

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JORGE HENRIQUE TATIM DA CRUZ

**PRISÕES CAUTELARES E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:  
UMA ANÁLISE DO IMPACTO NO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO**

Porto Alegre  
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JORGE HENRIQUE TATIM DA CRUZ

**PRISÕES CAUTELARES E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:**  
UMA ANÁLISE DO IMPACTO NO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO

Porto Alegre

2018

JORGE HENRIQUE TATIM DA CRUZ

**PRISÕES CAUTELARES E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:  
UMA ANÁLISE DO IMPACTO NO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO**

Dissertação apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de  
Pós-Graduação em Ciências Criminais da  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande  
do Sul.

Orientador: Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior

Porto Alegre

2018

## Ficha Catalográfica

T219p Tatim da Cruz, Jorge Henrique

Prisões cautelares e audiência de custódia : uma análise do impacto no encarceramento provisório / Jorge Henrique Tatim da Cruz . – 2018.

207 p.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior.

1. Prisão provisória. 2. Prisão cautelar. 3. Audiência de Custódia. I. Lopes Júnior, Aury Celso Lima. II. Título.

JORGE HENRIQUE TATIM DA CRUZ

**PRISÕES CAUTELARES E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:  
UMA ANÁLISE DO IMPACTO NO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO**

Dissertação apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de  
Pós-Graduação em Ciências Criminais da  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande  
do Sul.

Aprovada em: 10 de dezembro de 2018.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior - PUCRS

---

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa - UFRGS

---

Profa. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves - UFRGS

Porto Alegre

2018

*Aos meus pais, Ana e Jorge, minha base.  
À minha amada, Bibiana, minha motivação.*

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Dr. Aury Lopes Jr., pela ampla contribuição teórica de sua obra, aplicada na construção desta pesquisa; pela disponibilidade e orientação precisa; pela liberdade conferida a esse orientando na produção do trabalho; e, para muito além disso, pela tolerância e compreensão com os percalços enfrentados, permitindo-me a concretização desse projeto sob a rara e inestimável oportunidade de ser seu orientando.

Aos professores e professoras do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, pela contribuição não só na formação acadêmica interdisciplinar, mas também pela contribuição na formação humana de cada discente e de todos aqueles que de qualquer forma tenham a feliz oportunidade de ter contato com o trabalho desenvolvido; em especial à professora Ruth Gauer, pela dedicação incansável à coordenação, e aos professores Nereu Giacomolli e Rodrigo Ghiringhelli pelas colaborações em diversos momentos com a presente pesquisa.

Aos meus pais, Ana e Jorge, pela imprescindível contribuição com mais esse projeto, sem a qual seria absolutamente impossível sua realização; pelo incentivo constante à qualificação; e pela compreensão nos muitos momentos em que tive de me fazer ausente do ambiente familiar.

À minha amada, Bibiana, pelo incentivo incondicional e permanente; pela contribuição participativa como ouvinte atenta, mesmo que alheia às ciências jurídicas, colaboração indispensável no processo de construção e organização das ideias que compõe a pesquisa; pela compreensão e tolerância com os muitos e intermináveis dias, noites, finais de semana e feriados em que me afastei; e, enfim, por ser a minha maior motivação nas horas em que desanimei.

À minha amiga e sócia, Carolina, pelo constante incentivo para a concretização deste projeto, pelas conversas, debates, revisões e críticas, fundamentais colaborações no processo de produção deste trabalho, e pelo companheirismo profissional nos momentos em que foi necessário o meu afastamento das atividades do escritório em razão dos compromissos acadêmicos.

Aos meus queridos companheiros felinos, Marie e Floki (*in memoriam*), pela simples companhia nas muitas madrugadas de escrita, que seriam solitárias se não fossem suas carinhosas presenças de sensibilidade quase humana.

À solenidade, para não dizer a majestade dos homens em toga, contrapõe-se o homem na cela. Nunca esquecerei a impressão que me produziu a primeira vez em que, adolescente ainda, entrei na sala de uma sessão penal do Tribunal de Turim. Aqueles, poderia dizer, acima do nível do homem; este, por baixo deste nível, trancado na cela, como um animal perigoso. Só, pequeno, ainda que seja de elevada estatura, perdido, ainda quando tente parecer desenvolvido, necessitado, necessitado, necessitado...

