hipóteses de cabimento dispostas no art. 313 do CPP, quais são:

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

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

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

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

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

Com o advento da Lei 12.403/2011, houve o surgimento de mais um novo requisito para a decretação da prisão preventiva, que é o descabimento de qualquer das medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Em outros dizeres, se for cabível alguma medida cautelar prevista no art. 319 não será possível a decretação da prisão preventiva. Isto se explica uma vez que a prisão preventiva se configura como a *ultima ratio*. Logo, apenas será cabível quando

¹³ PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Altas, 2015.

¹⁴ Ibid., p. 551.

as demais medidas cautelares restarem inadequadas a luz do caso concreto.

O *fumus comissi delicti* configura-se como requisito da prisão preventiva. Está presente quando existe a prova da materialidade do crime cumulada com indícios suficientes de autoria. A prova da materialidade é a confirmação de que houve, de fato, a violação a um tipo penal. Ela é obtida através do exame de corpo de delito, quando o crime deixar vestígios. Por outro lado, se o crime não deixa vestígios ou se estes tiverem restado perdidos, admita-se a prova testemunhal como prova de materialidade, em consonância com o art. 167 do CPP.

Quanto aos indícios suficientes de autoria o art. 239, do CPP dispõe que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Dessa forma, segundo Assaf Maluly e Demercian, deve haver alto grau de probabilidade no tocante a autoria, não sendo admitida a mera dedução¹⁵.

O *periculum libertatis* configura-se como fundamento da prisão preventiva, estando presente em detrimento do risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal, situações previstas no art. 312 do CPP.

A garantia de ordem pública configura-se, segundo Lopes, como um conceito extremamente maleável e indeterminado, que abrange margem para uma diversidade de entendimentos. Nessa perspectiva, embora não exista disposição normativa conceituando esse instituto faz-se necessário que sua aplica-se a luz da nossa Carta Magna.

Nessa perspectiva, o risco a ordem pública é frequentemente entendido como “clamor público”, uma vez que se entende que o crime gerou um forte abalo a sociedade. Entretanto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendem que não é fundamento suficiente para decretação de prisão preventiva o mero “clamor público”. Nessa linha, essa condição deve estar diretamente conciliada com o *periculum libertatis*.

O STF no julgamento do *Habeas Corpus* 116409 se posicionou da seguinte forma, no que concerne à ordem pública, vejamos:

¹⁵ DERMECIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

Ementa: *Habeas Corpus*. Constitucional. Penal. Roubo. Prisão preventiva. Alegação de motivação idônea para fundamentar a prisão preventiva do paciente. Indeferida. – Decisão: “A necessidade da prisão preventiva se consubstancia no resguardo da ordem pública, violada pela gravidade do delito em questão, impondo-se resposta eficaz à sociedade e preservando-se a credibilidade do poder judiciário. Note-se que se trata, pelo menos em tese, de forte grupo criminoso armado, responsável pelo cometimento de inúmeros delitos neste Estado e com a ramificação em outras unidades da federação. Imperiosa, assim, a decretação da prisão preventiva dos acusados pela garantia da ordem pública”.

A garantia de ordem econômica é considerada uma espécie da garantia de ordem pública, todavia se dirige diretamente aos crimes previstos na Lei nº 7.492/86 (crimes de colarinho branco), haja vista que sua ocorrência impacta a sociedade de uma forma mais intensa e abrangente, do que, por exemplo, roubo praticado contra um particular qualquer.

Prado conceitua ordem econômica da seguinte forma “o conceito de ordem econômica, de natureza ambígua, como objeto da tutela jurídica, costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”¹⁶.

De acordo com Lopes, a garantia da ordem econômica fora inserida no art. 312 do CPP em virtude da Lei nº 8.884/94 (Lei antitruste) com o escopo de assegurar a tranquilidade e harmonia da ordem econômica dos riscos causadas pela reiteração das práticas que causem grandes perdas financeiras¹⁷.

A prisão preventiva fundamentada na conveniência da instrução criminal buscar, na grande maioria dos casos, impedir que o acusado venha a fugir ou até destruir os meios de prova. Nessa linha, possui o escopo de assegurar que o processo caminhe sem haver interferência do acusado. Por conseguinte, se o acusado vier a ter condutas com o objetivo de atrapalhar a instrumentalidade do processo, resta motivo suficiente para decretação da prisão preventiva.

Segundo afirma Messa, é possível arrolar as seguintes justificativas na conveniência da instrução criminal: proteger a integridade da testemunha ou vítima; impedir a adulteração ou ocultação ou destruição ou alteração ou falsidade ou

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39-40.

