

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

DIOGO RÉGIS ALBINO DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL: ESTUDO DO
INSTRUMENTO PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO E PARA O
CUMPRIMENTO DOS DIREITOS DO FLAGRADO.**

CRICIÚMA/SC

2016

DIOGO RÉGIS ALBINO DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL: ESTUDO DO
INSTRUMENTO PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO E PARA O
CUMPRIMENTO DOS DIREITOS DO FLAGRADO.**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof^a. MSc. Anamara de Souza

CRICIÚMA/SC

2016

DIOGO RÉGIS ALBINO DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL: ESTUDO DO
INSTRUMENTO PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO E PARA O
CUMPRIMENTO DOS DIREITOS DO FLAGRADO.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Processo Penal.

Criciúma, 1º de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Anamara de Souza - Mestre - UNESC - Orientadora

Prof. Fernanda da Silva Lima - Doutora - UNESC - Examinadora

Prof. João de Mello - Especialista - UNESC - Examinador

**Aos meus pais e à Estéfani:
Por todo o amor e carinho dedicados.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e a família maravilhosa que possuo.

Aos meus pais, Régis e Marlene, por todo o amor e educação que me foi concedido, bem como por não medirem esforços para a realização dos meus sonhos.

À Estéfani pela pessoa especial que é em minha vida, e por todo o amor e carinho que me dedica há mais de cinco anos, me apoiando e incentivando rumo a novas vitórias.

Agradeço à professora Anamara, minha orientadora, por aceitar este encargo e por me dar todo o apoio, dedicação e respeito para a conclusão do presente.

Um agradecimento especial aos professores João de Mello e Fernanda da Silva Lima, por me darem a honra de tê-los em minha banca para a avaliação deste trabalho.

Por fim, agradeço aos Defensores Públicos da Comarca de Torres/RS, por todo o conhecimento que me foi proporcionado e pela confiança em mim depositada durante o período em que tive a honra de fazer parte, como estagiário, da Instituição Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

**"Para se ter sucesso, é necessário
amar de verdade o que se faz."**

Steve Jobs

RESUMO

Esta monografia teve como objetivo analisar a implantação da audiência de custódia, prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, a sua aplicação e finalidades junto ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, houve breve análise dos direitos humanos e fundamentais, bem como, da aplicação do Pacto no Brasil. Foram analisados os direitos da pessoa presa em flagrante, previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal do Brasil, como também, os tipos de prisões previstos no ordenamento pátrio. Em seguida, foi estudada a concessão da liberdade provisória, medidas alternativas à prisão e a situação carcerária do Brasil. Para o estudo foi utilizado pesquisa bibliográfica com autores relacionados ao tema, bem como análise dos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e Departamento Penitenciário Nacional. O presente estudo tem como escopo a análise da implantação da audiência de custódia no sistema judicial brasileiro como forma de redução do número de presos provisórios e garantia às pessoas autuadas em flagrantes de seus direitos assegurados no ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Audiência de custódia. Encarceramento provisório. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Processo penal.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the implementation of the hearing of the custody, as provided for in the American Convention on Human Rights – Pact of San Jose of Costa Rica, its application and purposes next to the Brazilian legal system. For both, there was a brief review of the fundamental and human rights, as well as, the implementation of the Pact in Brazil. Were analyzed the rights of the person caught in the act, under the Federal Constitution and in the Code of Criminal Procedure of Brazil, as also, the types of prisons provided for in the planning of country. Then, it was studied the granting of bail, alternative measures to imprisonment and the jail situation in Brazil. For the study was used the bibliographical research with the authors related to the topic, as well as analysis of the data provided by the National Council of Justice and the National Penitentiary Department. The present study has as scope to analyze the implementation of the hearing of custody in the Brazilian judicial system as a way of reducing the number of prisoners and guarantee to persons recorded in flagrant violation of their rights guaranteed in the legal system.

Keywords: Arrest in flagrante. Criminal justice process. Hearing of the custody. Incarceration provisional. Interim release.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL/BRASIL Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANAMAGES Associação Nacional dos Magistrados Estaduais

CF Constituição Federal

CIDH Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CPP Código de Processo Penal

DEPEN Departamento Penitenciário Nacional

EC Emenda Constitucional

INFOPEN Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

STF Supremo Tribunal Federal

TJSP Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DOS DIREITOS DA PESSOA AUTUADA EM FLAGRANTE	13
2.1 DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	13
2.1.1 Breve histórico dos direitos humanos.....	13
2.1.2 Das características dos direitos humanos e fundamentais.....	15
2.2 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL.	16
2.3 DOS DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	19
2.4 DOS DIREITOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	24
3. DA PRISÃO, LIBERDADE PROVISÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO E A SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL	29
3.1 DA PRISÃO EM FLAGRANTE	29
3.2 DAS PRISÕES TEMPORÁRIA E PREVENTIVA	33
3.2.1 Da prisão temporária	33
3.2.2 Da prisão preventiva	35
3.3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES	41
3.3.1 Da liberdade provisória.....	41
3.3.2 Das medidas cautelares diversas da prisão	45
3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL.....	48
4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	50
4.1 O QUE É A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	50
4.2 OS OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	52
4.3 DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL.....	56
4.4 RESULTADOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	62
5. CONCLUSÃO.....	65

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise da aplicação, no Direito Brasileiro, da audiência de custódia, instrumento previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica*, a qual não possui regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto em que pese à referida convenção tenha sido ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, em fevereiro de 1992, nunca houve qualquer determinação legal para a exigência da referida solenidade.

A exigência prevista na Convenção determina que toda pessoa presa seja levada, sem demora, à presença de um juiz.

Nesse contexto, o presente estudo tem como problemática se implantação da audiência de custódia no sistema judicial brasileiro reduzirá o número de apenados provisórios e garantirá aos flagrados o cumprimento de seus direitos.

Para tanto, relata-se sobre a implantação da audiência de custódia no sistema de justiça criminal brasileiro para a efetividade dos direitos da pessoa atuada em flagrante delito, bem como, estuda seus direitos e garantias previstos em nosso ordenamento jurídico. Busca-se, ainda, examinar a prisão em flagrante delito e os procedimentos previstos na legislação processual para seu encaminhamento judicial e, por fim, pesquisar sobre a audiência de custódia e verificar os benefícios e malefícios nas Comarcas que já a implantaram.

A relevância social da pesquisa decorre de que apenas no ano de 2015, algumas poucas Comarcas espalhadas pelo Brasil passaram a admitir e realizar a audiência de custódia, em que pese o Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido promulgado no ordenamento jurídico em 06 de novembro de 1992. Assim, torna-se necessário à análise da aplicação da audiência de custódia no Judiciário, de modo a verificar se a realização deste tipo de solenidade trará algum efeito prático, principalmente, no combate à superlotação de nossos estabelecimentos prisionais.

De outra parte, a hipótese que respalda o presente estudo consiste no fato de que a adoção da solenidade de custódia sobreveio com o objetivo, dentre outros, de combater a superlotação carcerária no sistema penitenciário brasileiro.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Outrossim, para a análise dos resultados da audiência de custódia, são averiguados os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e Departamento Penitenciário Nacional.

Para tanto, a presente monografia está dividida em três capítulos.

Com efeito, no primeiro capítulo, após breve introdução sobre os direitos humanos e fundamentais e a aplicação do Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil, são analisados os direitos das pessoas presas em flagrantes previstos na Constituição Federal do Brasil e no Código de Processo Penal brasileiro.

Em seguida, são examinadas as prisões em flagrante, temporária e preventiva. Sem prejuízo, ainda no segundo capítulo, estuda-se a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão. Ao final, aborda-se acerca da atual situação carcerária no Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo estuda-se conceituar-se a audiência de custódia e suas finalidades. Na sequência, estuda-se a sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro, além de, averiguar seus efetivos resultados.

Trata-se de um instrumento com previsão legal antiga, porém apenas começou a ser regulamentada no Brasil no ano de 2015.

2. DOS DIREITOS DA PESSOA AUTUADA EM FLAGRANTE

Toda pessoa que venha a ser presa, possui direitos assegurados por nosso ordenamento jurídico. São cautelas adotadas por um Estado Democrático de Direito, que visa a inviolabilidade da vida, integridade física e moral.

Nesse ínterim, no presente capítulo será analisado os direitos outorgados as pessoas que venham a ser presas em flagrante.

2.1 DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar ao mérito dos direitos materiais conferidos as pessoas autuadas em flagrante, necessário a análise dos direitos humanos e fundamentais.

2.1.1 Breve histórico dos direitos humanos

A audiência de custódia, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos é apenas uma garantia dentre muitas conquistadas pelos indivíduos ao passar dos anos.

Com efeito, esses direitos não surgiram do dia para a noite, sendo uma construção histórica, no decorrer de décadas, resultante, por vezes, de verdadeiras batalhas, pois, conforme esclarece Bobbio (2004, p. 5):

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Ramos (2008, p. 27) ensina que “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.

Ou seja, nesse norte diante de tais esclarecimentos de pronto se verifica que os pilares dos direitos humanos vão se pautar na liberdade, igualdade e dignidade.

Por oportuno, importante gizar que os direitos partirão destas premissas, porquanto inexistem um rol taxativo que busque demonstrar o que de fato é ou deixam de ser considerados direitos humanos.

Veja-se que Ramos (2008, p. 28) refere que

Os direitos humanos apresentam *valores essenciais*, que são explicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. A *fundamentalidade* dos direitos humanos pode ser *formal*, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser *material*, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo expressos – é indispensável para a promoção da dignidade humana.

Historicamente, o primeiro documento que trouxe uma ideia acerca dos direitos humanos foi em 1215, com a *Carta Magna* conferida pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra, que disciplinava a atuação do Estado com restrições tributárias, bem como, garantia um devido processo legal e liberdade de locomoção e religiosa. Após esse momento, bem é verdade que alguns documentos foram surgindo no campo dos direitos humanos, como o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e a *Bill of Rights*, de 1698, contudo, somente a partir da segunda metade do século XVIII que, de fato, com influência de pensadores como Voltaire, Rousseau e Kant, surgiram a Declaração da Independência Americana, em 1776 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (MARTINS, 1999, p. 254 ss).

Hoje existem três gerações de direitos humanos.

Com efeito, na primeira geração estão relacionados os direitos individuais, na forma dos direitos civis e políticos. Concernente aos direitos humanos de segunda geração, estes estão interligados à sociedade, referindo-se ao direito à saúde, segurança, educação, etc. Em relação a terceira geração, está diretamente relacionada com proteção a dignidade humana e das minorias vitimizadas, principalmente em decorrência dos episódios acontecidos durante a Segunda Guerra Mundial. (idem)

Aliás, sobre o tema, de se destacar os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes ao julgar o Mandado de Segurança nº 22.164/SP:

enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade

coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (BRASIL, 1995, p. 39-2006)

Assim, ainda que não exista um rol taxativo do que são considerados direitos humanos, tem-se que estes direitos estão diretamente interligados com as matérias supramencionadas.

2.1.2 Das características dos direitos humanos e fundamentais

Primeiramente, convém esclarecer que segundo Ramos (2008, p. 50):

a doutrina tende a reconhecer que os “direitos humanos” servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.

Esses direitos possuem como principais características a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, universalidade, complementariedade e a interdependência.

A imprescritibilidade, conforme ensinamentos de Ramos (idem, p. 94), “implica reconhecer que tais direitos não se perdem pela passagem do tempo: existindo o ser humano, há esses direitos inerentes”.

A irrenunciabilidade se refere ao fato de que nenhuma pessoa pode abrir mão daqueles direitos de modo que, ela pode até não gozá-los, porém, não pode deixar, renunciá-los, ao passo que a inalienabilidade se atém ao fato de que esses direitos são intransferíveis e inegociáveis (PINHO, 2002, p. 64).

Ramos, ademais, refere que “a indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna”, ou seja, cabe ao Estado (no sentido lato), assegurar o cumprimento de todos, porquanto indivisíveis e, portanto, interdependentes, eis que todos os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana de modo que se complementam (idem, p. 92-93).

No que se refere à inviolabilidade, Ângelo (1998, p. 18), menciona que “os direitos humanos são invioláveis, não podendo ser desrespeitados quer por

determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal”.

Assim, evidente que o surgimento dos direitos humanos ocorreu de modo gradual, sendo uma construção histórica ao longo dos anos, e que hoje buscam garantir um mínimo de proteção às pessoas, conforme restará demonstrado no decorrer desta monografia.