Francesco Carnelutti

## RESUMO

A presente pesquisa analisa a relação existente entre a audiência de custódia e as prisões cautelares. Parte-se da constatação de que o contingente de presos provisórios responde por parcela relevante do fenômeno do superencarceramento, caracterizando o uso excessivo das prisões cautelares. Nesse contexto, em 2015, surge na praxe forense criminal brasileira a audiência de custódia, a partir de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a função, dentre outras, de exercer um controle jurisdicional imediato da legalidade das prisões cautelares. O objetivo do presente estudo é averiguar se, de fato, a audiência de custódia vem cumprindo com o seu potencial de corrigir o uso das prisões provisórias no Brasil. Para isso o tema foi abordado a partir de revisão bibliográfica que passa pela compreensão do fenômeno do Estado Penal de Emergência e pela resposta à essa imediatividade na aplicação da justiça penal, traduzida na imposição da prisão provisória, a partir do resgate do princípio da presunção de inocência e dos postulados da teoria das prisões cautelares. Em seguida se analisa propriamente a audiência de custódia, desde a sua forma de ingresso no ordenamento jurídico pátrio, por meio de tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil, até a compreensão da sua finalidade e do conteúdo das expressões abertas que compõem o seu conceito, a partir da revisão dos diplomas internacionais em que tem origem e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, do exame de dados extraídos de pesquisas empíricas, examina-se efetivamente qual o impacto da implantação da audiência de custódia no problema do uso excessivo das prisões provisórias nas práticas processuais penais brasileiras. Os resultados obtidos evidenciam que audiências de custódia tem um relevante potencial de adequar o uso das prisões cautelares a um paradigma constitucional-democrático. Contudo, a realização desse potencial esbarra em velhos obstáculos que marcam o anacrônico sistema processual penal brasileiro. Conclui-se que a plena efetivação do potencial da audiência de custódia passa pela reformulação do processo penal no Brasil, superando os resquícios autoritários ainda vigentes. Nesse passo, uma medida indispensável é o definitivo afastamento ou, ao menos, a definição objetiva e restritiva do conceito de ordem pública, como fundamento para a decretação de prisão cautelar.

**Palavras-Chave:** Prisão provisória. Prisão cautelar. Audiência de Custódia.

## ABSTRACT

This research analyzes the relationship between the custody audience and the pre-trial prisons. Starting from the fact that the contingent of pre-trial detainee's accounts for a significant portion of the mass incarceration me of the phenomenon, featuring the overuse of precautionary prisons. In this context, in 2015, the custody hearing appears in the Brazilian criminal forensic practice, based on the initiative of the National Justice Council, with the function, among others, to exercise judicial review of legality immediate precautionary arrests. The objective of the present study is to determine if, in fact, the custodial audience has been fulfilling its potential to correct the use of temporary prisons in Brazil. For this purpose, an approach was taken based on a bibliographical review that goes through the understanding of the phenomenon of the Emergency State Criminal and the response to this immediacy in the application of criminal justice, translated into the imposition of provisional arrest, from the rescue of the principle of presumption of innocence and the postulates of the theory of precautionary prisons. Next, the custody hearing is analyzed properly, from its form of entry into the legal order of the country, through international treaties on human rights signed by Brazil, until the understanding of its purpose and the content of the open expressions that make up its concept, based on the review of the international diplomas in which it originates and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. Finally, the examination drawn from empirical research data, effectively check the impact of the custody hearing deployment to the problem of excessive use of pre-trial arrests in Brazilian criminal procedure practices. The results obtained show that custody audiences have a relevant potential to adapt the use of precautionary prisons to a constitutional-democratic paradigm. However, the realization of this potential faces old obstacles that mark the anachronistic Brazilian criminal procedural system. It is concluded that the full realization of the potential of the custody hearing goes through the reformulation of the criminal process in Brazil, overcoming the remaining authoritarian remnants. Thus, an indispensable measure is the definitive removal or, at least, the objective and restrictive definition of the concept of public order, as foundation for precautionary arrest imposed.