¹⁷ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

remoção ou supressão de provas; impedir intimidação, ameaça, suborno ou conluio com testemunha ou perito; impedir influência sobre coacusados, testemunhas ou peritos¹⁸.

Importante destacar que a decisão que utilizar a conveniência da instrução criminal como fundamento, terá que demonstrar e apontar que a liberdade do acusado é, de fato, muito prejudicial para a coleta de prova no processo ou na investigação. Logo, após findar a coleta da prova, em nome da conveniência da instrução criminal, o acusado deverá ter sua liberdade provisória decretada, uma vez que inexistirá o motivo que ensejou o cerceamento provisório.

Por fim, no tocante à aplicação da lei penal, Lopes afirma que deve haver risco de fuga para decretação da preventiva a luz desse fundamento, e que esse risco não pode ser presumido ou pautado em suposições. Nessa esteira, o autor entende que a gravidade do crime não importa em risco de fuga concreto¹⁹.

Destarte, devem existir circunstâncias fáticas irrefutáveis, que apontam o risco de fuga. Caso contrário, não será proporcional e razoável a custódia provisória do acusado sob esse fundamento. Cabe lembrar, que a retenção do passaporte se configura numa medida para evitar o risco de fuga, ou seja, a análise deve ser feita casuisticamente.

O STF e o STJ entendem, de forma pacífica, que “[...] a fuga do distrito da culpa é fundamentação idônea a justificar o decreto da custódia preventiva para a conveniência da instrução criminal e como garantia da aplicação da lei penal”. Ademais, o STF entende que as condições pessoais do acusado não irão interferir na manutenção da prisão se o cerceamento tiver sido fundamento a luz dos requisitos da *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Nossa suprema corte já proferiu diversas decisões ressaltando as situações em que a custódia cautelar não era adequada, reconhecendo ilegais as prisões preventivas decretadas, vejamos algumas: respaldada na gravidade do delito (HC 90.858/SP, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do acusado (HC 90.471/PA, DJU de 13/09/2007); no clamor social em detrimento da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, DJU de 06/06/2007) ou na afirmação genérica de que a prisão é necessária para assegurar o meio social (HC 86.748/RJ, DJU de 06/06/2007); na falta de comprovação de residência fixa e de ocupação lícita (STF,

¹⁸ MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213.

¹⁹ LOPES, Aury. **Prisões Cautelares**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

HC 80.805/SP, DJ 19/10/01).

No que tange a duração da prisão preventiva, frise-se que a mesma não possui prazo preestabelecido em lei, uma vez que que irá perdurar enquanto estiverem presentes os fundamentos que a ensejou. Da mesma forma, não há que se falar em manutenção da prisão preventiva se houver a extinção dos fundamentos que lhe deu causa, devendo ser concedida a liberdade do acusado. Todavia, o magistrado deve ter o cuidado de se atentar as garantias e direitos constitucionalmente protegidos do preso, sejam eles: a duração razoável do processo, a celeridade processual, a dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, proporcionalidade e razoabilidade.

Tendo em vista a ausência de disposição normativa em relação ao lapso temporal da prisão preventiva, a jurisprudência, mais precisamente o STJ, se pronunciou da seguinte forma:

Súmula 52 do STJ: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Súmula 21 do STJ: Referindo-se, porém, à decisão de pronúncia, nos procedimentos do Tribunal do Júri, para o fim de superar a alegação de excesso de prazo.

Súmula 64 do STJ: Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo se a demora, em feito complexo, decorre de requerimentos da própria defesa.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 122.462/SP, entendeu que três fatores devem ser considerados: a complexidade da causa; a atividade processual dos intervenientes e a diligência do juízo na condução do processo.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a complexidade da causa diz respeito a quantidade de partes e testemunhas, assim como o número de crimes imputados ao acusado, entre outras questões pertinentes ao processo. Já a atividade processual dos intervenientes se refere ao trabalho, seja positivo ou abusivo, de posições judiciais pela defesa, pelo parquet ou pelo assistente. Por fim, no tocante a diligência da autoridade judiciária se refere a existência de inércia, ou não, causada pela falta de comprometimento com o andamento do processo.

Desta feita, cumpre analisar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.462/SP, em que Teori Zavascki fora relator, na Segunda Turma do STF:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECORRENTE ACUSADA DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ENVOLVIDA NA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, CORRUPÇÃO POLICIAL E QUADRILHA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial; (b) exclusiva atuação da parte acusadora; ou (c) situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, o que não ocorre no caso dos autos. 2. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar da recorrente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, tendo em vista a periculosidade da agente, acusada de integrar organização criminosa voltada à prática dos crimes de tráfico de drogas, corrupção policial e formação de quadrilha armada, com ramificações para outras Comarcas do Estado de São Paulo e também nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. 3. Recurso improvido.