2.2 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada *Pacto de San José da Costa Rica*, restou assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, Costa Rica.

A convenção internacional procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.

O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Composto por 81 artigos, o tratado dispõe sobre direitos civis e políticos, englobando, dentre os quais, o direito à vida, liberdade, educação, integridade pessoal, dignidade, à nacionalidade, garantias judiciais, além de diversos outros.

O referido documento foi recepcionado pela legislação brasileira através do Decreto nº 678/92, em 06 de novembro de 1992, pelo então Presidente Itamar Franco. (BRASIL, 2015).

Ocorre que, muito se questionou acerca de sua real aplicação no Brasil, eis que ratificado antes da Emenda Constitucional (EC) nº 45/04, a qual acrescentou o § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal, que dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2016c).

Veja-se que antes da EC nº 45/04, muito se discutia acerca da hierarquia das normas emanadas de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Segundo Flávia Piovesan

“há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal. (2008, p. 71)

De se ver que aqueles que defendem o entendimento de norma supraconstitucional dos tratados, referem que aludidos documentos estão acima das normas internas, eis que firmados juntamente com outros Estados. Nas palavras de Hildebrando Accioly

“É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder. (...) Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados formam um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar. Daí também a razão por que a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: ‘É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado’” (ACCIOLY apud PIOVESAN, 2008, 69-70)

De outra parte, Flávia Piovesan (p. 61) revela que em 1977 o Supremo Tribunal Federal, mudou o entendimento da Corte, passando a entender que as normas contidas em tratados internacionais sobre direitos humanos deveriam ser equiparadas a lei federal

[...] com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Nesse sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek: “De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da

vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça — sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição o Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

De qualquer sorte, em que pese o entendimento assentado na Suprema Corte, no que se referem aqueles que defendem o pensamento de ser a hierarquia dos tratados infraconstitucional, ou seja, estar abaixo da Constituição Federal, porém, supralegal, isto é, estar acima das leis federais, Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 373) cita que recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar novamente sobre a matéria entendeu que

Certo avanço do Supremo Tribunal Federal, relativamente ao tema do conflito entre tratados e leis internas, se deu com o voto do Min. Sepúlveda Pertence de 29 de março de 2000, no RHC 79.785/RJ, em que entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos (e não outros...) como documentos de caráter supralegal (repita-se que, para nós, quaisquer tratados comuns já têm esse nível supralegal, tendo os tratados de direitos humanos índole e nível constitucionais). Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara no STF com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP, no qual se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais comuns ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, "parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos", segundo a qual "os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade". E continua: "Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipara-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana".

Por seu turno, Piovesan (idem, p. 64) é uma das defensoras da hierarquia constitucional dos tratados que versem sobre direitos humanos, porquanto conferindo este tipo de hierarquia, e em respeito ao princípio da norma mais favorável, tem-se a interpretação que se assemelha ao disposto na Constituição Federal de 1988. Tal entendimento entra em consonância com o disposto no Texto

Maior, que tem como uma das garantias proteger a dignidade humana, valor essencial do sistema constitucional.

E com o intuito de terminar com esse imbróglio jurídico, aprovou-se a EC 45/04, com o propósito de formalizar o *status* constitucional dos tratados que abordem temas de direitos humanos, pacificando, portanto, a interpretação constitucional do tratado.

De qualquer sorte, bem é verdade que ainda há certa discussão no que tange a forma constitucional dos tratados firmados anteriormente a EC 45/04, eis que, necessitariam ser aprovados pelo *quorum* estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Contudo, resta cristalino que

os tratados de direitos humanos guardam nível constitucional no Direito brasileiro, independentemente de aprovação qualificada nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, resolvendo-se eventual conflito entre tais tratados e as normas constitucionais pelo princípio *pro homine*, que preza pela aplicação da norma mais favorável ao ser humano. (MAZZUOLI, 378. p. 378-379).

Portanto, é de fácil conclusão que a Convenção Americana de Direitos Humanos de, presente em nosso ordenamento jurídico desde 1992, possui hierarquia de norma constitucional, podendo e devendo ser exigido seu cumprimento pelos operadores do direito, quando alguma norma naquele texto restar atacada, muito embora, este Tratado seja praticamente desconhecido pelos juristas brasileiros. (GOMES, VALERIO, 2009, p. 07).

Todavia, em existindo os direitos previstos na Convenção, cabem eles serem aplicados, independentemente da regulação por outra norma infraconstitucional, tal qual a audiência de custódia.

2.3 DOS DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inúmeros são os direitos previstos na Constituição Federal, os quais visam garantir um mínimo de segurança aquela pessoa autuada em flagrante.

Com efeito, toda pessoa autuada em flagrante possui direito à vida, à integridade física e moral, comunicação imediata da ocorrência da prisão ao juiz competente e à família ou qualquer outra pessoa a ser indicada pelo flagrado. Ainda

é garantida a assistência de um advogado e da família, além do direito de permanecer calado e à identificação dos responsáveis por sua prisão.

Os direitos e garantias previstas no Texto Maior devem ser respeitados, sob pena de responsabilização do Estado e seus agentes.

Primeiramente, cumpre referir que um dos principais direitos garantidos a pessoa, é o direito a vida, o qual se encontra previsto num extenso rol de direitos e garantias assegurados em nossa Carta Magna.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 2016c).

Portanto, compete ao Estado prevenir a violação da vida por parte de terceiros e punir aqueles que violarem arbitrariamente a vida de outra pessoa. Ademais, compete aos agentes do Ente, principalmente, não violarem de modo arbitrário a vida de terceiros. Esse é o entendimento de Alexandre de Moraes, o qual afirma que “a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”. (2015, p. 34)

Por tais circunstâncias que no Brasil é vedado, com exceção em períodos de guerras, à aplicação de pena capital.

A prisão no Brasil apenas poderá ocorrer em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente, conforme disciplina o art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, e é em relação a esta que a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe ser necessária a audiência de custódia. Outrossim, destaca-se que os tipos de prisão e seus requisitos serão analisados em momento oportuno.

De se ver que toda a pessoa presa tem direito a integridade física e moral, conforme estabelece a Constituição em seu artigo 5º, inciso XLIX. Este direito, segundo Ramos (idem, p. 504)

[...] consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra tratamento degradante, desumano ou tortura. Já o direito à integridade psíquica ou moral implica a vedação do tratamento desonroso ou que cause sofrimento psíquico desnecessário ou odioso.

Sobre o tema, Eugênio Pacelli vai além ao afirmar

[...] que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação; daí por que são inadmissíveis exames como o do soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada ou reconstituição dos fatos (art. 72, CPP). (2015, p. 391)

Nesse norte, a integridade física e psíquica do atuado em flagrante não pode restar violada.

Ainda, segundo dispõe o Texto Maior, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, inciso LXII, CF)

Tal disposição constitucional tem por objetivo informar a familiares e pessoas íntimas, além da autoridade judiciária o paradeiro da pessoa detida, tudo com o objetivo de evitar a prisão ilegal e prisão arbitrária (NOVELINO, 2012, p. 584).

Determinação semelhante há na Constituição portuguesa

A razão de ser da obrigação de comunicação da prisão preventiva a parente ou pessoa da confiança do detido está ligada fundamentalmente a dois objetivos: primeiro, certificar familiares e amigos acerca do paradeiro do detido; depois, permitir que este obtenha deles a assistência e o apoio de que necessite. (CANOTILHO, VITAL apud MENDES, 2008, p. 670).

Ademais, a Constituição brasileira de 1988 dispõe no inciso LXIII, do art. 5º, que o preso será informado de seus direitos, inclusive ao silêncio, além de lhe ser assegurado o direito à assistência de advogado e da família.

Conforme refere Mendes ao analisar o direito à assistência da família (2008, p. 671) “trata-se de direito que reclama medidas legislativas e administrativas de organização e procedimento com vistas a assegurar o acesso de familiares do detento e do eventual defensor”, o renomado jurista complementa mencionando que esta determinação busca “assegurar a necessária proteção à integridade física e psíquica do preso, bem como oferecer-lhe a necessária proteção jurídica”.

De outra parte, no que concerne à assistência de advogado, uma de suas principais intenções é assegurar o contraditório e a ampla defesa, eis que essas

garantias também restam previstas na Constituição Federal, conforme dispõe o art. 5, inciso LX.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2016c)

Acerca desta garantia, Tucci (2004, p. 350) menciona que

Não deve ser concebida como assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, assistência técnica, na acepção jurídica do termo, qual seja a atuação profissional de advogado legalmente habilitado.

A presença de um advogado, por conseguinte, busca dar a pessoa flagrada, desde a confecção do auto de prisão em flagrante, a amplitude de defesa.

Por outro lado, no que tange ao direito ao silêncio, Renato Brasileiro (2011, p. 58-59) esclarece que

Trata-se [...] de mandamento constitucional semelhante ao famoso *aviso de Miranda* do direito norte-americano, em que o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito. Os *Miranda right* ou *Miranda warnings* têm origem no famoso julgamento *Miranda v. Arizona*, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana, por cinco votos contra quatro, firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado. [...]

Ramos (*idem*, p. 564) acerca do tema, adverte que

É também denominado “autodefesa passiva”, com o investigado ou réu preferindo adotar uma linha de defesa não ativa, uma vez que cabe à Acusação provar o alegado. Ora, por conseguinte, não pode o acusado ser apenado por um exercício regular de direito de defesa, e, então, não se pode extrair nenhuma consequência negativa do direito ao silêncio [...]

Já Gilmar Mendes (*idem*, p. 672) refere que tal direito diz respeito ao princípio da não-auto-incriminação, o qual confere ao réu/suspeito, o direito de não produzir provas contra si.

De mais a mais quando se refere ao silêncio do réu, este não se restringe apenas ao ato de não falar, mas também a toda a possibilidade de autoincriminação

a que o autuado pode vir a ser submetido. Este é o raciocínio assentado por Aury Lopes Jr (2010, p. 208).

[...] O direito ao silêncio é muito mais amplo e inscreve-se na dimensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Conjugando-se com a presunção constitucional de inocência, bem como com a necessária recusa a matriz inquisitória, é elementar que o réu não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Mais, frise-se: a recusa não autoriza qualquer presunção ou mesmo indício de culpa.

Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência”.

Por fim, importante referir que o direito ao silêncio não é exclusividade apenas da pessoa presa em flagrante, mas a qualquer pessoa, eis que amparado pelo princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, tarefa única da acusação à demonstração da culpabilidade (GOMES FILHO, 1997, p. 113).

Ainda, a Constituição Federal estabelece ao preso o direito de identificação das pessoas responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório judicial, nos exatos termos do de seu art. 5º, inciso LXIV.

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 298 e ss):

A redação do texto admite duas modalidades. Uma consistiria no direito de requerer à autoridade superior a revelação dos nomes dos agentes responsáveis pelos atos referidos, mas muitas vezes o abuso não parte da autoridade superior. Essa mesma poderá estar mal informada. A identificação ganharia um outro significado: tratar-se-ia do direito do preso ver exibidos os agentes possíveis da prática do ato para que ele próprio identificasse visualmente o responsável. Aliás, uma modalidade não exclui a outra. Mas a conveniência de uma lei para resolver de antemão a dúvida seria, inequivocamente, de grande valia.

Outrossim, Salles Junior (1998, p. 61 apud BITTENCOURT, 2005) ainda menciona que

Especificamente, no ato do interrogatório policial, tem o preso direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório (LXIV). É evidente que a norma constitucional dirige-se a prevenir prisões arbitrárias, bem como interrogatórios com emprego de métodos condenáveis, como a tortura. Em última análise, fica garantida a identificação daquele que procedeu ao interrogatório ou à prisão, para o caso de eventual apuração de ilícito nessa prática.

Assim, resta perceptível que a identificação dos autores da prisão ou interrogatório, tem como objetivo fazer valer outra garantia constitucional a qual o preso tem direito, qual seja, integridade física e psíquica, eis que, ao identificar os autores da prisão/interrogatório, possibilitará, em caso de algum abuso por parte daqueles, buscar a responsabilização penal e civil.