**Keywords:** Pre-trial prison. Precautionary prison. Custody audience.

## LISTA DE TABELAS E GRÁFICOS

### Lista de tabelas

Tabela 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016 .....	153
Tabela 2 - População prisional total no mundo .....	154
Tabela 3 - Pessoas detidas apresentadas à audiência de custódia segundo cor/raça .....	161
Tabela 4 - Pessoas detidas apresentadas à audiência de custódia segundo antecedentes criminais .....	163
Tabela 5 - Crimes de que são acusadas as pessoas detidas apresentadas às audiências de custódia....	163
Tabela 6 - Distribuição das decisões das audiências de custódia segundo o tipo de crime, em porcentagem .....	165
Tabela 7 - Crimes violentos e não violentos segundo a decisão na audiência de custódia.....	166
Tabela 8 - Antecedentes criminais do custodiado segundo decisão em audiência de custódia .....	167
Tabela 9 - Pessoas presas segundo cor/raça de acordo com a decisão da audiência de custódia .....	168
Tabela 10 - Dados do plantão do Fórum Central em Porto Alegre de janeiro de 2016 a janeiro de 2017.....	174

### Lista de gráficos

Gráfico 1 - Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016.....	155
Gráfico 2 – Audiência de custódia em números: São Paulo.....	171
Gráfico 3 – Audiência de custódia em números: Rio Grande do Sul.....	172
Gráfico 4 – Prisão e liberdade em Porto Alegre: jan/2016 – jan/2017.....	175

## LISTA DE SIGLAS

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
APF – Auto de Prisão em Flagrante  
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos  
CF – Constituição Federal  
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos  
CNJ – Conselho Nacional de Justiça  
CP – Código Penal  
CPP – Código de Processo Penal  
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional  
DIDH – Direitos Internacional dos Direitos Humanos  
DIPO – Departamento de Inquéritos Policiais  
EC – Emenda Constitucional  
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente  
HC – Habeas Corpus  
IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa  
[Corte] IDH – [Corte] Interamericana de Direitos Humanos  
INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias  
LEP – Lei de Execução Penal  
MP – Ministério Público  
NCPP – Novo Código de Processo Penal  
OEA – Organização dos Estados Americanos  
ONU – Organização das Nações Unidas  
PEC – Proposta de Emenda à Constituição  
PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos  
PL – Projeto de Lei  
PLS – Projeto de Lei do Senado  
PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

WPB – World Prison Brief

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2 O PROBLEMA DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO .</b>	<b>17</b>
<b>2.2 Estado Penal de Emergência .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2 Solução a Partir da Presunção de Inocência .....</b>	<b>27</b>
<b>3 AS PRISÕES CAUTELARES.....</b>	<b>36</b>
<b>3.1 Teoria das Prisões Cautelares .....</b>	<b>37</b>
3.1.1 Principiologia das Prisões Cautelares .....	41
3.1.1.1 Presunção de Inocência .....	42
3.1.1.2 Excepcionalidade.....	45
3.1.1.3 Legalidade .....	47
3.1.1.4 Jurisdição e Fundamentação.....	48
3.1.1.5 Contraditório.....	50
3.1.1.6 Situacionalidade.....	53
3.1.1.7 Provisoriedade .....	55
3.1.1.8 Proporcionalidade.....	57
<b>3.2 Prisões Cautelares em Espécie.....</b>	<b>58</b>
3.2.1 Prisão em Flagrante .....	59
3.2.1.1 Precautelaridade.....	60
3.2.1.2 Tipos de Flagrante .....	61
3.2.1.3 Ilegalidades no Flagrante.....	65
3.2.1.4 Procedimento, Garantias e Controle Judicial da Prisão em Flagrante.....	67
3.2.2 Prisão Preventiva .....	72
3.2.2.1 Momento e Legitimidade para Requerer a Prisão Preventiva .....	72
3.2.2.2 Pressupostos e Requisitos: Fumus Comissi Delicti e Periculum Liberatis .....	74
3.2.2.3 A Ordem Pública e a Ordem Econômica.....	78
3.2.2.4 A Conveniência da Instrução Criminal e o Risco Para Aplicação da Lei Penalh .....	85
3.2.2.5 Hipóteses de Admissão e Restrição da Prisão Preventiva.....	888
3.2.3 Prisão Temporária.....	90
3.2.3.1 Prazos da Prisão Temporária .....	92
3.2.3.2 Fumus Comissi Delicti e Periculum Libertatis na Prisão Temporária .....	92
<b>4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....</b>	<b>95</b>