Importante esclarecer, que a manutenção da prisão preventiva está condicionada a sua fundamentação, o que significa que se os requisitos que levaram a sua decretação não mais existirem, o acusado terá sua liberdade provisória decretada. Todavia, se sobrevierem razões que a fundamentem, a prisão preventiva poderá ser renovada. Nessa esteira, a prisão preventiva é regida pelo princípio *rebus sic stantibus*, que trazida quer dizer “estando assim as coisas”.

Há situações em que não é possível a decretação da preventiva, sejam elas: quando houver no caso concreto alguma excludente de ilicitude ou antijuridicidade, previstas nos 3 incisos do art. 23; quando o crime for culposos, em conformidade com o art. 313, caput, do CPP; quando não for prevista pena privativa de liberdade para o delito, em consonância com o art. 283, 1º, do CPP; quando for cabível alguma medida cautelar prevista no artigo 319 do CPC.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Segundo o que preceitua Paiva acerca do 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 entre o 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 tortura²⁰.

3.1 Origem, conceito e finalidade

A audiência de custódia nasceu no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, onde trouxe em seu artigo 9º, item 3:

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

Cumprе esclarecer que a entrevista preliminar de um indivíduo encarcerado com um magistrado, possuía o condão de impedir prisões ilegais e abusivas, em especial as prisões de caráter político, uma vez que a época, os países da América Latina eram dirigidos por militares num governo totalitaristas.

No mesmo sentido, em 22 de novembro de 1969, a CADH (também chamada de Pacto de San José da Costa) passou a prever no seu artigo 7º, item 5:

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

Importante esclarecer que, embora, o Brasil seja signatário dos supramencionados tratados e estes possuírem status de norma supralegal conforme entendimento do STF, ainda não existe disposição normativa para tal instrumento.

²⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.19.

Todavia, em 22 de janeiro de 2015, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao lado do corregedor geral da Corregedoria Geral da Justiça assinou o Provimento Conjunto nº 03/2015 que estabelece e disciplina procedimentalmente as audiências de custódia no estado de São Paulo.²¹

²¹ Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes. Parágrafo único. A Corregedoria Geral da Justiça disciplinará por provimento a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo e o cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia. § 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida. § 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem. Art. 4º Incumbe à unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto de prisão em flagrante para a audiência de custódia, realizando os atos de praxe previstos nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e juntar a folha de antecedentes da pessoa presa.

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão. § 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento. § 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. § 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar. § 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata suscintos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados. § 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante. § 6º As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la. Art.

7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como: I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto; II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Art. 8º O mandado de prisão, se convertido o flagrante em preventiva, e o alvará de soltura, na hipótese de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória, serão expedidos com observância das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, aplicando-se, ainda, e no que couber, o procedimento disciplinado no artigo 417 e seus parágrafos do mesmo Diploma.

Art. 9º Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter: I - o número de audiências de custódia realizadas; II – o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia; III – o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente; IV – o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente.

Contudo, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil interpôs a ADI 5240/SP²² em desfavor do Provimento Conjunto nº 03/2015, do TJSP e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado, momento em que defendeu que a criação da audiência de custódia apenas poderia ter se dado por intermédio de lei federal e, não por meio do supramencionado provimento autônomo. Sustentou que houve violação a Constituição Federal, tendo em vista que a competência para legislar sobre a matéria é da União, conforme determina o art. 22, I, da CF/88²³, através do Congresso Nacional.

A ADEPOL ainda argumentou ter havido violação a separação de poderes prevista no art. 2, da CF. Nesse sentido, nossa Suprema Corte entendeu que não há que se falar em violação a separação de poderes, tendo em vista que não é o provimento emanado pelo TSJP que impusera obrigações para os delegados de polícia, mas a CADH e o CPP, em consonância ao que dispõe os 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, teriam efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Não obstante, o STF julgou improcedente a ADI 5240/SP.

As primeiras audiências de custódia vieram acontecer no país, em 06 de fevereiro de 2015, com o lançamento oficial do Projeto Audiência de Custódia realizado em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nessa esteira, no dia 09 de abril do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa assinaram três acordos que possuem o condão de fomentar o emprego do projeto Audiências de Custódia por parte dos entes federados, o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica²⁴.

O primeiro acordo assinado pelo CNJ e pelo IDDD, prevê que haja cooperação técnica na implantação da audiência de custódia em todo o Brasil. O que se pretende é que o autuado em flagrante seja apresentado de forma célere ao magistrado, para que este venha a decidir quanto a manutenção da prisão ou aplicação de outra medida alternativa. Ainda, o projeto determina o apoio mútuo por parte dos estados com o objetivo de para introduzir Centrais de Monitoração

²² STF. Plenário. ADI 5240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/8/2015 (Info 795).