Destarte, a Constituição da República Federativa do Brasil elenca uma série de direitos e garantias a pessoa presa, os quais devem ser respeitados. Com efeito, o não cumprimento desses requisitos deverá importar na responsabilização civil, administrativa e penal do agente público por eles incumbida, eis que se tratam de direitos subjetivos da pessoa autuada em flagrante.

2.4 DOS DIREITOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para a confecção do auto de prisão em flagrante, a autoridade responsável pela lavratura tem de cumprir algumas formalidades.

Com efeito, o art. 304, do CPP, menciona que ao apresentar o autuado à autoridade, esta deverá colher a oitiva do condutor e das testemunhas que lhes acompanharem. Ainda, é dever da autoridade, quando possível, proceder o interrogatório do autuado acerca do delito que lhe é atribuído. Por fim, deverá a autoridade colher a assinatura de todos os envolvidos. (NUCCI, 2013, p. 611).

Contudo, assim como na Constituição Federal, o Código de Processo Penal elenca uma série de direitos e garantias a pessoa flagrada cometendo ilícito penal e estes deverão ser prestigiados pela autoridade.

Deveras, estabelece o Diploma processualista, em seu art. 306, as seguintes garantias:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 2016d)

Ademais, o referido Texto Legal ainda menciona que

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
 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 (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
 III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 2016d)

No que concerne ao disposto no *caput*, do art. 306, de se ver que este possui semelhante determinação ao art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, devendo o agente estatal comunicar ao Juiz competente, além de algum familiar indicado pelo autuado, acrescentando, por outro lado, que também o Ministério Público deverá ser avisado da prisão em flagrante, tal capitulação restou introduzido no CPP através da Lei nº 12.403/2011.

Veja-se que segundo Fernando Capez (2012, p. 322):

[...] a Lei n. 12.403/2011 trouxe uma inovação, qual seja, a comunicação imediata da prisão também ao Ministério Público. O advérbio de tempo imediatamente quer dizer logo em seguida, ato contínuo, no primeiro instante após a voz de prisão. Em tese, isso deveria ser feito antes mesmo de se iniciar a lavratura do auto, por qualquer meio disponível no momento, desde que eficaz (telefone, fax, mensagem eletrônica etc.).

No mais, para Machado (2013) “trata-se, a nosso sentir, de cautela devida à máxima tutela das liberdades públicas, visando coibir, em absoluto, qualquer resquício de práticas de terror como aquelas que assombraram passado recente brasileiro na época ditatorial”.

Ou seja, a comunicação ao Ministério Público foi imposta pelo legislador, também, como uma forma de prevenção aos abusos de autoridades que possam vir a ocorrer durante a autuação em flagrante.

Em relação ao §1º, do art. 306, do CPP, este resta claro no sentido de que a Defensoria Pública deverá ser comunicada em caso de o autuado não constituir advogado.

Entretanto, Paulo Rangel (2015, p. 803) defende que

[...] o ideal seria se a prisão somente pudesse ser documentada, através do APF, se o advogado ou defensor público estivesse presente à delegacia.

Resguardaríamos seus direitos e garantias individuais e impediríamos qualquer abuso, inclusive, para as autoridades policiais, seria uma garantia de um trabalho correto, justo e transparente, evitando aquela alegação costumeira do indiciado, em juízo, de que fora torturado na unidade policial. Comunicar ao defensor público depois que a prisão tiver sido documentada de pouco adianta ao indiciado que pode ser coagido, de alguma forma, a dizer algo que não queira ou a fazer algo que a lei não autoriza.

Pensamos que, em cada delegacia de polícia, deveria existir um defensor público para presenciar a lavratura do APF e assegurar os direitos constitucionais do indiciado. É bem verdade que a estrutura do estado brasileiro é deficitária do número normal de defensores públicos, mas isso não é problema do indiciado, e sim de efetivação das garantias constitucionais. Terceiro, pensamos que se a comunicação da prisão não for feita ao defensor para que eventuais medidas, em prol de sua liberdade e de seu status *dignitatis*, possam ser tomadas, haverá nulidade do APF. O ato prisional, embora legal, perde seu caráter coercitivo se não houver a comunicação da prisão ao defensor público.

Por seu turno, Silva (2007), ex-defensor público, refere que

[...] recebida a comunicação do flagrante pelo Defensor, que deve ser acompanhada de cópia do auto, ele deverá perquirir a observância das formalidades legais (se o fato narrado realmente é criminoso; se era caso de prisão em flagrante; se as garantias constitucionais do preso foram observadas, se houve entrega de nota de culpa; comunicação à família; ao juiz, dentre outras formalidades) e daí elaborar eventual pedido de relaxamento. Anote-se que a ausência de comunicação ou a comunicação incompleta (desprovida de cópia do flagrante) transmudará a prisão em ilegal (não eivará o procedimento deflagrado, mas imporá o relaxamento da prisão).

Assim, por evidente que a Defensoria Pública, a qual teve um reconhecimento maior como instituição, deverá indicar um agente para cada comarca, disponibilizando, ainda, regime de plantão para o acompanhamento e recebimento de eventuais autos de prisão e, quando necessário, realizar os pedidos pertinentes. Como menciona Santos Junior (2007), “o bônus do reconhecimento institucional vem atrelado ao ônus da presença nos procedimentos, o que, no mais, demonstrará a imprescindibilidade do órgão defensorial”.

Em relação ao disposto no §2º, do art. 306, assevera Nucci (idem, p. 616) que “a nota de culpa é o documento informativo oficial, dirigido ao indiciado, comunicando-lhe o motivo de sua prisão, bem como o nome da autoridade que lavrou o auto, da pessoa que o prendeu (condutor) e o das testemunhas do fato”.

Veja-se, ainda que

A entrega da nota de culpa é de vital importância para a validade da prisão. Com a nota de culpa, a garantia de informação é assegurada, tendo o preso a certificação formal dos motivos da prisão, com a indicação dos seus responsáveis e o nome das testemunhas. Neste contexto, a não entrega da

nota de culpa, ou a sua entrega a destempo, sem justificativa razoável, pode implicar na ilegalidade da prisão, desaguando em relaxamento (art. 5º, inciso LXV da CF). (TAVARES; ALENCAR, 2015, p. 846).

Por derradeiro, a entrega da nota de culpa ao flagrado é de suma importância também para evitar abusos de autoridades, ao passo de visar garantir uma amplitude de defesa em futuro processo, eis que dá ao autuado o conhecimento das pessoas que lhe prendeu e testemunharam tal situação.

Como se vê, o auto de prisão em flagrante deverá ser em até 24h, remetido ao Juízo competente.

[...] o que faz o juiz é avaliar a situação de flagrância, se realmente ocorreu alguma das situações do art. 302 ou 303 anteriormente analisados, e ainda, se todo o procedimento para elaboração do auto de prisão em flagrante foi devidamente desenvolvido, especialmente no que tange à comunicação imediata da prisão ao juiz, a entrega da nota de culpa ao preso e a remessa ao juízo no prazo de 24h. é, em última análise, a fiscalização da efetivação do disposto no art. 306. (LOPES JR, 2014, p. 841).

Caberá ao Julgador, portanto, analisar as formalidades do auto de prisão em flagrante, e em não estando alguma delas preenchidas, deverá o Magistrado, forte no art. 310, do CPP, relaxar a prisão, eis que eivada por ilegalidade.

Se forem desobedecidas as formalidades exigidas pela lei para a lavratura do auto. Não se trata de concessão de liberdade provisória, mas de nulidade de um auto formalmente imperfeito. Relaxado o flagrante, nada impede que o juiz decrete a preventiva, desde que presente um dos motivos previstos no art. 312 do CPP, autorizadores da tutela cautelar, e desde que outra medida cautelar menos gravosa, dentre as elencadas no art. 319 do mesmo Código, seja insuficiente. (CAPEZ, 2015. p. 311).

Outrossim, caso preenchido os pressupostos da prisão, caberá ao Juízo verificar os requisitos da prisão cautelar.

Tendo sido legal a prisão em flagrante, o juiz deve verificar se concederá a liberdade provisória ou se decretará a prisão preventiva. Sendo esta última medida de caráter excepcional, o juiz só poderá decretá-la se estiverem estritamente presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, que serão adiante analisados. (REIS, 2012, p. 377)

Destaca-se que o magistrado, para a decretação da prisão preventiva deverá, além de demonstrar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, fundamentar o porquê de não aplicar uma medida cautelar diversa da prisão. (LOPES JR, 2015. p. 842), ao passo que, por outro lado, se “ausentes os requisitos

que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e observados os critérios constantes do art. 282". (CAPEZ, 2015, p. 312).

Diante disso, denota-se serem inúmeras as garantias legais e constitucionais que devem ser observadas pela autoridade, a fim de validar o auto de prisão em flagrante. O não respeito a tais pressupostos, além de afronta aquelas normas, fere, de morte, ao princípio constitucional da legalidade.

3. DA PRISÃO, LIBERDADE PROVISÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO E A SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL

3.1 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Consoante verificado no capítulo anterior, vários são os direitos assegurados as pessoas presas em flagrante. Contudo, cumpre esclarecer os momentos em que resta caracterizada a prisão em flagrante.

Veja-se que “o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial” (GRECO FILHO, 2013, p. 303).

Primeiramente, insta esclarecer que nos termos do artigo 301, do CPP, “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, ou seja, segundo referido dispositivo legal, os agentes policiais têm a obrigação de prender aquele que restar surpreendido em flagrante delito, ao passo que, por outro lado, tal circunstância é apenas uma faculdade ao cidadão comum.

Segundo dispõe o art. 302, do Código de Processo Penal

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

Conforme entendimento doutrinário, as duas primeiras hipóteses do mencionado artigo se referem ao chamado flagrante próprio, o qual também é denominado de real, propriamente dito ou perfeito. Por outro lado, a terceira possibilidade é conhecida como quase flagrante também chamado de impróprio ou imperfeito. No que concerne à quarta possibilidade, tem-se por flagrante ficto ou presumido (BONFIN, 2009, p. 405/406).

Em relação aqueles caso em que o indivíduo está cometendo a infração penal, Aury Lopes Jr. (idem, p. 826) assevera que

[...] ocorre quando o agente é surpreendido cometendo o delito, significa dizer, praticando o verbo nuclear do tipo. Inclusive, a prisão nesse momento poderá, dependendo do caso, evitar a própria consumação. Como explica CARNELUTTI, a noção de flagrância está diretamente relacionada a *la llama, que denota com certeza la combustión; cuando se v ella llama, es indubidable que alguna cosa arde*. Coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta. Como sintetiza o mestre italiano, a flagrância não é outra coisa que a *visibilidadade del delito*.

Por outro lado, referente à segunda possibilidade de flagrante próprio é a “de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso”. Ademais, segundo o autor, “a prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo” (TÁVARA; ALENCAR, 2014, p. 715).

Concernente ao flagrante imperfeito, este ocorre nas ocasiões em que o indivíduo é perseguido, momentos após a prática do delito, de modo que se faça presumir ser o autor do ilícito. De se ver que o termo “logo após” não detém a mesma rigidez da situação prevista no inciso II, do artigo 302, do CPP, ou seja, admite-se a existência de um determinado período temporal a prática do fato, apuração das circunstâncias do caso concreto e o início da perseguição, propriamente dita. Ademais, cumpre referir que inexistente prazo máximo para deixar de caracterizar a espécie do flagrante em apreço, porquanto a perseguição pode perdurar por dias. Contudo, tal perseguição há de ser ininterrupta (CAPEZ, 2014, p. 321).

A respeito da perseguição mencionada alhures, esta se caracteriza pela observância dos requisitos do art. 290, §1º, do Código de Processo Penal

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

No tocante ao flagrante ficto, esclarecedor é o ensinamento de Alexandre Cebrian Araújo Reis (idem, 361)

Nessa modalidade, o sujeito não é perseguido, mas localizado, ainda que casualmente, na posse das coisas mencionadas na lei, de modo que a situação fática leve à conclusão de que ele é autor do delito. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém rouba um carro e, algumas horas depois, é parado em uma blitz de rotina da polícia que constata a ocorrência do roubo e, por isso, leva o condutor do veículo até a vítima que o reconhece, ou, ainda, quando o furtador de uma bolsa feminina é flagrado por policiais em uma praça, vasculhando o interior da bolsa minutos após o furto.

[...]