<b>4.1 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos .....</b>	<b>96</b>
<b>4.2 Controle de Convencionalidade .....</b>	<b>99</b>
<b>4.3 Audiência de Custódia nos Tratados e Jurisprudência Internacional Sobre Direitos Humanos.....</b>	<b>107</b>
4.3.1 Conceito e Finalidade .....	1099
4.3.2 Apresentação Pessoal .....	114
4.3.3 Sem Demora .....	118
4.3.4 Juiz ou Outra Autoridade Judicial .....	126
<b>4.4 Audiência de Custódia no Direito Brasileiro .....</b>	<b>131</b>
4.4.1 Projetos Legislativos e Precedentes Normativos.....	133
4.4.2 Resolução nº 213/2015 do CNJ .....	139
4.4.3 Jurisprudência do STF.....	145
<b>5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E PRISÕES CAUTELARES: UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA.....</b>	<b>149</b>
<b>5.1 Estado de Coisas do Sistema Prisional Brasileiro.....</b>	<b>152</b>
<b>5.2 Um Panorama da Implantação da Audiência de Custódia.....</b>	<b>156</b>
<b>5.3 Impacto da Audiência de Custódia no Problema das Prisões Provisórias.....</b>	<b>174</b>
5.3.1 Algumas Evoluções: um Passo no Caminho da Humanização do Processo Penal .....	175
5.3.2 As Continuidades: Nova Solução, Velhos Obstáculos.....	186
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>196</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>198</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da prisão é, obviamente, uma constante preocupação nas pautas das ciências criminais. O caos ao qual chegou o sistema penitenciário brasileiro há muito é motivo de consternação e constrangimento dentro e fora do país. A absoluta falta de condições estruturais básicas dos estabelecimentos prisionais, *déficit* de vagas crescente em taxas alarmantes e uma superlotação insustentável que inviabiliza o controle interno do cárcere e fornece condições propícias para o desenvolvimento de toda sorte de mazelas, de doenças ao crime organizado, são fatores que contribuem para ruína do sistema prisional que se vivencia.

Responde por parte relevante desse encarceramento em massa a população de presos provisórios, ou seja, daquelas pessoas submetidas à restrição da liberdade no curso do processo. O fenômeno do (ab)uso excessivo das prisões cautelares reflete uma demanda social pautada pelo populismo punitivo que só se satisfaz ante uma justiça penal sumária, que atropela os direitos e garantias fundamentais em troca de uma fugaz sensação de combate à criminalidade. O quadro que reflete a vigência de um *estado penal de emergência* exige respostas.

É nesse contexto que desde 2015, já com um atraso de mais de vinte anos do seu ingresso no ordenamento jurídico pátrio, com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) pelo Brasil, que a audiência de custódia passou figurar na praxe processual penal brasileira. Embora com um difícil caminho a ser enfrentado na sua gradual e lenta incorporação integral as nossas práticas processuais criminais, o novo instituto processual se apresenta com as funções precípua de controle jurisdicional imediato da legalidade das prisões, bem como da prevenção e combate à tortura. O cumprimento de tais objetivos se origina da implementação de importante elemento humanizador da dinâmica processual, a apresentação sem demora do preso ao juiz. Destarte, a presente pesquisa tem o objetivo de averiguar, se, de fato, a audiência de custódia vem cumprindo com o seu potencial de reparar e racionalizar o uso das prisões provisórias no Brasil.

Na tentativa de responder a essa pergunta é preciso melhor compreender as razões e o funcionamento dessa pulsão social, política e institucional de imediaticidade de aplicação da justiça penal, disseminada e enraizada nas práticas processuais penais, o que se fará mediante o estudo do denominado Estado Penal de Emergência.

A compreensão das causas do problema que representa o uso banalizado da restrição da liberdade no curso do processo é fundamental para encontrar uma solução possível, que, como será explanado neste trabalho, abarca necessariamente o resgate da proteção intransigente da presunção de inocência enquanto princípio constitucional conformador de um processo penal que se pretenda adequado a uma ordem democrática; bem como dos postulados da teoria das prisões cautelares, em suas bases principiológicas e nas especificidades e pontos críticos de cada espécie de prisão cautelar prevista no direito pátrio.