²³ Art.22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

²⁴Notícias, Agencia CNJ de. **CNJ e MJ assinam acordos para combater o encarceramento provisório**. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>>.

Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Destarte, o Ministério da Justiça tem o encargo repassar os recursos necessários para os estados que adotaram o projeto audiência de custódia.

No que diz respeito ao segundo acordo, o objetivo é incentivar a aplicação de medidas alternativas à prisão, como por exemplo: as penas restritivas de direitos, o as medidas protetivas de urgência, as medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. Nesse sentido, tais medidas podem ser aplicadas pelos juízes em substituição à prisão preventiva, bem como, no momento de execução da pena.

Por fim, o terceiro acordo tem o escopo à promoção da política de monitoração eletrônica, assim como, formular diretrizes para que isto ocorra. Nessa perspectiva, busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas oportunidades: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Em junho de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 requerendo o reconhecimento das violações de direitos fundamentais que as populações carcerárias vêm sofrendo. Nesse cenário, o PSOL pediu que fosse imposta a adoção de medidas para sanar as sérias lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, lesões estas que são fruto de atos e, em especial, omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tocante ao sistema carcerário brasileiro.

No dia 09 de setembro de 2015, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal, deferiu parcialmente o pedido de medidas cautelares²⁵ existentes na ADPF

²⁵ As medidas cautelares requeriam: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena,

nº 347/DF, vindo a reconhecer, de forma expressa, a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista as inúmeras e constantes violações dos direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano.

Nessa esteira, entre as medidas cautelares deferidas pela Corte está a determinação que os Juízes e Tribunais realizem audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas a contar do instante em que fora colado em cárcere. Frise-se que a ação, até o presente momento, não teve seu mérito julgado.

No dia 01 de fevereiro de 2016, entrou em vigor a Resolução nº 213²⁶ expedida pelo CNJ, regulamentando as audiências no Poder Judiciário. Fora estipulado prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adequassem ao procedimento.

Segundo Moura e Santos, a resolução possui essencialmente dois objetivos: minimizar o número de ilegalidades que ocorrem durante as prisões em flagrantes, em destaque a tortura policial; reduzir o índice de prisões provisórias desnecessárias.²⁷

Até o presente momento, não há lei que disponha do instituto em epígrafe, todavia, existe um projeto tramitando no Congresso (PLS nº 554/2011), que pretende dar a seguinte redação ao art. 306 do Código de Processo Penal:

§ 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 art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o

quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797.

²⁶

²⁷ MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos. Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 131. Ano 25. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.”

Porém, o projeto ainda se encontra no Congresso Nacional, mais especificamente, na Câmara de Deputados.

Pode-se conceituar a audiência de custódia como instrumento processual que determina condução do preso em flagrante, de maneira imediata, à presença de uma autoridade judicial que possuirá o dever de exercer o controle de legalidade e necessidade do encarceramento, bem como, verificar como o preso encontra-se fisicamente, se fora exposto a tortura e mal tratos por agentes policiais. Importante lembrar, que deve haver prévio contraditório estabelecido pelo *parquet* e pela defesa.

Vale salientar que a nomenclatura "audiência de custódia", é usada pelo Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que fora criada pela doutrina brasileira. Nessa perspectiva, no decorrer das discussões no STF a respeito da ADI 5240/SP, o Ministro Luiz Fux sustentou que o termo usado deveria ser: “audiência de apresentação”. Ainda, alegou que o termo “audiência de custódia” transmite a impressão de que finalidade essencial da audiência seria custodiar²⁸.

²⁸ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas

No que tange os objetivos pretendidos com a audiência de custódia, podemos destacar três principais finalidades, quais sejam: ajustar o código penal brasileiro aos tratados internacionais de direito humanos; prevenir abusos e torturas praticadas pela polícia; evitar a ocorrência de prisões ilegais, arbitrárias e inadequadas²⁹.

A primeira finalidade destacada acima pretende que os Tratados Internacionais que versem acerca dos Direitos Humanos sejam cumpridos por todos os Estados membros, tendo em vista que não faria sentido existir o Direito Internacional dos Direitos Humanos se os Estados soberanos que o aderissem pudessem se opor e dispor dos direitos e garantias previstos. Nessa perspectiva, a implantação da audiência de custódia permite que o Brasil honre com os tratados que é signatário. Ademais, a intenção é que audiência de custódia venha a proteger e valorizar os direitos humanos, vindo a tornar o processo penal brasileiro mais coerente no âmbito do sistema de justiça criminal.