O alcance da expressão “logo depois” deve ser analisado no caso concreto, em geral de acordo com a gravidade do crime, para se dar maior ou menor elasticidade a ela, sempre de acordo com o prudente arbítrio do juiz. Em pesquisas de jurisprudências é possível verificar que têm sido plenamente aceitas as prisões ocorridas várias horas após o crime. Em alguns casos mais graves, como nos de homicídio, já se admitiu o flagrante ficto até no dia seguinte ao do crime, mas nunca dois dias depois ou mais.

Como se percebe, o artigo 302, do CPP prevê quatro modalidades de prisões em flagrante delito, desde o momento em que o agente é surpreendido cometendo o ilícito até aquelas situações em que se presume ser ele o autor de determinada infração.

Ainda, o CPP dispõe sobre o flagrante nos crimes permanentes.

Delitos permanentes são aqueles em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor por tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo. [...] os crimes permanentes são, em sua maioria, delitos de mera atividade, mas também podem ser delitos de resultado, no caso em que um determinado resultado constantemente volte a realizar-se de novo, mantendo-se o estado antijurídico. (ROXIN, 1997, p. 329 apud LOPES JR, 2014, p. 831)

Outrossim, Bitencourt (2012, p. 312) complementa afirmando que “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro).”.

Em virtude dessa situação, o estado de flagrância se prolonga no tempo, enquanto não cessar a permanência, conforme inteligência do art. 303, do CPP.

Sem prejuízo dos já analisados, ainda há a existência de outras modalidades de flagrantes adotadas pela doutrina, quais sejam, forjado, provocado, preparado, esperado ou protelado.

Em relação ao flagrante forjado é caracterizado pela invenção de uma situação a fim de tentar caracterizar um delito para a prisão de determinado indivíduo. Tal circunstância se mostra comum através do enxerto de drogas, na qual agentes, ao introduzir (enxertar) o entorpecente, legitima a prisão do indivíduo.

Trata-se, em verdade, de um crime por parte do agente público, sendo de todo ilegal o flagrante em questão. (LOPES JR, 2014, p. 833).

No tocante aos flagrantes provocado e preparado, esses ocorrem na medida em que uma terceira pessoa induz o flagrante ao cometimento da ação na qual desencadeou sua prisão, em tese, em flagrante.

Com efeito, “ocorre quando a autoridade instiga a prática de um crime, de maneira que é cometido preponderantemente em razão de sua atuação.” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 717).

De se destacar que tal prática, contudo, é rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual considera inexistir crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação do delito, consoante Súmula nº 145.

Por outro lado, necessário fazer uma distinção entre o flagrante preparado (e provocado) e o esperado, pois, segundo Tourinho Filho (2010, p. 664)

Não se deve confundir, contudo, o flagrante preparado com o flagrante esperado. Hungria, aliás, já chamava a atenção para a distinção: “Deve-se notar, porém, que já não há falar em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a estes apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções” (cf. comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, t. 2, p. 105). Quando a autoridade é informada de que alguém vai, em determinado lugar, cometer um crime e, incontinenti, para lá se dirige, tomando, a tempo, as necessárias providências para que o crime não ocorra, a situação se iguala à do flagrante preparado, pois num e noutro o crime impossível. Todavia, se a polícia chegar ao local e encontrar o agente praticando atos de execução, não podendo prosseguir em face da pronta intervenção dos agentes policiais, ou se já perpetrou o crime, não se pode negar, no primeiro caso, a figura da tentativa e, no segundo, a de um crime consumado. A prisão em flagrante é legal.

Ou seja, se o indivíduo já havia iniciado a execução do delito, de modo que a polícia apenas aguardou a consumação do fato, sem qualquer intervenção para a execução, válido é o flagrante. Por outro lado, a autoridade ao induzir a prática do crime, impossível é a sua consumação, nos termos do art. 17, do Código Penal, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ainda há a possibilidade do flagrante protelado.

A Lei nº 12.850/13 define o que é organização criminosa e disciplina a investigação desse tipo de delito. Tal Norma prevê uma alternativa de proteção da ação policial no intuito de dar voz de prisão ao(s) agente(s), a fim de acompanhar e identificar outros membros do grupo. (PACELLI, 2015, p. 540).

Por outro lado, Aury Lopes Jr (2014, p. 835) adverte que “tal dispositivo somente pode ser aplicado aos casos de organização criminosa”. Referido doutrinador ainda complementa que

Retarda-se a prisão em flagrante (a lei infelizmente não define limite temporal) para – por exemplo – uma semana depois da prática do crime. Com isso, a polícia mantém o suspeito sob monitoramento, para ter acesso aos demais membros da organização criminosa, bem como apurar a prática de outros delitos. No momento mais oportuno, realiza a prisão em flagrante de todos os agentes.

Consigne-se, por fim, que nos delitos de menor potencial ofensivo, não há prisão em flagrante, nos termos da Lei que regula os Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), em especial, o artigo 69, parágrafo único, o qual refere que

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

Assim, não caberá a prisão em flagrante nos delitos considerados de menor potencial ofensivo.

3.2 DAS PRISÕES TEMPORÁRIA E PREVENTIVA

3.2.1 Da prisão temporária

A prisão temporária “é medida urgente, lastreada na conveniência da investigação policial, justamente para, prendendo legalmente um suspeito, conseguir formar, com rapidez, o conjunto probatório referente tanto à materialidade quanto à autoria”. Seu escopo é “propiciar a colheita de provas, quando, em crimes graves, não há como atingi-las sem a detenção cautelar do suspeito” (NUCCI, 2006, p. 658/659).

Tal hipótese de custódia cautelar está prevista na Lei nº 7.960/89, a qual, assim dispõe:

Art. 1º Caberá prisão temporária:
I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

De outro lado, o rol de crimes é taxativo, sendo cabível a decretação da prisão temporária apenas em delitos de homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/06); crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986) ou nos crimes previstos na Lei de Terrorismo (Lei nº 13.260/16).

A respeito dos requisitos, Fernando Capez (2014, p. 349) refere que

[...] para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito u indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.

Nesse contexto, a decretação da custódia provisória apenas se mostra plausível nas hipóteses dos crimes previstos no inciso III, daquela Lei, ao passo que alguma(s) das duas circunstâncias dos incisos I ou II da referida Norma deverão estar presente.

Posição diferente, contudo, defendem Antonio Scarance Fernandes e Aury Lopes Jr, os quais defendem a necessidade do preenchimento dos três requisitos previstos em lei.

De se ver que conforme leciona Bonfim (idem, 424), a prisão temporária

[...] não poderá ser decretada de ofício. Depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial (art. 2º, *caput*), caso em que deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 2º, §1º). O magistrado terá, após o requerimento ou representação, o prazo de 24 horas para determinar fundamentadamente, se for o caso, a prisão temporária (art. 2º, §2º).

De outro lado, cumpre referir que a prisão temporária possui prazo máximo definido em lei.

Com efeito, o *caput* do art. 2º, da Lei 7.960/89 estabelece que o prazo máximo será de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Outrossim, com o advento da Lei nº 8.072/90, o prazo da prisão temporária restou elevado para trinta dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Destaca-se que a elevação do prazo ocorreu apenas para aqueles delitos considerados hediondos.

Não obstante o prazo legal, Paulo Rangel (2011, p. 813) entende ser possível a decretação da custódia cautelar por período inferior ao prazo máximo previsto em lei. Segundo o jurista, a prisão em questão tem por objetivo garantir o cumprimento de determinada diligência e, existindo a possibilidade do cumprimento em menor período, cabível, portanto a decretação da prisão temporária por tempo inferior.

Destaca-se que transcorrido o prazo legal, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, nos termos do art. 2º, §7º, da Lei 7.960/89.

Em suma, a prisão temporária possui os requisitos previstos em Lei, devendo estes estar preenchidos para que a custódia possa ser decretada, possuindo, de igual modo prazo máximo, de forma que sua não observância poderá acarretar na configuração do crime de abuso de autoridade.

3.2.2 Da prisão preventiva

Assim como a prisão temporária, a prisão preventiva possui caráter cautelar, devendo, portanto, estar preenchidos os requisitos previstos em lei para relativizar o direito de liberdade da pessoa.

Para tanto, assim como qualquer medida cautelar, necessário que se mostre presente o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Esse é o ensinamento de

Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 230/231), ao discorrer sobre os pressupostos da custódia preventiva

[...] para que possamos decretar toda e qualquer medida cautelar, e com muito maior razão a prisão preventiva, urge que seja demonstrada a plausibilidade da prática de um delito por parte do indiciado/acusado. Em outras palavras, deve-se verificar se há *fumus commissi delicti*, ou seja, a fumaça de que foi cometido um delito. Não se pode admitir uma medida tão agressiva ao *status libertatis* se não houver ao menos um mínimo de provas a indicar a autoria e a materialidade delitiva [...].

Não obstante a necessidade da presença de elementos que demonstre a existência do delito, ao menos, indícios de autoria por parte do agente deve, também, restar plenamente demonstrada. Ou seja, “o delito precisa estar provado e a autoria necessita ser ao menos provável” (PEDROSO, 2001, p. 104).

Contudo, além da existência de indícios de autoria e da prova da materialidade, necessário que os requisitos contidos no CPP, estejam preenchidos.

Segundo disciplina o artigo 312, do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Para tanto, é necessário prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

De pronto, cumpre referir que o termo ordem pública é muito amplo, inexistindo consenso, por parte da doutrina, do que, de fato, é garantir a ordem pública.

Para Antônio Alberto Machado (2012, p. 586), “a ameaça capaz de abalar a ordem pública há de ser aquela que atinge e abala toda a coletividade, e não apenas os atingidos direta ou indiretamente pelo fato”.

Por outro lado Nestor Távora e Rosmar Alencar (idem, p. 734) entendem que a ordem pública resta ameaçada quando um indivíduo representa um perigo para a sociedade pela possibilidade de novas práticas delituosas, caso seja mantido em liberdade.

Já para Tourinho Filho (2003, p. 509)

“Periculosidade do réu”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.

Por certo, não há definição exata do que é ordem pública, contudo, o simples clamor das mídias e social não podem ser subsídios para a decretação da custódia cautelar.

Em relação a garantia da ordem econômica, esta foi inserida no Código de Processo Penal através da Lei nº 8.884/94. Bonfin (idem, p. 418) explica que

tem origem histórica no combate aos chamados “crimes do colarinho branco”. O encarceramento, nesse caso, visa impedir que o indiciado ou réu continue sua atividade prejudicial à ordem econômica e financeira. Busca, também, salvaguardar a credibilidade da justiça, afastando a sensação de impunidade. Nesse caso, a magnitude da lesão econômica tem sido usada para justificar a prisão preventiva (vide art. 30 da Lei n. 7.492/86), tratando-se, pois, de decisão com base na gravidade concreta do delito.

No que se refere à conveniência da instrução criminal, visa garantir que o réu não dificulte a instrução do processo.

Com efeito, busca garantir o devido processo legal, na busca da verdade real. A tentativa de obstrução de investigação, ameaça a testemunhas ou perturbação a colheita de provas por parte do suspeito ou denunciado, pode dar ensejo a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, 2013, p. 624).

Para tanto, Mendonça (2011, p. 274) adverte que

Caso seja decretada a prisão preventiva apenas por conveniência da instrução criminal, finda esta (seja ao final da audiência ou, no máximo até a realização das diligências finais do art. 402, do CPP), perde sentido a manutenção da custódia [...].

Ou seja, na fundamentação acerca da conveniência da instrução criminal, colhida a prova que o agente buscava dificultar sua obtenção, cessam-se os motivos da segregação cautelar, devendo a prisão preventiva ser imediatamente revogada.

De outra parte, a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal “contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória” (PACELLI, 2014, p. 554). No entanto, “o risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas” (LOPES JR, 2014, p. 856).

Portanto, a decretação da prisão preventiva a fim de garantir a aplicação da lei penal apenas se justifica mediante indícios de que o réu tenha a intenção de fugir e frustrar eventual aplicação de pena, em caso de condenação.

Por fim, Machado (2012, p. 597) atenta que “essa custódia só se justifica se a condenação for plausível ou provável e se a pena a ser imposta for pena privativa de liberdade”.