A audiência de custódia se insere nesse quadro como uma nova ferramenta de resposta ao *superencarceramento*, com um potencial libertador latente. A garantia consiste, segundo a redação dos tratados internacionais sobre direitos humanos em que consta, dentre os principais, analisados, o PIDCP e a CADH, na obrigatoriedade de apresentação pessoal do preso, sem demora, ao juiz ou autoridade judicial competente, para que se exerça o controle de legalidade da custódia, com vistas a preservar a liberdade e integridade da pessoa submetida à prisão. A novidade do instituto, marcada pela busca de consolidação de sua ainda frágil regulamentação interna, demanda um exame mais detalhado de seu lugar dentro da ordem jurídica internacional e da forma como ingressa no direito doméstico. Isso passa pela compreensão da importância do controle de convencionalidade, uma preocupação ainda pouco usual na praxe dos tribunais brasileiros.

Indispensável também se familiarizar com o conceito e a finalidade precípua da garantia convencional. Além da compreensão do conteúdo preciso das expressões abertas que compõem o conceito do ato que no Brasil se convencionou denominar de *audiência de custódia*, conforme constam nos textos dos tratados em que tem origem e, fundamentalmente, na jurisprudência interpretativa e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Baseado nessas premissas, a partir de um exame de dados extraídos de relatórios de pesquisas da lavra de proeminentes e fiáveis instituições, como o Conselho Nacional de Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, *World Prison Brief*, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, entre outros; bem como do exame de diferentes trabalhos acadêmicos, que se valeram de metodologia empírica e de observação de campo também levadas a efeito, buscar-se-á apontar efetivamente qual o impacto da implantação da audiência de custódia no problema do uso excessivo das prisões provisórias. Aqui a presente pesquisa objetiva apontar os aspectos onde, diante de resultados concretos, já se pode considerar que a audiência de custódia representa um ponto de inflexão, um passo no caminho da evolução do processo penal em

direção ao modelo constitucional-democrático e humanizado. Da mesma forma não se pode deixar de salientar onde se localizam as continuidades e resistências de um sistema processual penal anacrônico e historicamente arbitrário que ainda obstam a realização plena do potencial de liberdade da garantia convencional.

Com efeito, muitas expectativas foram criadas em torno da efetiva incorporação da audiência de custódia na prática judicial criminal, desde o seu papel no controle de legalidade das prisões cautelares até como um dos possíveis instrumentos para solução da crise do sistema penitenciário nacional. Desse modo se justifica a relevância do presente estudo, pelo qual se pretende lançar alguma luz sobre os resultados efetivos que a medida vem trazendo para o cenário crítico que as prisões cautelares representam hoje na dinâmica processual penal brasileira.

## 2 O PROBLEMA DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO

O presente trabalho tem como objetivo estudar, à luz de um devido processo penal orientado pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a relação existente entre a audiência de custódia e as prisões cautelares, notadamente do papel que esse (novo) instituto processual tem ou pode ter na racionalização do uso das prisões no curso do processo.

Evidente que falar em audiência de custódia é falar em prisão. Contudo, considerando a gravidade desse ato judicial que implica na privação da liberdade de um cidadão, para atirá-lo às masmorras (quicá piores que as) medievais que abrigam a gigantesca população carcerária brasileira, é necessário superar a mera referência superficial à gravidade da *extrema ratio* para ter a profundidade do perigo da prisão seriamente como um objeto de estudo acerca de sua natureza, limites, requisitos e consequências para os direitos fundamentais da pessoa a ela submetida.

É por isso que, como também pontua Caio Paiva ao iniciar seu trabalho sobre audiência de custódia, há que se falar ainda (e sempre) da prisão<sup>1</sup>, a cautelar, no foco que nos interessa na presente pesquisa, sendo nosso objetivo no primeiro momento contextualizar a (velha) problemática do seu (ab)uso nas práticas processuais penais brasileiras dentro do campo de impacto do novo instituto da audiência de custódia.

E o trabalho já se inicia com a árdua tarefa teórica de equacionar um estudo sobre o papel da prisão no processo penal a partir de uma visão de defesa dos direitos humanos quando se tem que a prisão é em si mesma uma negação de humanidade, mormente em se tratando da realidade carcerária brasileira. Nesse passo e acompanhamos o entendimento de que nenhuma prisão é boa, seguimos num esforço de redução de danos.<sup>2</sup>

Nesse mister, pede-se licença para, valendo-se *in verbis* das palavras de Hulsman<sup>3</sup>, tentar dar alguma ideia acerca de como entendemos a prisão e, daí, sobre porquê de nossa preocupação de fundo com o seu uso inadequado à luz dos direitos e garantias fundamentais:

---

<sup>1</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>2</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>3</sup> Oportuno pontuar que nos valem das palavras do autor acerca do instituto da prisão por acompanharmos seu entendimento e avaliação acerca da vida no cárcere, aqui pontualmente considerado; não significando que o

Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias onde predominam as féculas – não é por acaso que as cáries e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provações que agredem o corpo, que o deterioram lentamente.<sup>4</sup>

E segue o autor:

As ciências humanas nos dão uma ideia de extensão deste mal. A partir delas, se constata que ninguém extrai qualquer benefício do encarceramento: nem o preso, nem a sua família, nem a ‘sociedade’. As regras de vida na prisão fazem prevalecer reações de passividade-agressividade e de dependência-dominância, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes. O fato de que, durante o enclausuramento, as pulsões sexuais só possam se exprimir sob a forma de sucedâneos fantasiosos – masturbação ou homossexualidade – aumenta o isolamento interior. O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados.<sup>5</sup>

Dito isto, é preciso superar a barreira que se criou entre a teoria e a prática no campo da justiça criminal. Notadamente no que diz respeito ao tema da prisão, do encarceramento, o embate ideológico nos parece ter alcançado um nível inviabilizador do diálogo. A defesa do ponto de vista antes aqui exposto, acerca da gravidade e do sofrimento em que consiste a prisão aliado ao discurso de defesa dos direitos humanos é hoje impenetrável em muitos ambientes sociais e, talvez até mais, em muitos ambientes da prática forense.

É preciso antes de tudo se alcançar a compreensão de que o processo penal não é um espaço de neutralidade. Isso se extrai da aceitação de que há uma considerável carga ideológica envolvida, que todos os atores desse espaço (práticos e teóricos) carregam, advinda principalmente (mas não só) do seu local de fala.<sup>6</sup> E admitir e compreender isso não importa em descuidar do rigor ou da ética científica. Muito antes pelo contrário. Ter essa pré compreensão de quem, de onde e do que se fala é fundamental para um estudo sério e honesto,

---

presente trabalho objetiva a defesa do abolicionismo tal como teorizado pelo autor ou mesmo o aprofundamento do estudo acerca dessa vertente teórica.

<sup>4</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2. ed. Trad. Maria Lucia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 62-63.

<sup>5</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2. ed. Trad. Maria Lucia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 62-63.

<sup>6</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

que não lança mão de um falso objetivismo, de uma máscara de neutralidade, para se defender da crítica. A produção científica que expressamente declara seus marcos teóricos e o propósito com que é feita se abre, de forma sincera e receptiva, para a crítica, sempre no intuito de melhor servir ao ideal verdadeiramente científico de progresso.

Uma vez compreendido isso, encontrado o local do presente trabalho, quais são os marcos que o orientam, no objetivo de derrubar as barreiras que se opõem entre a crítica científica e a prática processual, é preciso admitir recuos estratégicos nos discursos de liberdade, sob pena de a crítica indispensável que doutrina atenta produz reste confinada em seu próprio círculo de criação. Vale salientar, não se trata de abdicar do ideal que o orienta ou transigir com o que é intransigível para ser aceito, sob pena de tornar-se, o pesquisador, em mero burocrata a serviço da legitimação do sistema; mas de encontrar meios de iniciar novamente o diálogo acerca da defesa dos direitos humanos, da racionalização da prisão e do processo penal como um todo, no inicialmente declarado objetivo de redução de danos.<sup>7</sup>

Nesse sentido, especialmente basilar é a lição de Zaffaroni, quanto ao necessário papel de uma *criminologia cautelar*.

O mestre argentino aponta com precisão a natureza intrínseca do sistema penal enquanto um perene *massacre em potencial*. Buscando nas origens da vingança enquanto essência do poder punitivo, Zaffaroni desmistifica a ideia de que os desvios, os abusos no exercício do poder de punir são exceções, patologias do sistema, senão que consistem na expressão de sua natureza vingativa mesma, e que os excessos que resultam nos *massacres* do cotidiano denunciados pelo autor decorrem de perturbações do frágil equilíbrio entre a pulsão vingativa do poder punitivo e o papel de controle dessa que o poder jurídico lhe deve impor. Em suma, o poder punitivo tende ao excesso, ao massacre, porque a vingança está em sua essência.<sup>8</sup>