A segunda finalidade busca proteger a integridade física e moral do indivíduo que teve sua liberdade cerceada pela prisão em flagrante, de forma a prevenir eventuais torturas cometidas pela polícia. Posto que, com a apresentação do autuado em flagrante ao magistrado no prazo de 24 horas, os indivíduos que

estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

²⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

apreenderam ou que irão efetuar a condução do preso estarão previamente cientes de que qualquer alegação de tortura poderá ser levada, sem demora, ao conhecimento da autoridade judicial e de todos os presentes na audiência.

Por fim, a terceira finalidade possui o escopo de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. A exemplo disto é o caso dos agentes maiores de 80 anos, dos extremamente debilitados por motivo de doença grave e das gestantes, onde será mais razoável a prisão domiciliar, em consonância ao art. 318 do CPP.

Ainda, cumpre ressaltar que a princípio a Corte Interamericana analisou o direito do preso ser apresentado de forma imediata ao magistrado em razão dos desaparecimentos forçados e execuções sumárias que aconteciam à época. Logo, prevenir essa realidade é outra finalidade da audiência de custódia.

3.2 Dinâmica procedimental

A Resolução nº 213 do CNJ determina o procedimento obrigatório da Audiência de Custódia. Dessa forma, todo indivíduo em flagrante delito será conduzido, independente da motivação ou natureza do crime, no período de vinte e quatro horas a autoridade judicial competente, conforme prevê o artigo 1º da Resolução 213 do CNJ:

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

É cediço que a audiência de custódia não funciona como interrogatório, bem como não serve para tal fim. Logo, o magistrado deve se ater aos elementos objetivos da prisão e subjetivos do preso. Em outras palavras, o depoimento e respostas dadas pelo acusado no momento da referida audiência não podem o prejudicar em futura ação penal, uma vez que não há início da instrução processual.

Nessa perspectiva, a defesa possuirá o importante papel de instruir o acusado quanto a finalidade da audiência de custódia. Importante destacar, que a presença da defesa, seja do advogado ou do defensor público, é indispensável para a realização da audiência em comento, tendo em vista que faz parte defesa técnica do agente.

No que tange a presença do *parquet*, não é obrigatória para a realização

da audiência, ou seja, se o Ministério Público não estiver presente na audiência a mesma não deixará de ocorrer. Todavia, frise-se que sua ausência é interpretada como concordância tácita. Contudo, pode haver manifestação prévia por parte deste órgão através de petição.

Ao abrir a audiência de custódia é imprescindível que o magistrado explique ao acusado, ao seu defensor e até mesmo ao *parquet* que o referido ato não pretende entrar no mérito do caso. Nessa esteira, o magistrado não irá admitir que sejam feitas perguntas ou suscitadas questões relacionadas ao mérito. Ainda, o juiz deverá iniciar a audiência com a qualificação do autuado o autuado.

Em consonância ao que leciona Lopes e Rosa, os passos da audiência de custodias devem ser, em ordem: a) se a situação em comento era hipótese de flagrante, de acordo com o previsto nos art. 302 e 303 do CPP; b) caso não seja hipótese, a prisão deverá ser imediatamente relaxada, todavia o *parquet* poderá solicitar a prisão preventiva ou aplicação de medida cautelar; c) sustentadas as razões do flagrante, a defesa irá se manifestar acerca dos pedidos feitos pelo Ministério Público; o magistrado irá decidir pela aplicação das medidas cautelares ou da decretação da prisão preventiva³⁰.

Em outras palavras, após ocorrer a prisão em flagrante delito a autoridade policial deverá formalizar o auto de prisão em flagrante, bem como efetuar o agendamento de apresentação do autuado ao magistrado. Importante frisar que esse agendamento irá respeitar pauta pré-fixada pelo juízo e que, se pré-constituído, o advogado do preso deverá ser devidamente intimado desse ato.

Importante destacar que o preso deverá ser submetido ao exame de corpo de delito antes da audiência, conforme dispõe o art., 8º, VII da Resolução nº 213:

Art. 8º VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

- a) não tiver sido realizado;
- b) os registros se mostrarem insuficientes;
- c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
- d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

³⁰ LOPES, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

No dia da audiência, o auto de flagrante deve ser protocolizado e o preso deverá ser apresentado ao magistrado. Conforme já dito outrora, o autuado em flagrante terá o direito de se reunir, reservadamente, com seu patrono antes do início da audiência. Com o início da audiência, o Ministério Público irá se manifestar acerca do caso concreto. Finda a manifestação do parquet, o preso será entrevistado, momento em que serão feitas perguntas a este. Em seguida, existirá a manifestação da defesa técnica.