De mais a mais, não obstante as causas previstas no *caput* do art. 312, do Código de Processo Penal, o parágrafo único do referido artigo dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação impostas através das medidas cautelares poderá determinar a decretação da custódia cautelar. No ponto, os ensinamentos de Antônio Alberto Machado (*idem*)

A prisão preventiva é medida a ser aplicada em *ultima ratio*, isto é, em último caso, excepcionalmente. Logo, se as medidas alternativas não forem suficientes para acautelar as situações de *periculum* definidas no art. 282, I e *caput* do art. 312, do CPP, natural que a custódia preventiva seja decretada, desde que se faça presente algum dos pressupostos legais do art. 313, do CPP.

Quanto aos pressupostos do art. 313, do CPP, assim dispõe o referido artigo

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 2016d)

Segundo Nestor Távora e Rosmar Alencar (*idem*, p. 736/737)

A preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (art. 313, I, CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/2011). Os crimes culposos e as contravenções penais, neste parâmetro inicial, não admitem a prisão preventiva. A lei é intransigente, restringindo aos crimes dolosos

(com pena de reclusão ou detenção superior a quatro anos), o âmbito de incidência desta medida prisional. Daí se conclui que nem todos os crimes dolosos admitem a preventiva.

De outra parte, em relação ao inciso II, do art. 313, do CPP, cumpre trazer a baila as críticas de Aury Lopes Jr. (idem, p. 860)

Trata-se da situação do réu reincidente em crime doloso. Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha de máxima estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*. Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada. É verdade que o STF no Recurso Extraordinário RE 453000, julgado em 04 de abril de 2013, afirmou a constitucionalidade da agravante da reincidência, mas isso não basta por si só como fundamento de uma prisão preventiva. O art. 313 somente tem aplicação quando presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do art. 312. Pensar-se uma prisão preventiva com base, exclusivamente no fato de ser o agente reincidente, poderia constituir uma violação do princípio da proporcionalidade. Ademais, levantaria o seguinte questionamento: onde estaria o caráter cautelar dessa prisão? Por último, recordemos que os efeitos da reincidência cessam se entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o novo delito (pelo qual se postula a prisão preventiva) já tiverem passado 5 anos.

Dessarte, pensamos que esse inciso, de forma isolada, não justifica a prisão preventiva.

No que tange a hipótese do crime que 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, de igual modo, a decretação da custódia cautelar se mostra como medida *ultima ratio*, ou seja, última medida a ser tomada pelo Juízo.

Com efeito, as medidas protetivas são medidas cautelares que visam a segurança da parte vulnerável, seja mulher, criança, adolescente, idoso, etc. Ocorre que a custódia cautelar apenas poderá ser decretada, quando as medidas protetivas anteriormente deferidas se mostrarem ineficientes para a proteção do ofendido, de modo que o ofensor venha, reiteradamente, descumprir as medidas cautelares.

Assim, apenas poderá o Juízo decretar a custódia cautelar em caso de reiterado descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Em relação ao parágrafo único, Capez (idem, p. 338) adverte que “pouco importa a natureza do crime ou a quantidade da pena”. Outrossim, por evidente que essa hipótese apenas caberá em situação excepcional, na qual o agente se recusa de modo veemente de se identificar, colocando a instrução penal e, conseqüentemente a aplicação da Lei em risco. Por conseqüência, identificado

criminalmente, inexistindo outra hipótese que autorize a decretação de sua custódia cautelar, deverá o agente ser posto imediatamente em liberdade, sob pena de sofrer coação ilegal. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 737).

De se destacar, ainda, que segundo o art. 314, do CPP, não caberá a decretação da prisão preventiva caso o juiz, ao compulsar as provas constantes dos autos, verificar que o agente tenha praticado o delito em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Certo, portanto, da necessidade de restar presente um ou mais dos requisitos previstos na legislação.

Outrossim, convém destacar que a gravidade abstrata do delito, ou seja, o fato de o delito ser considerado grave, por si só não tem o condão de justificar a decretação da custódia cautelar. Este é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. 3. Segregação cautelar mantida com base, apenas, na gravidade abstrata do crime. 4. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida para revogar o decreto prisional sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. (HC 134382, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 18-08-2016 PUBLIC 19-08-2016) (Brasil, 2016).

Não por outros motivos é o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 587)

Trata-se de constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva, quando o juiz se limita a repetir os termos genéricos do art. 312 do Código de Processo Penal, dizendo, por exemplo, que decreta a prisão preventiva para “garantia da ordem pública”, sem demonstrar, efetivamente, conforme os fatos do processo ou procedimento, de onde se origina esse abalo.

Nesse ínterim, o não preenchimento dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, torna ilegal e arbitrária a prisão preventiva decretada, podendo ser sanada através do remédio constitucional *habeas corpus*, a fim de revogar a prisão decretada, uma vez que a prisão preventiva é medida excepcional, já que a liberdade é a regra, ante a presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

3.3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

3.3.1 Da liberdade provisória

Consoante mencionado alhures, a prisão preventiva se mostra como medida *ultima ratio*, ou seja, medida extrema a ser adotada pelo Juízo apenas em casos excepcionais. Nesse contexto, “a liberdade provisória é uma medida alternativa, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva, que fica efetivamente reservada para os casos graves” (LOPES JR., 2014, p. 913).

Veja-se que o Texto Maior estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Tal dispositivo advém de uma interpretação da presunção de inocência, esculpida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Para Antônio Alberto Machado (2012, p. 673) “a liberdade provisória, definida como direito de não ser preso durante a instrução do processo até o seu julgamento final, é, na verdade, a regra a ser observada no campo do processo penal”.

No ponto, cumpre referir que o art. 321, do CPP, é enfático ao dispor que

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Em outras palavras, conforme já mencionado, inexistente os requisitos autorizadores da custódia cautelar, deverá o Juízo conceder a liberdade provisória ao indivíduo.

3.3.1.1 Da liberdade provisória com fiança

Segundo Nucci (2013, p. 641), “fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo”.

Referido doutrinador assevera que a intenção da fiança é assegurar a liberdade provisória, desde que preenchidas determinadas condições. Em outras palavras, entregando valores ao Estado, estaria vinculando o réu/suspeito ao devido acompanhamento do trâmite processual, a fim de que ele, eventualmente, pudesse receber os valores pagos ao final do feito.

A estipulação da fiança resta prevista no art. 325, do CPP, o qual assim dispõe:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes. (BRASIL, 2016d)

Quanto ao valor da fiança, a autoridade levará em consideração a natureza da infração, além de verificar as condições financeiras e de vida pregressa do indivíduo. Ainda, deverá ser observada as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento, nos exatos termos do art. 326, do CPP.

Outrossim, conforme estabelece o art. 322, do CPP, a autoridade policial somente poderá conceder a fiança naqueles casos em que a infração tenha pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Por outro lado, nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, o qual deverá se manifestar em no máximo 48 (quarenta e oito) horas.

No entanto, cumpre lembrar que a Constituição Federal veda a concessão de fiança em alguns delitos. Com efeito, a prática do racismo, os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, o terrorismo, os definidos como crimes hediondos, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático são delitos insuscetíveis de fiança, consoante estabelece o art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Carta Magna.

De se ver que uma vez concedida à fiança o flagrado tem o compromisso de estar presente em todos os atos processuais em que restar devidamente intimado, não alterar seu endereço, tampouco se ausentar por período superior a oito dias de seu domicílio sem a prévia autorização da autoridade judicial (CAPEZ, 2014, p. 359).

Em suma, consoante menciona Antônio Machado (2012, p. 676 e 686)

A liberdade com fiança é concedida sempre mediante compromisso do preso de comparecer perante a autoridade quando chamado para os atos do inquérito ou do processo, inclusive para o julgamento, obrigação de não mudar de residência sem prévia comunicação (art. 327 e 328). Não há dúvida de que a fiança é um direito subjetivo, e se a autoridade policial se recusar ou retardar a sua concessão, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la diretamente ao juiz, por simples petição que será apreciada e decidida em 24 horas (art. 335, CPP).

Por derradeiro, nos termos do art. 337, do CPP, em caso de absolvição do réu por sentença transitada em julgado ou se declarada sem efeito à fiança, o valor, atualizado, será integralmente devolvido ao réu, sem descontos.

Contudo, em caso de prescrição da sentença condenatória, o valor da fiança não será restituído, conforme inteligência do art. 336, parágrafo único, do CPP.

Por fim, contra a decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança será cabível a interposição de recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, inciso V, do CPP. Sem prejuízo, caberá a impetração de *habeas corpus* em favor do flagrado, eis que resta caracterizado coação ilegal quando não for admitida a prestação de fiança nos casos em que a lei a autoriza, consoante preconiza o art. 648, inciso V, do mesmo Diploma Legal.

3.3.1.2 Da liberdade provisória sem fiança

De outro canto, no que concerne a liberdade provisória sem fiança, Renato Marcão (2012, p. 242) aduz que

A liberdade provisória é uma contracautela cabível após prisão em flagrante revestida de legalidade, que tem por objetivo restituir à vida livre aquele contra quem não se faz justificada a decretação de prisão preventiva. Nestes termos, conforme concebidas, em sua forma básica e original, a concessão e fruição da liberdade provisória não estão condicionadas ou

vinculadas à satisfação de qualquer obrigação (nem mesmo de comparecimento aos atos do processo), mas eventualmente poderá o juiz, se entender cabível, no ato de concessão impor uma ou mais dentre as medidas cautelares diversas da prisão alinhadas nos arts. 319 e 320, observados os critérios do art. 282, ambos do CPP.

Por sua vez Andrey Borges de Mendonça (2012, p. 380) refere existir três modalidades de liberdade provisória sem fiança:

A primeira ocorre quando, mesmo sendo afiançável a infração, a situação econômica de penúria do réu indicar a necessidade de dispensa do pagamento da fiança, nos termos do art. 350 do CPP. Neste caso, os vínculos serão os mesmos da fiança, menos o pagamento desta. A segunda hipótese em que se imporá a liberdade provisória sem fiança será no caso de o juiz verificar que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incs. I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ou seja, sob o manto de uma causa excludente de antijuricidade, nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP. Nesse caso teremos a liberdade provisória mais tênue de todas: o vínculo consistirá somente no comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único). Por fim, a terceira e mais importante situação: quando a infração for inafiançável (art. 323 e 324 do CPP). Neste caso, o magistrado poderá impor as medidas alternativas indicadas no art. 319, isolada ou cumulativamente, com exceção da fiança, vinculando-o mais ou menos ao processo.

Veja-se que quanto à primeira hipótese, sendo o flagrado hipossuficiente economicamente para a quitação de eventual fiança, poderá o Magistrado conceder-lhe liberdade provisória sujeitando-o as condições do art. 327 e 328, do CPP. No ponto, aliás, bem lembra Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 652) ao dispor que “não seria justo que o rico fosse beneficiado pela liberdade provisória e o pobre ficasse preso, unicamente por não dispor de recursos para custear a fiança”.

Em relação à segunda opção trazida a lume pelo doutrinador, existindo elementos que apontem que o flagrado praticou o delito em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, o juiz poderá, desde que de maneira fundamentada, conceder a liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais. Ademais, “essa é, neste caso específico, a única obrigação que poder ser imposta ao imputado” (LOPES JR, 2014, p. 916).

Por derradeiro, concernente à terceira circunstância, esta se refere aquelas situações em que for inafiançável o delito. Além das hipóteses previstas na Constituição Federal (e mencionadas anteriormente), o art. 324, do CPP disciplina que não caberá fiança aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança

anteriormente concedida, infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328, do CPP, nos casos de prisão civil ou militar e quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Seja como for, cumpre referir que em relação aos delitos ditos “inafiançáveis”, não existe prisão cautelar obrigatória. Com efeito, não estando preenchidos os requisitos da custódia preventiva, ainda que se esteja diante de um crime hediondo ou equiparado, é facultado ao juiz a concessão da liberdade provisória, sem fiança, mediante a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, se assim entender o magistrado, não sendo crível a manutenção da prisão do indivíduo simplesmente em decorrência do crime ser inafiançável.

3.3.2 Das medidas cautelares diversas da prisão

De acordo com o mencionado alhures, apenas caberá a prisão preventiva quando houver a materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, além da existência de um dos requisitos do art. 312 e/ou 313, ambos do CPP.

Diante disso, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, observando, no caso concreto, a necessidade de aplicação de uma ou algumas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, consoante dispõe o art. 321, do mesmo Texto Legal.

A respeito das medidas cautelares, Renato Marcão (idem, 274) refere que

As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir a aplicação da lei penal; o êxito da investigação ou instrução criminal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional.