Nesse passo que, enfrentando à pergunta do abolicionismo – *por que manter um instrumento com os riscos e efeitos colaterais que o sistema penal carrega?* – Zaffaroni parte da sincera constatação que o motivo consiste unicamente em ser porque nossa civilização não encontrou até o momento nenhum outro meio legítimo de canalizar a vingança que está no cerne do poder de punir. E é por isso que o autor defende que não cabe à criminologia, com seu objeto

---

<sup>7</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva 2012.

de estudo limitado – o fenômeno criminal e o sistema penal – propor tão profunda mudança cultural que supere o paradigma da vingança da forma como lidamos com o crime, pois há outros ramos do conhecimento mais bem equipado para tal reflexão e também, e principalmente, porque enquanto pensadores se dedicam a esse nobre objetivo, o potencial de produzir *cadáveres* do sistema penal pode e provavelmente vai se efetivar, nem que seja na forma *conta-gotas* como é atualmente, através do excessos e abusos no exercício do poder de punir.<sup>9</sup>

Preocupado com isso é que Zaffaroni propõe que a tarefa civilizatória do criminólogo é a de exercer uma criminologia cautelar, uma criminologia que como o próprio nome adianta, seja vigilante no cuidado, na prevenção do desequilíbrio no exercício do poder punitivo, sendo militante em assegurar que o poder jurídico se mantenha forte e efetivo no papel de limitador do exercício da vingança através do sistema penal, garantindo os direitos e garantias fundamentais que servem de freios a essa pulsão natural do sistema.<sup>10</sup>

A criminologia cautelar, segundo Zaffaroni, deve atuar em três frentes: “(i) a da exploração das condições sociais para criar midiaticamente um mundo paranoico, (ii) a da confrontação permanente com a realidade dos danos e riscos sociais e (iii) a da individualização dos meios adequados para neutralização destes últimos”.<sup>11</sup> É nessa terceira frente que o presente estudo se localiza, na medida em que, como adiante se propõe, buscar-se-á demonstrar a inadequação do (ab)uso das prisões cautelares como medida de emergência no combate ao alarmado incremento criminal hodierno e, de outro lado, a adequação da audiência de custódia como medida que ao menos contribui para a racionalização do contexto.

Nas palavras de Zaffaroni, a individualização das medidas adequadas para diminuir o dano real do delito e, principalmente, o número de cadáveres antecipados importa em acabar com as medidas contraproducentes ou inúteis, que exercem um papel meramente simbólico e sedativo da opinião pública.<sup>12</sup> É nesse aspecto que identifica-se o uso inadequado da prisão

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva 2012.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva 2012.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva 2012. p. 468.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva 2012.

antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto um remédio de efeitos imediatos sobre uma população amedrontada e ávida por medidas *emergenciais*.

É nessa ideia de emergência que orienta a sociedade paranoide de que fala Zaffaroni que vai repousar o argumento que fundamenta as atuais práticas políticas e jurídicas que resultam no açodamento dos direitos e garantias fundamentais que deveriam orientar o processo penal em um regime democrático de direito.

## 2.2 Estado penal de emergência

A ideia de emergência remete a um estado de crise, apontando para algo de repentino, inesperado, que desestabiliza o *status quo ante* e compromete a observância dos padrões *normais* de comportamento e a manutenção das estruturas, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade.<sup>13</sup>

Choukr distingue, no contexto jurídico, a emergência do estado constitucional exceção, aquele expressamente previsto e delimitado no próprio texto constitucional, e que objetiva, em situações estabelecidas previamente, controlar ameaças ao estado democrático de direito. Note-se que aqui se trata de hipótese justamente diversa do conceito do vocábulo *emergência* que se analisa, vez que contraria a ideia do inesperado, sendo um instituto jurídico de incidência em hipóteses constitucionalmente previstas, assegurado ainda por mecanismos de proteção ao estado de normalidade. A emergência constitucional é delimitada temporal e territorialmente, além dos limites materiais que regram essa exceção.<sup>14</sup>

De outro lado a emergência repressiva não conhece limites temporais ou geográficos, infiltrando-se no seio cultural da normalidade em prejuízo dessa. A emergência penal é um estado de fato, não de direito, como é a emergência prevista na Constituição, sendo reconhecida apenas no discurso retórico ou político.<sup>15</sup>