Ato contínuo, o magistrado irá proferir sua decisão, que seguirá os possíveis caminhos: relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP); concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III); substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319); conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II); análise da consideração do cabimento da mediação penal ou de medidas sociais ou assistenciais.

Nessa perspectiva, faz-se necessário esclarecer que se o magistrado decidir pelo relaxamento da prisão em detrimento de ilegalidade no flagrante, o mesmo deverá determinar o alvará de soltura do autuado em flagrante, e o auto de prisão em flagrante retornará à polícia.

Em contrapartida, se decidir pela concessão de liberdade provisória ou substituição por medidas cautelares diversas, irá determinar o alvará de soltura e o auto de prisão em flagrante seguirá para distribuição. Com a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, o juiz fará o mandado de prisão que será distribuído. Por fim, determina o art. 12 da Resolução nº 213, que o termo da audiência de custódia deverá ser apensado ao inquérito ou à ação penal.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A DIMINUIÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

Conforme fora exposto nos capítulos anteriores, com a realização da audiência em flagrante o magistrado poderá analisar a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão, podendo, aliás, determinar o relaxamento da prisão quando houverem ilegalidades. Em contrapartida, poderá convertê-la em prisão preventiva se estiverem presentes os pressupostos para a sua manutenção, caso não estejam, pode ainda conceder a liberdade provisória. Nessa esteira, a audiência de custódia pretende minimizar o número de encarcerados provisórios e, por conseguinte, busca reduzir o número de prisões.

Nessa perspectiva, Andrade afirma que o objetivo não é colocar indivíduos em liberdade sem existir devida motivação, vindo, inclusive, a colocar a segurança da sociedade em xeque. Não obstante, permitir que o magistrado decida, de prontidão, quanto à legalidade da prisão e a necessidade de sua conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de alguma medida cautelar diversa do encarceramento. Tendo em vista que a prisão deve ser mantida apenas quando não for possível a aplicação de outra medida, de acordo com a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, a prisão é uma medida extrema que apenas poderá ser aplicada quando a lei determinar³¹.

Importante levantar que conforme o World Prison Brief, o Brasil no mês de julho de 2017, possuía uma população carcerária num montante de 657.680 presos, divididos por 1.424 estabelecimentos prisionais vindo a ocupar o 4º lugar no ranking mundial. Frise-se que 36,9 % destes presos são provisórios, o que representa um percentual bastante significativo.³²

Sabe-se que a utilização indiscriminada da privação de liberdade de forma cautelar acarreta um dano irreparável ao preso. Haja vista que o indivíduo começa a cumprir uma pena que nem sequer fora condenado, sem contar com a devida proteção do juiz de execuções e sem direitos comuns aos presos devidamente condenados. Logo, a prisão provisória é uma medida que deve ser aplicada residualmente, quando a lei expressamente indicar. Isto porque, a subsidiariedade

³¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Audiência de custódia ou apresentação do preso:** instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016.

³² WORD PRISON BRIEF. Dados atualizados até julho de 2017. Disponível em: <http://prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

do Direito Penal e a presunção de inocência são dois princípios previstos na nossa Constituição Federal, e devem estar diretamente ligados a aplicação da prisão em caráter cautelar.

4.1 Dados estatísticos

De acordo com o relatório o INFOPEN, disponibilizado pelo DEPEN³³, o total de presos no Brasil no mês de junho de 2016 era de 726.712, composto por 292.450 de presos provisórios. Em outras palavras, 40% da população carcerária era constituída por indivíduos que ainda não tiveram uma decisão transitada em julgado.

Conforme os gráficos apresentados na pesquisa, no ano de 2012, dois anos antes da implementação da audiência de custódia no judiciário brasileiro, o número de pessoas custodiadas pelo Estado em sistema prisional era de 549.786, com um contingente formado por 195.036 (35%) presos provisórios.

Nessa esteira, observa-se que, entre os anos de 2012 a 2016, a população carcerária obteve um acréscimo de 176.926 pessoas, sendo 97.414 constituída por pelos denominados presos provisórios. Logo, mais da metade das pessoas encarceradas no lapso temporal supramencionado é formada pelos presos provisórios.

Ademais, o relatório revela que o total de vagas no sistema prisional em 2012 era de 310.687, e o déficit de 239.099 vagas. Em contrapartida, o total de vagas no sistema prisional em 2016 era de 368.049, e o déficit de 358.663 vagas, isto é, o déficit por pouco não atingiu o número de vagas ofertadas. Como se pode perceber, a diferença no tocante ao déficit fora de 119.564 vagas entre os anos de 2012 a 2016.