Como se percebe, nos termos do art. 282, inciso I, do CPP, as medidas cautelares, poderão ser aplicadas desde que observadas a 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, além de ser

observada a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Quanto às espécies de medidas cautelares, estas restam previstas no art. 319, do CPP, que assim dispõe:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 2016d)

Quanto ao primeiro inciso, “a finalidade desta medida é vincular o réu ao juízo, especialmente quando há algum risco que possa vir a fugir ou ausentar-se por longo período de tempo, sem conhecimento de seu paradeiro, com prejuízos para a aplicação da futura lei penal” (MENDONÇA, 2012, p. 432).

Em relação à segunda hipótese, Marcão (idem, p. 284) adverte que “não se trata de restringir a presença do agente em determinado bairro ou cidade, mas a local específico, particularizado”, de modo que a referida medida tem como objetivo “evitar o cometimento de nova infração penal nas mesmas circunstâncias que a anteriormente praticada”.

Concernente a terceira situação, tem-se por objeto a tutela de “uma pessoa determinada, em regra a vítima, testemunha e até mesmo um coautor do crime, mas sempre alguém devidamente individualizado” (LOPES JR, 2014, p. 884). Ou seja, busca-se a proteção de terceiro, proibindo o contato do réu/suspeito com aquela pessoa.

Referente à quarta possibilidade, Andrey Mendonça (idem, p. 437) aduz que tal medida tem como objetivo evitar a fuga do réu e, por consequência lógica, garantir a aplicação da lei penal.

No tocante ao inciso V, do art. 319, do CPP, assemelha-se muito a prisão domiciliar. Segundo Antônio Machado (idem, p. 714) “além de evitar um encarceramento muitas vezes pernicioso, tem a vantagem indiscutível de permitir que o indiciado ou réu continue trabalhando, provendo o próprio sustento e a própria casa”. Ademais, o autor acrescenta que “o recolhimento apenas no período noturno favorece a recuperação ou a readaptação social daquele que delinuiu”.

O disposto na sexta hipótese visa o afastamento temporário de determinado agente do exercício de determinada função pública ou de atividade econômica ou financeira.

A finalidade da suspensão da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira é evitar, segundo o dispositivo legal, a sua utilização para prática de infrações penais. Assim, busca-se, precipuamente, evitar que o agente se valha das facilidades desta função ou atividade para a prática de novas infrações (MENDOÇA, 2012, p. 441).

Atinente ao sétimo inciso do art. 319, convém ressaltar que para a sua aplicação necessário se torna que o crime tenha ocorrido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, que, através de perícia seja demonstrada a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu além do risco da reiteração criminosa.

Tratam-se de requisitos cumulativos, necessitando que todos estejam presentes para a autorização da aplicação da medida.

Por fim, de se destacar que “essa medida será decretada apenas depois da conclusão pericial demonstrando que o autor da infração era mesmo ‘incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento’” (MACHADO, 2012, p. 715).

Em relação ao inciso VIII, do art. 319, do CPP, irrelevante tecer maiores comentários, porquanto já restou devidamente analisado acima, evitando-se, desta forma, desnecessária tautologia.

Por fim, no que concerne ao monitoramento eletrônico, hipótese prevista no último inciso do art. 319, trata-se de uma alternativa de vigilância eletrônica ininterrupta, a fim de evitar fugas e monitorar eventual nova prática delitiva, além, é claro, de dar maior eficácia ao cumprimento das medidas alternativas constantes nos incisos II a V, do referido artigo (LOPES JR, 2014, p. 891).

3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

O Brasil está entre os países com o maior número de pessoas encarceradas no mundo.

Com efeito, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2014 a população no sistema prisional brasileiro era de 563.526 presos, enquanto que o número de vagas existentes eram 357.219, ou seja, um déficit de 206.307 vagas. Ademais, segundo o CNJ, estavam em regime domiciliar 147.937 pessoas o que, desta forma, totalizou em 711.463 pessoas presas, o que, desta feita, coloca o Brasil em 4º lugar no mundo como o país com maior número de pessoas segregadas, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (BRASIL, 2014).

Outrossim, mais alarmantes foram os dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, através do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias). Segundo o Infopen, 607.731 pessoas estão recolhidas, existindo um déficit de 231.062 vagas.

A falta de vagas irremediavelmente acarreta na superlotação das unidades prisionais, tornando o ambiente carcerário inóspito, ante a insalubridade do local, em decorrência da falta de estrutura.

Via de consequência, a proliferação de doenças nos estabelecimentos prisionais é inevitável, de modo que o Estado não possui as mínimas condições de prestar a assistência necessária aos reeducandos.

Não bastando, Cezar Bitencourt (2011, p. 163/164) dispõe que

A literatura especializada tem-se ocupado frequentemente da crueldade e da desumanização existente no ambiente carcerário. Não são apenas obras escritas no início do século XX, pois muitas delas foram publicadas nas últimas décadas. As graves deficiências das prisões não se limitam a narrações de alguns países; ao contrário, existem centros penitenciários em que a ofensa à dignidade humana é rotineira, tanto em nações desenvolvidas como em subdesenvolvidas. As mazelas da prisão não são privilégios apenas de países do terceiro mundo. De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto “científico” para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um “castigo civilizado”); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.

Nesse íterim a situação carcerária atual beira ao caos, violando direitos fundamentais, em especial o respeito à integridade física e moral, insculpido em nossa Constituição Federal no art. 5º, inciso XLIX, muito em decorrência do encarceramento provisório, ou seja, naquelas situações em que a pessoa está segregada em razão de uma prisão cautelar, tal qual a prisão temporária ou preventiva ou, em outras palavras, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com efeito, segundo os dados disponibilizados pelo Infopem, 41% dos reclusos, ou seja, 250.213 pessoas estão segregadas sem condenação criminal, o que, desta forma, contribui para a situação carcerária atual, sendo que, a implantação da audiência de custódia no Brasil visa, também, diminuir esses índices, conforme será visto no momento oportuno.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

4.1 O QUE É A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Antes de adentrar ao mérito do “que é a audiência de custódia”, importante referir que

Um aspecto importante relativo ao preso cautelar diz respeito ao problema da exigibilidade da sua apresentação “pessoal” perante o juiz competente para a análise da regularidade da prisão. Tal questão tem sido negligenciada não apenas pela doutrina processual penal brasileira, mas também pela magistratura nacional, a revelar a apatia histórica de ambos os setores pelo direito internacional em geral e aquilo que Günther Teubner chama de “nacionalismo metodológico”). Ambas as noções traduzem a ideia de que o direito e as organizações domésticas bastam-se a si mesmos, não necessitando do suplemento teórico ou normativo seja do direito internacional seja da jurisprudência internacional. Infelizmente, este é o cenário histórico que se registra no Brasil e em outros países da América latina, o que tem produzido resultados negativos para a esperança do desenvolvimento dos direitos humanos na região (PEREIRA, 2013).

O mencionado pelo magistrado decorreu em função da audiência de custódia ainda não possuir sua regulamentação estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não há, até o presente momento, nenhuma lei aprovada que disponha acerca de sua obrigatoriedade. Contudo, tal instrumento possui previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, inciso “5”:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal [...]

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 (BRASIL, 2015).

Malgrado a inexistência de regulamentação no Brasil acerca da audiência de custódia por lei ordinária, de se ver que a Convenção Americana de Direitos Humanos restou recepcionada pelo ordenamento brasileiro, consoante verificado alhures.

Acerca da audiência de custódia

[...] é um instrumento de natureza pré-processual que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender da incidência, ou não de foro por prerrogativa) com o objetivo de que sua prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível (OLIVEIRA, et al, 2015, p. 106).

De se ver que Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2015, p. 48) entendem que “a audiência de custódia parte de uma premissa básica, que é a preocupação com a pessoa que teve sua liberdade restringida de alguma maneira”.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 512) lembra que antes do advento da Convenção Americanas de Direitos Humanos o flagrante era encaminhado para à autoridade policial competente, onde era formalizada a prisão, lavrando-se o respectivo APF. Outrossim, preenchidas as formalidades legais o APF era enviado ao juiz o qual, nos termos do art. 310 do CPP, decidiria pela homologação e, após, quanto a necessidade da manutenção da prisão cautelar consoante verificado anteriormente. Contudo, com o surgimento da audiência de custódia, nesta fase é acrescer, neste momento pré-processual, uma solenidade para a oitiva do preso, perante a autoridade judiciária, o qual deverá decidir quanto à manutenção da prisão e sua legalidade.

Por outro lado, Caio Sérgio Paz de Barros (2015, p. 69), contrário à audiência de custódia, sugere que

Aproveitamos a necessidade do Estado brasileiro de cumprir a determinação internacional e anteciparmos uma de nossas sugestões à Segurança Pública, sucedânea do caos caracterizado pela nossa realidade, pontuando acerca da possibilidade de criação de Câmaras de Flagrantes, ocasião em que o conduzido será ouvido no flagrante e, subsequentemente, será realizada a instrução da causa penal, mediante oitivas de “todos que participaram do flagrante”, horas subsequentes, a evitar o refazimento desses atos depois de meses, com os constrangimentos de vítimas e tirante os seus inúmeros retornos a serem ouvidos pelas autoridades. E a “necessária” audiência de custódia será inserida entre o termo de flagrante e a audiência de instrução e julgamento, horas após a entrada do conduzido nas Câmaras de Flagrantes.

Por evidente que a sugestão do autor não se mostra adequada, ante a garantia constitucional do devido processo legal¹, insculpido na Constituição Federal em seu art. 5º, LIV.

Leonardo Marcondes Machado (2015, p. 46/47), por sua vez, lembra que a apresentação de uma pessoa presa à autoridade judicial para análise da necessidade e controle da privação da liberdade da pessoa, não se mostra como algo novo. Com efeito, a lei que dispõe acerca da prisão temporária faculta ao magistrado "de ofício ou a requerimento do Ministério Público e do advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado". Por sua vez o Código Eleitoral prevê que "ocorrendo qualquer prisão, o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator".

No mesmo sentido, cumpre referir que

Não há, pois, razão para repudiar a normatividade da regulamentação da audiência de custódia, posto que, no mínimo, se poderia empregar a analogia como integração do sistema, pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para não mencionar, de plano, o próprio artigo 3º do Código de Processo Penal (CHOUKR, 2016, p. 119).

Tem-se, portanto, que a audiência de custódia consiste na imediata apresentação da pessoa detida à autoridade judiciária competente, a fim de que sua prisão seja imediatamente analisada pelo magistrado.

4.2 OS OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Como visto, a audiência de custódia visa à condução da pessoa presa à autoridade judiciária tão logo sejam procedido às formalidades do auto de prisão do indivíduo. Diante disso, necessário observar as reais finalidades da realização desta solenidade.

¹ A respeito do devido processo legal, Gilmar Mendes refere que "[...] assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica" (2008, p. 630).

Primeiramente, segundo Aury Lopes Jr (2016, p. 512), “a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar”.

É que conforme já referido anteriormente, caberá ao magistrado, após a oitiva do preso, proceder conforme disposto no art. 310, do CPP.

Segundo corrobora Bernardo de Azevedo e Souza (2015, p. 33), “durante a referida solenidade, será analisada a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade e eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares”.

Ademais, a audiência de custódia garante

[...] o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do artigo 319 do CPP (LOPES JR, ROSA, 2015, p.5).

Outrossim, na visão de Caio Paiva, defensor público da União em colaboração com Aury Lopes Jr (2015, p. 16), a audiência de custódia tem por fim cessar hipotéticos casos de torturas ou maus tratos, além, é claro, de promover uma análise democrática, garantindo-se o contraditório quanto a legalidade e, principalmente quanto a necessidade da manutenção da prisão cautelar do indivíduo.

Cumpre referir que tal circunstância “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência” (WEIS, 2013).

Ainda, durante a realização da solenidade, poderá o magistrado averiguar as condições sócio-econômicas do preso, como maneira de subsidiar o arbitramento de fiança, além de verificar se o agente praticou ou não, nas condições do art. 23, do Código Penal, a teor do que dispõe o art. 314, do CPP (LOPES JR, 2013).

Por sua vez Neemias Prudente (2015, p.11) assevera que a audiência de custódia

consiste em garantir o contato pessoal da pessoa presa com o juiz após sua prisão em flagrante. O objetivo de tal medida que tem respaldo em normas internacionais de direitos humanos, é assegurar a integridade física, evitar abusos e violações aos direitos humanos dos presos, além de desafogar o sistema prisional, garantir o efetivo controle judicial das prisões e reforçar medidas alternativas ao encarceramento provisório.