Já na pesquisa feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública para o Conselho Nacional de Justiça³⁴, foi feita uma análise em seis Estado da Federação, são eles: Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Tocantins e Paraíba. Conforme a pesquisa, os dados apontam que desde a implantação da

³³ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Thandara Santos (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>

³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: Obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Sumário Executivo, 2018. Coleção Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>.

audiência de custódia até o mês de junho de 2017, foram realizadas cerca de 258.485 audiências. Dentro desse número, aproximadamente 44,68% dos autuados em flagrante tiveram a concessão da liberdade provisória. Em contrapartida, cerca de 55,32% dessas prisões resultaram em prisão preventiva.

Observa-se que 55,32% das prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva, em outras palavras, o indivíduo permaneceu em regime de prisão provisória ao invés de ter o benefício da liberdade provisória, relaxamento ou da aplicação de alguma medida cautelar.

Em análise a cada um dos seis estados, observa-se que o número de indivíduos que têm o flagrante convertido em prisão flagrante é maior que a concessão da liberdade, quais sejam: Rio Grande do Sul, com 84,83% (5.742) de prisão preventiva contra 15,17% (1.027) de liberdade provisória; Mato Grosso do Sul, com 64,69% (7.660) de prisão preventiva contra 35,31% (4.182) de liberdade provisória; Tocantins com 60,48% (736) de prisão preventiva contra 39,52% (481) de liberdade provisória; Pernambuco, com 60,35% (5.207) de prisão preventiva contra 39,65% (3.421) de liberdade provisória; entre outros.

Em contrapartida, importante destacar os estados que tiveram um índice maior na concessão da liberdade provisória em detrimento da conversão a prisão preventiva, são eles: Amapá com 57,86% (1.697) de liberdade provisória contra 42,14% (1.236) de prisão preventiva; Bahia com 61,25% (3.877) de liberdade provisória contra 38,75% (2.453) de prisão preventiva; Santa Catarina com 50,38% (2.343) de liberdade provisória contra 49,62% (2.308) de prisão preventiva; Mato Grosso com 56,28% (3.336) de liberdade provisória contra 43,72% (2.591) de prisão preventiva.

No que tange os crimes que mais incidem na prisão em flagrante, o roubo aparece em primeiro lugar, somando cerca de 22,1%, com 86,8% de conversões em preventiva. Em seguida, vem o tráfico que corresponde cerca de 16,9% desses flagrantes, com 57,2% casos convertidos em preventiva. Seguido de furto com 14% dos flagrantes e a receptação com 11%. Nessa esteira, os crimes patrimoniais supramencionados correspondem a 47,2% dos casos identificados nas audiências de custódia.

Em contrapartida, os delitos praticados contra a vida, em especial os homicídios, estão presentes em 2,9% das audiências. Um fato curioso é que houve mais detenções por homicídios tentados, onde 87,1% desses flagrantes foram

convertidos em prisão preventiva. A violência doméstica soma cerca incidência de 7,8% com 39,8% dos casos convertidos em preventiva, as demais lesões corporais somaram aproximadamente 1,8% dos flagrantes. O latrocínio foi de baixa incidência, mas em todos os casos observados na pesquisa houve a conversão em prisão preventiva.

Nessa perspectiva, os pesquisadores concluíram que:

Se não mais do que 34,8% das prisões em flagrante observadas referem-se a delitos violentos, torna-se evidente que a liberdade se tornou exceção na prática policial e que a regra tem sido a prisão para crimes patrimoniais e de drogas.

No tocante aos casos de violência policial, 81% das pessoas estavam algemadas durante as audiências de custódia em desacordo o art. II do artigo 8º da Resolução n. 213 de 2015. Haja vista que para a manutenção da algemas o preso deve apresentar risco de fuga e/ou periculosidade.

Ademais, em 86,2% das audiências os policiais civis ou militares estavam presentes fato que viola, expressamente, o art. 4º, parágrafo único da Resolução CNJ n. 213, de 2015. Os pesquisadores afirmaram ter existido um certo receio e constrangimento à denúncia de violência policial em razão da presença dos agentes.

De acordo com os pesquisadores:

Nesse sentido, é de suma importância que as denúncias dessa forma de violência sejam acolhidas pelos juízes e encaminhadas para apuração e punição dos agentes estatais envolvidos, quando for o caso. Pesquisas anteriores já apontavam a baixa eficiência da audiência de custódia, fruto da naturalização da violência policial e da dificuldade de reconhecer sevícias, maus-tratos e agressões de diversas naturezas como correspondendo ao tipo penal de tortura.