Referido autor (idem, p. 12) complementa afirmando que “o juiz poderá avaliar também eventual ocorrência de abuso, corrupção, tortura e maus-tratos, entre outras irregularidades cometidas no momento da prisão, podendo determinar a imediata apuração de qualquer abuso de que venha a tomar conhecimento”.

Com efeito, segundo disposto pela diretora da *Human Right Watch* - Brasil²

o risco de maus-tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito. Esse atraso torna os detentos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus-tratos cometidos por policiais abusivos (CANINEU, 2013).

Para Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 927)

não apenas [a] averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus-tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.

O certo é que a audiência de custódia busca a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa presa em flagrante, em especial ao que se refere à garantia da integridade física e mental, além de assegurar a presunção de inocência. Com efeito, a certeza de que o indivíduo será conduzido a presença de magistrado, promotor de justiça e defensor, faz com que o instrumento aja como uma prevenção a eventuais abusos por parte da polícia. (OLIVEIRA, et al, 2015, p. 102), pois conforme lembra Zafaroni (2000, p.18) “os processos penais se desenvolvem em um

² Segundo o disposto em seu site oficial, a *Human Rights Watch*, que é uma organização internacional de direitos humanos, não-governamental, sem fins lucrativos, defende os direitos de pessoas no mundo inteiro”. Ainda, a organização investiga detalhadamente violações de direitos humanos, expondo os casos que documentam e se reúnem com governos, as Nações Unidas e grupos regionais como a União Europeia e Africana para cobrar políticas públicas e práticas que promovam os direitos humanos e a justiça. Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/sobre-human-rights-watch>> Acesso em 10 de outubro de 2016.

mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que, na prática, não são observadas por diferentes razões”.

Talvez, em decorrência do mencionado por Zafaroni é que a

Corte Interamericana de Direitos Humanos tem considerado que o direito do artigo 7(5) não é satisfeito pelo simples envio ao juiz de um informe policial da realização da prisão: *“El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente”* (Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez v. Equador, sentença 21.11.2007, § 85) (GONÇALVES).

Ou seja, o entendimento da CIDH revela que o disposto no art. 306, do CPP não tem o condão de suprir a necessidade da audiência de custódia.

Veja-se que a magistrada Rafaela Caldeira Gonçalves (idem) complementa referindo que

Ao ouvir investigado, promotor e defensor, nesta nova audiência, o juiz tem oportunidade de examinar todos os fatos que militam a favor de sua prisão – e que foram considerados pela autoridade policial ao prendê-lo em flagrante delito – bem como considerar os argumentos contrários à prisão preventiva e decidir sobre a sua manutenção, substituição por medida alternativa à prisão, ou mesmo a sua simples revogação, tendo uma visão mais completa de toda situação.

A oitiva do preso, portanto, tem característica precípua de um interrogatório *pro libertate*, prescindindo, frise-se, de uma finalidade investigativa, que não pode o magistrado em nenhuma hipótese pretender lhe atribuir, sob pena de comprometer sua imparcialidade, a menos que necessária para a verificação de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 302, da legislação processual penal, no que se refere à existência de situação de flagrância.

Sob outra perspectiva, importante mencionar que a audiência de custódia não se trata de uma instrução criminal. Com efeito, não caberá a colheita de prova a fim de contribuir para o mérito da demanda, mas tão somente a análise da legalidade da prisão e eventuais abusos, consoante verificado anteriormente.

A propósito, Aury Lopes Jr. (2013) alerta que o registro da audiência de custódia deverá ocorrer em autos independentes, de forma que aquilo que for dito por ele não seja utilizado como meio de prova, tudo com vista a não prejudicar a defesa do réu no momento oportuno, tampouco obter uma confissão em razão do acirrar dos ânimos. Ademais, o relatado pelo réu não poderá ser utilizado para fundamentar futuras decisões.

Referido doutrinador (2016, p. 514), ainda ao tratar acerca da audiência de custódia, atenta para o fato de que

[...] em alguns casos, essa entrevista vai situar-se numa tênue distinção entre forma e conteúdo. O problema surge quando o preso alegar a falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha a utilizar no interrogatório processual, não pode ser usada em seu prejuízo. Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)avaliação.

Sintetizando, “a audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante, exige contato humano, com o impacto que proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas.” (LOPES JR; MORAIS, 2015).

Nesse contexto, resta plenamente demonstrado que o propósito da audiência de custódia é a garantir um contato humano do julgador com a pessoa detida, de modo que aquele possa verificar todos os elementos que de sua prisão, a fim de que, no caso concreto verifique a plausibilidade de concessão de uma medida alternativa a prisão, visto que, consoante já verificado anteriormente, o cárcere antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é a exceção. Sem prejuízo, a audiência de custódia busca averiguar eventuais atos de violência por parte dos agentes públicos responsáveis pela prisão, coibindo práticas de tortura e assegurando um tratamento digno, tal qual estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil.

4.3 DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Consoante mencionado outrora, a audiência de custódia não resta regulamentada no Brasil, existindo sua previsão expressa na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual restou ratificada pelo Brasil.

Partindo dessa premissa, cumpre referir que

A inexistência de igual dispositivo na Constituição de 1988 ou no Código de Processo Penal de 1941 não invalida, de modo algum, esse direito da pessoa presa. A razão é bastante óbvia: já se trata de garantia assegurada

por tratados internacionais com vigência e eficácia, no mínimo *supralegal*, no País. Isso, aliás, desde 1992! O fato de ter sido descumprida até hoje não pode ser admitido como argumento legítimo para o seu afastamento (MACHADO, 2015, p. 46).

Ou seja, o descumprimento reiterado de sua realização não lhe retira a obrigatoriedade.

Diante disso, em 2011, o Senador Antônio Carlos Valadores apresentou o projeto de Lei nº 554/2011, no qual tinha como escopo a alteração do art. 306, §1º, do CPP, a fim de que o referido dispositivo passasse a vigorar com o seguinte texto:

§6º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (BRASIL, 2011).

Todavia, consoante refere Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 71), Promotor de Justiça

Em sua redação original, referido projeto não fazia menção alguma quanto ao tratamento a ser dado às declarações prestadas pelo flagrado. Entretanto, após substitutivos nas Comissões daquela Casa legislativa, foi apresentada uma proposta de redação final de § 7º ao mesmo artigo, e, por ela, fica expressamente consignado que a oitiva em audiência de custódia será registrada em autos apartados e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente.

De se ver que decorrido mais de cinco anos desde sua propositura, o referido projeto ainda não foi submetido à votação no Senado Federal.

Diante da morosidade legislativa, no mês de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em um projeto piloto, iniciaram sua prática no Estado de São Paulo.

Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Com efeito, através da publicação do Provimento Conjunto nº 03/2015, firmado pela Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça, ambos do Estado de São Paulo, iniciou-se a aplicação da audiência de custódia. Para tanto, importante trazer a baila alguns trechos do referido dispositivo:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no a 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. 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. 5º O atuado, 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 atuado 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 de residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipeem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

§2º Após a entrevista do atuado, 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 prisão domiciliar.

[...]

Registre-se. Publique-se por três dias alternados.

Cumpra-se.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015 (SÃO PAULO, 2015).

A audiência de custódia implantada em São Paulo, portanto, atende as finalidades de que ela se espera, conforme verificado anteriormente.

Ocorre que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 5240/SP), arguindo a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do referido Provimento, eis que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, requerendo, a declaração de inconstitucionalidade do mencionado Provimento.

Entretanto, em 20/08/2015, o STF, por maior de votos, conheceu em parte o pedido e, na parte conhecida julgou improcedente a demanda ajuizada, conforme decisão assim ementada:

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 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. (ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) (BRASIL, 2016h).

Conforme voto condutor de lavra do Ministro Luiz Fux, relator do processo

o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de status jurídico supralegal (idem).

Com efeito, segundo entendimento do STF, se mostra constitucional a implementação da audiência de custódia pelos tribunais através de resoluções ou provimentos, porquanto a sua previsão resta assentada em nosso ordenamento jurídico através da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, restou, na ocasião do julgamento, indicado a adoção da referida prática da audiência de apresentação (custódia) por todos os tribunais do país.

Pacificado o entendimento quanto à possibilidade da realização da audiência de custódia pelo STF, em 15/12/2015 o Conselho Nacional de Justiça, a fim de regulamentar a realização da solenidade em todo o território nacional editou a Resolução nº 213/15, a qual passou a vigorar em 1º/02/2016.

Segundo Carlos Velho Masi (2015), “o texto detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe protocolos e orientação sobre o modo de atuação judicial”. Ademais, complementa o autor referindo que “o objetivo foi o de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão”.

Outrossim, de se destacar que a resolução 213/15, do CNJ, trouxe como novidade a vedação da presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão

ou pela investigação durante a realização da solenidade (art. 4º, parágrafo único) (BRASIL, 2016b).

Ademais, referida resolução orientou aos magistrados as providências a serem adotadas em caso de indícios de maus tratos/torturas, consoante se infere do art. 11:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura. (BRASIL, 2016b)

Destaca-se, outrossim, que nos termos do art. 9º, da Resolução, as medidas cautelares alternativas a prisão, previstas no art. 319 do CPP serão determinadas de acordo com sua “real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção” (BRASIL, 2016b).

Sem prejuízo, segundo Carlo Velho Mais (2016)

O acompanhamento dessas medidas ficará a cargo das Centrais Integradas de Alternativas Penais, estruturadas preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual, às quais também cabe “a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso”. O juiz deverá, ainda, garantir aos presos em flagrante o direito à atenção médica e psicossocial, resguardada a natureza voluntária desses serviços.

Além disso, através da resolução ficou resguardado o direito de apresentação à autoridade judicial, também no prazo de 24h, das pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão, seja cautelar ou definitiva, aplicando-se, em qualquer das hipóteses, os procedimentos referidos na Resolução, consoante estabelece seu art. 13. (2016b).

Cumprir referir que depois de editada a resolução pelo CNJ, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 5448 DF), sustentando a ocorrência de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre matéria processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal). Contudo, em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli, relator da ação, negou seguimento ao processo sob o fundamento de ausência de legitimidade ativa, tendo a autora interposto agravo regimental, o qual ainda está sendo processado perante o STF.

O certo é que a audiência de custódia já é uma realidade no Brasil. Com efeito, com o advento da regulamentação da audiência por parte do CNJ, todos os Tribunais passaram a adotá-la, de modo que seus resultados práticos começam a aparecer, conforme restará evidenciado no tópico a seguir.

4.4 RESULTADOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Com a regulamentação da audiência de custódia através da Resolução 213/2015 do CNJ, todos os Tribunais estaduais e regionais federais passaram a determinar a realização da solenidade.

Observa-se que segundo notícia veiculada no site do CNJ, dados fornecidos pelos tribunais apontam que até junho de 2016 “entre as 93,4 mil audiências de custódia realizadas, 47,46% resultaram em liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares”. De outra parte, a conversão da prisão em flagrante em preventiva restou em 52,54%, ou seja, 50 mil casos. Outrossim, dados disponibilizados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, indicaram que os Estados que mais realizaram audiências de custódia foram São Paulo (24,2 mil), Minas Gerais (8,6 mil), Distrito Federal (7,5 mil) e Paraná (5,4 mil). Ainda, os dados apontaram que a maior proporção de concessão de liberdades provisórias ocorreu nos estados de Alagoas (78,78%), Bahia (65,17%), Mato Grosso (59,92%) e Acre (58,76%). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Contudo, segundo consta do mapa de implantação da audiência de custódia no Brasil, disponibilizado pelo CNJ, no Rio Grande do Sul entre 30/07/2015

e 17/08/2016 foram realizadas 3.833 audiências de custódia, sendo que em 84.29% dos casos, ou seja em 3.231 oportunidades foi decretada a prisão preventiva, sendo a liberdade provisória concedida em apenas 602 situações. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016b).

Por sua vez o Estado de Santa Catarina realizou 1.749 audiências de custódia no período compreendido entre os dias 01/09/2015 e 17/08/2016. No Estado, em 880 das vezes, ou seja, em 50.31% das audiências, a liberdade provisória foi concedida, ao passo nas outras 869 audiências foi decretada a prisão preventiva dos indivíduos presos em flagrante (idem).

Quanto ao encaminhamento dos presos ao atendimento por equipe multidisciplinar (atendimento psicossocial), este ainda se mostra deficiente.

Com efeito, até abril deste ano, apenas 11,25% dos casos, ou seja, em 8.425 oportunidades, de todo o Brasil, houve o encaminhamento para o atendimento psicossocial, conforme dados levantados pelo Depen. Ressalta-se que no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, “todos os liberados passam pelo atendimento com assistente social ou a psicóloga e depois são encaminhados de acordo com as necessidades que manifestam de preferência a serviços localizados próximos a suas residências”. Por outro lado, em São Paulo, “das 65 pessoas que se declararam dependentes químicas, apenas 6 foram encaminhadas ao Centro de Alternativas Penais e Inclusão Social (Ceapis) e, por outro lado, das 12 pessoas identificadas com transtorno mental, 8 foram mantidas presas” (BRASIL, 2016e, p. 54).

Não obstante, segundo o Depen (idem, p. 46), em que pese previsão expressa quanto à vedação dos policiais que participaram da prisão presenciarem a apresentação do flagrado, esta regra não vem sendo observada, porquanto os agentes vêm acompanhando a entrevista do custodiado com a autoridade judicial, sob o argumento de garantir a seguranças dos presentes.

Ademais, os operadores do direito envolvidos na audiência de custódia se mostraram mais preocupados com o cumprimento das formalidades legais do ato do que com a averiguação das circunstâncias da prisão ou com as reais necessidades da custódia cautelar. Também, restou evidenciado que os profissionais atuantes na audiência de custódia expressam-se com um linguajar inapropriado, vez que na maioria das vezes era necessário a repetição das perguntas ao flagrado porquanto estes não entendiam o que era perguntado (idem, p. 43-44).

Por fim, importante referir os dados apresentados pelo jornal O Estadão (2015), quanto ao índice de reincidência pelos indivíduos postos em liberdade na audiência de custódia. Com efeito, a cada 25 presos em flagrante, que tiveram a concessão da liberdade provisória após a realização da solenidade, apenas um voltou a delinquir no Estado de São Paulo, conforme estatísticas disponibilizadas pelo CNJ e Tribunal de Justiça de São Paulo. Os dados foram colhidos entre 24 de fevereiro e 23 de setembro do ano de 2015, onde 9.601 audiências de custódia foram realizadas na capital paulista. No período foram concedidas 4.445 liberdades provisórias, sendo que destas apenas 178 pessoas voltaram a cometer algum delito.

De igual sorte, os dados coletados no Estado do Rio de Janeiro também mostraram que o índice de reincidência dos libertados durante a audiência de custódia foi ínfimo, eis que

Em um ano de implantação, as audiências de custódia no Rio de Janeiro registram 1,4% de reincidência. Dados da Defensoria Pública do estado indicam que, dos 2.567 atendidos, apenas 35 voltaram a ser apresentados, desde o início do projeto, em setembro do ano passado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016c)

Nesse ínterim, a audiência de custódia vem demonstrando que a reincidência tende a diminuir, com a sua realização.

5. CONCLUSÃO

A audiência de custódia, prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual foi ratificada pelo Brasil, finalmente deixa de ser uma mera folha de papel e começa a ser aplicada nos tribunais brasileiros.

Assim, diante do início da aplicação deste mecanismo no direito penal brasileiro, buscou-se uma análise de seus objetivos e, conseqüentemente, se há a obtenção dos resultados pretendidos.

Trata-se de um instrumento com a finalidade de humanizar o ato da prisão, além de resguardar a integridade física da pessoa detida.

Com efeito, não raras vezes surgem, na imprensa, notícias a respeito de eventuais abusos de autoridades praticados por agentes públicos durante abordagens e operações policiais, violando a integridade física e moral daqueles indivíduos autuados, situação vedada pela Constituição Federal.

Não bastante, o instrumento visa, ainda, o combate ao encarceramento provisório, visto que mais de 40% dos presos no Brasil, segundo os dados disponibilizados pelo CNJ, não possui condenação criminal, o que agrava seriamente a situação carcerária brasileira, colocando-a como a 4ª maior população de presos do mundo, atrás apenas das potências econômicas dos Estados Unidos da América, China e Rússia.

Isso vem a demonstrar que a prisão preventiva, a qual deveria ser usada como a última alternativa pelo Juízo (diante a garantia da presunção de inocência), vem sendo, em verdade, aplicada como regra, ocasionando a superlotação das unidades prisionais.

Seja como for, com a declaração da constitucionalidade da audiência de custódia por parte do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2015 em consonância com a edição da Resolução nº 213/15, do CNJ, a audiência de custódia passou a ser uma realidade no Brasil.

Em seu primeiro ano de implantação sobrevieram resultados significantes. Com efeito, das mais de 93 mil audiências de custódias realizadas até junho deste ano, em mais de 47% das ocasiões foi concedida a liberdade provisória ao flagrado, auxiliando, desta feita, na diminuição do encarceramento em massa.

Outrossim, chamaram a atenção os baixíssimos índices de reincidência, principalmente nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, donde nos casos em que concedida à liberdade provisória na audiência de custódia, estes se mostraram em patamar inferior a 5%.

Contudo, as previsões do encaminhamento das pessoas postas em liberdade para o atendimento pelas equipes multidisciplinares bem como a vedação da permanência dos policiais envolvidos na ocorrência policial não vêm sendo plenamente cumprida pelos magistrados, colocando em xeque, seus objetivos.

Ademais, o uso de palavras inapropriadas e o enfoque sob o rito do processo e não na pessoa detida demonstram que a realização da solenidade ainda possui muito a evoluir.

Não obstante, as tentativas da ACADEPOL e ANAMAGES em sustar a aplicação da audiência de custódia caíram por terra, tendo o Supremo Tribunal Federal referendado sua realização.

A solenidade de custódia, por certo, poderá vir a contribuir, em longo prazo, com a diminuição da superlotação das unidades prisionais. A legislação em vigência em nosso ordenamento jurídico estipulam várias medidas alternativas ao cárceres, desde a simples restrição da frequência de determinado local até o monitoramento eletrônico. Caberá ao magistrado analisar as circunstâncias do fato e as condições pessoais do flagrado para melhor ajustar ao caso concreto.

Sem prejuízo, é necessária uma mudança no pensamento dos profissionais em atuação no direito criminal, porquanto a segregação da pessoa não pode ser vista como a única medida cabível a repressão do crime, porquanto o estado de inocência se mostra como verdadeira garantia no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 1976 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. – 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

ÂNGELO, Milton. **Direitos Humanos**. – Leme-SP: Editora de Direito, 1998.
BARROS, Caio Sérgio Paz de. As câmaras de flagrantes a invertem o caos causados pelas audiências de custódias. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP : Síntese, v. 16, n. 93, (set. 2015), p. 67-97.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. – 4. ed. de acordo com as Leis n. 11.687/2008 e 11.719/2008 – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do flagrado em audiência de custódia. In ANDREDE, Mauro Fonseca; ALFKEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016. Modo de acesso: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes> ISBN 978-85-69568-02-5>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça (Org.). **NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL**: Brasília/DF, 2014. 17 slides, color. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016a.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Resolução 213/2015**. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 18 mai. 2016c.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de

novembro de 1969. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm > Acesso em: 7 nov. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de processo penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso em: 16 mai. 2016d.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: Análise de experiências e recomendações de aprimoramento:** 2016. Brasília/DF: 71 f. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016e.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN:** Junho de 2014. Brasília/DF: 2015. 147 f. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2016f.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.** Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº3.689, 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. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95843.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016g. Texto Original.

_____. Supremo Tribunal Federal – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº 5240. Autor: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 out. 2016h.

CANINEU, Maria Laura. O direito à ‘audiência de custódia’ de acordo com o direito internacional. **Informativo Rede Justiça Criminal**, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 16.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa anotada.** Coimbra: Coimbra Ed., 1984 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ . Fernando. **Curso de processo penal.** – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fernando. **Código de processo penal comentado**. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Fernando. **Curso de processo penal**. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teóricas-práticas. In ANDREDE, Mauro Fonseca; ALFKEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016. Modo de acesso: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes> ISBN 978-85-69568-02-5>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em: 7 nov. 2015.

_____. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoos-desnecessarias-2>> Acesso em: 15 out. 2016a.

_____. **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>> Acesso em: 15 out. 2016b.

_____. **Reincidência em audiências de custódia é de 1,4% no Rio de Janeiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83366-reincidencia-em-audiencias-de-custodia-e-de-1-4-no-rio-de-janeiro>> Acesso em: 15 out. 2016c.

ESTADÃO, O (Ed.). **Levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça mostra que são poucos os acusados que voltam a delinquir depois de soltos**. 2015. Reportagem de Felipe Resk. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,audiencias-de-custodia-tem-4-de-presos-reincidentes,10000001655>>. Acesso em: 14 out. 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. – 2ª Ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Rafaela Caldeira. Da audiência de custódia e seu impacto no processo penal brasileiro. **Escola Paulista da Magistratura**, Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirPeProcPeExPenalView.aspx?ID=30718#_ftn1>. Acesso em: 10 outubro 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** – 10ª ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** – Niterói: Impetus, 2011.

_____, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 3. ed. rev. atual. amp. Salvador : Jus Podium, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** - 5. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Aury. Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz - Uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal. **Informativo Rede Justiça Criminal**, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

_____, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. "Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia/>>. Acesso em: 11 outubro 2016.

_____. Aury. **Direito processual penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MACHADO, Leonardo Marcondes. O flagrante no relógio (parte 03): tríplex comunicação imediata da prisão em flagrante (art. 306, caput, CPP). **Jusbrasil.** 2013. Disponível em: <http://leonardomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121940777/o-flagrante-no-relogio-parte-03-triplice-comunicacao-imediata-da-prisao-em-flagrante-art-306-caput-cpp>.

_____, Leonardo Marcondes. Resistência crítica e poder punitivo: Diálogos em torno da audiência de custódia. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP : Síntese, v. 16, n. 93, (set. 2015), p. 40-53.

MARCÃO, RENATO. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas** – 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2012.

MARTINS, Daniele Comin. Direitos humanos: historicidade e contemporaneidade. **Os direitos humanos e o direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ. **Canal Ciências Criminais**, Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>>. Acesso em: 15 outubro 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** – 5ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais.** – Rio de Janeiro : Forense : São Paulo : MÉTODO, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** – 31. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** – 6 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** – 4 ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** – 1 ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** – 10. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; **Curso de processo penal.** – 19ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites.** 3. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Assegurar direito à apresentação ao juiz é dever do Estado. **Consultor Jurídico**, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-15/ruitemberg-nunes-assegurar-direito-apresentacao-juiz-dever-estado/>>. Acesso em: 9 outubro 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** – 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** – São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado.** – São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general.** Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997 apud LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal: indagações, doutrina, jurisprudência e prática.** 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998. apud BITTENCOURT, João Alexandre Netto. Investigação preliminar: **Revista Jus**

Navigandi, Teresina, ano 10, n. 557, 15 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6188>>. Acesso em: 20 maio 2016.

SANTOS JUNIOR, Edinaldo César. A nova prisão em flagrante e a Defensoria Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1308, 30 jan. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9442>>. Acesso em: 22 maio 2016.

SÃO PAULO, Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça n. 03/2015, São Paulo, Diário de Justiça Eletrônico, Cad. I, Adm. de 27.01.2015. p. 1 e 2. Acesso em 13 out. 2016. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062

SILVA, Marcio Alberto Gomes. A prisão em flagrante delito e a Defensoria Pública. **Defensoria Pública do Estado de Alagoas**. Disponível em: <http://www.defensoria.al.gov.br/publicacoes/a-prisao-em-flagrante-delito-e-a-defensoria-publica>.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. A audiência de custódia e o preço do comodismo. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP : Síntese, v. 16, n. 93, (set. 2015), p. 32-39.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em 18 mai 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. . – 10. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Jus PODIVM, 2015.

_____, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. . – 10. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Jus PODIVM, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal**. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. – 13^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2010

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. – 2. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. **Informativo Rede Justiça Criminal**, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>

ZAFARONI, Eugénio Raul. **Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios e realidade**. In el proceso penal. Sistema penal e derechos humanos. México : Editorial Porrúa, 2000.