No tocante às explicações informações que os magistrados devem fornecer aos custodiados como forma de assegurar os direitos deste, verificou-se que para 26%, não foi informada a finalidade da audiência e que para quase metade (49,9%) não foi explicado o direito de permanecer em silêncio. Logo, mais um registro de desrespeito a Resolução CNJ n. 213, de 2015, mais precisamente do art. 8º, I e III, respectivamente. Ademais, configura-se como uma séria violação ao art. 5.º, LXIII da Constituição Federal.

Nessa linha, para 49,7% dos presos apresentados em audiência não foi explicado o crime que motivou a prisão. Já para 74,6% dos presos, apenas foi feita a

menção ao crime, sem qualquer explicação.

No tocante ao mérito dos fatos, para 59,6% das pessoas detidas o magistrado não perguntou e não explorou sobre. Já para 246 presos (25,8%) o mérito dos fatos foi, ao menos, questionado pelo magistrado em audiência. Conforme a Resolução CNJ n. 213/2015 não devem ser feitos questionamentos a respeito do mérito dos fatos que ensejaram na prisão.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a importância da Audiência de Custódia como eficaz instrumento processual de redução ao encarceramento em massa existente como uma espécie de cultura no Brasil, sob a ótica de diminuição do quantitativo de indivíduos provisoriamente encarcerados, pois em sua grande parte, os que ocupam as penitenciárias são os que se encontram “provisoriamente” presos. Desta forma, fora explanado o que vem a ser esse instituto, qual sua origem histórica, sua previsão normativa e sua dinâmica procedimental.

No decorrer do estudo, percebeu-se que a audiência de custódia se configura, de fato, como um instrumento processual de grande relevância, onde o preso é apresentado, sem demora, ao magistrado que irá decidir acerca da legalidade da prisão e verificar a existência ou não de violência policial.

Foi possível observar dentro do escopo do trabalho que a Audiência de Custódia configura-se, sobretudo, por um instrumento que garante ampla proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos presentes, principalmente, na nossa Constituição da República, como uma forma de política voltada ao combate da atual cultura presente na sociedade e no judiciário que é a cultura do encarceramento, em especial, observa-se no tocante à banalização das prisões provisórias com a finalidade de se obter outros fins avessos aos demais.

Entretanto, o que se concluiu com base nas pesquisas realizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional e pelo Conselho Nacional de Justiça, é que desde o advento da Audiência de Custódia no poder judiciário brasileiro não houve a redução da população carcerária. Isto é, conforme os dados em epígrafe, a população carcerária continuou a crescer mesmo com a implantação da audiência de custódia e, aliado a isso, houveram mais decisões pela conversão do flagrante em preventiva do que pela liberdade provisória.

Sendo assim, tendo em vista o cenário brasileiro, o trabalho propôs pequena observação dos dados apresentados em recentes pesquisas que, dentre outras finalidades, trouxe-nos a característica da situação dos cárceres brasileiros em que encontra-se em total “fracasso” em relação à Audiência de Custódia, e isso se dá por diversos fatores, dentre eles, destaca-se o descumprimento da autoridade judicial do que contém na resolução nº 213, como, por exemplo: o uso injustificado de algemas aos presos; os vícios dentro da própria Audiência de custódia praticados

pelas autoridades judiciais ao conduzirem as audiências ; a presença da autoridade policial, bem como tantas outras violações que foram demonstradas no trabalho.

Portanto, diante de todo o exposto, o trabalho busca demonstrar o papel importante que cumpre a audiência de custódia no Brasil, porque possibilita que a autoridade judicial possa decidir de pronto acerca da legalidade da prisão, assim como analisar o autuado em flagrante passou por maus tratos.

Não obstante, a hipótese não foi confirmada, tendo em vista que, embora a audiência de custódia configura-se como grande instrumento de combate ao encarceramento em massa existente no Brasil, não vem se mostrando efetiva, de acordo com os dados estatísticos, pela forma em que vem sendo aplicado nos estados da federação. Nesse sentido, é indispensável que para atingir o fim ao qual se pretende, que haja comprometimento e obediência a procedimento previsto na Resolução nº 213/15.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Audiência de custódia ou apresentação do preso:** instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** Obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Sumário Executivo, 2018. Coleção Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>>.

DERMECIAN, Pedro Henrique; ASSAF MALULY, Jorge. **Curso de Processo Penal.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Thandara Santos (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4 Ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 3 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. **Prisões Cautelares.** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

Notícias, Agencia CNJ de. **Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil.**

Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>>.

Notícias, Agencia CNJ de. **CNJ e MJ assinam acordos para combater o encarceramento provisório.**

Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>>.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos. Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 131. Ano 25. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

_____. _____. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. _____. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

WORD PRISON BRIEF. Dados atualizados até julho de 2017. Disponível em: <http://prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 10 de maio de 2018.