Ferrajoli leciona que antes de qualquer alteração legislativa, a cultura da emergência e a prática da exceção, consubstanciadas em velhos esquemas penais pré-modernos e na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e próprias da atividade de polícia, são responsáveis pela regressão do nosso ordenamento punitivo. A exceção ou a emergência

---

<sup>13</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>14</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>15</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

passam a ser a justificação política para a ruptura, ou a modificação das normas que no Estado de Direito disciplinam a atividade punitiva. Não é outra coisa senão a superação da razão jurídica pela razão de Estado.<sup>16</sup>

O sistema emergencial, em termos de sistema repressivo, vai buscar a (re)legitimação do direito penal, desacreditado pela expansão de uma criminalidade cada vez mais complexa e insurgente. Nesse sentido, a pena vai ter apenas a finalidade (simbólica) de resguardar a norma penal; e o processo penal restará relegado à posição de um mecanismo tendente a favorecer a supremacia estatal persecutória. Nesse cenário a Justiça Criminal assume uma identidade bem diferente daquela apropriada para um Estado Democrático de Direito; “*essa cultura emergencialista determina preocupantes tentativas de mistura de papeis, de antecipação de pena, de acertos com a mass média, com o resultado de realizar processos sumários, sem rito e extrainstitucional*” (grifo do autor).<sup>17</sup>

Nesse sentido, quanto a supremacia do Estado persecutor em face do indivíduo que sofre a perseguição, segundo o mestre italiano, a razão de Estado é contraditória ao Estado de Direito, na medida em que a primeira se constitui em uma norma de ação política supra ordenada em relação as demais *razões* (moral, social, jurídica) e é regida pelo objetivo do bem e da potencialização do Estado enquanto fim em si mesmo. De outro lado, o Estado de Direito tem no Estado um meio de tutela dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos, por meio da sujeição de todos os seus poderes às rígidas regras constitucionais. Ocorre que, paradoxalmente, como atualmente concebida a razão de Estado é dotada de uma força de legitimação maior do que as teorias do Estado Absoluto ou totalitário, porque surge, pretensamente, de dentro da própria estrutura do Estado dito de direito, ou democrático, através de uma deturpada concepção de sua *defesa* em face de alegadas situações de emergência ou exceção. A contradição reside na constatação de que, sendo seus princípios fundamentais absolutamente contrapostos, o resultado é que o discurso da necessidade de primado das razões de Estado para excepcional salvaguarda do Estado de Direito termina por negá-lo.<sup>18</sup>

A verificação da atuação desse subsistema se caracteriza pela mitigação, direta e indireta, das garantias fundamentais estabelecidas pelo pacto civilizatório.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

<sup>17</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 9.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

<sup>19</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Em relação a jurisdição penal a contradição entre o sistema de emergência, regido pela razão de Estado, e a função do Estado de Direito é especialmente crítica. Isso porque na lógica política da razão de Estado a atividade punitiva segue uma dinâmica fundada na dicotomia amigo *vs.* inimigo, legitimadora de práticas de exceção, de natureza inquisitiva, perseguidoras da *verdade real* e tendentes à identificação e extermínio do *inimigo* que constitui o agente criminoso; contrastando diretamente com a lógica da jurisdição no Estado de Direito, fundada na imparcialidade do Estado-juiz e na observância dos limites da presunção de inocência em favor do indivíduo imputado e do que pode ser apreendido enquanto *verdade formal* no devido processo legal.<sup>20</sup>

A dicotomia entre liberdade individual *vs.* segurança social é um dificultador do estabelecimento de um diálogo racional e eficaz, conduzindo a extremos indesejados. A defesa das garantias individuais tende a identificar seus partidários como construtores de um sistema fraco, inoperante frente ao caos causado pela criminalidade atual. De outro lado a sustentação da segurança social tende a identificar seus defensores como legitimadores do autoritarismo estatal frente ao indivíduo, e como desejosos de uma necessária reforma, pró Estado, do sistema de justiça criminal.<sup>21</sup>

Essa dicotomia não pode prevalecer como reciprocamente excludente, mas precisa ser enfrentada como complementar. Mormente quando se busca entender o conceito de *segurança* expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal sistematicamente com os seus incisos, afigura-se evidente que o respeito à ordem legal estabelecida pelo Estado Democrático de Direito é condição de legitimidade para a persecução penal. É desse sutil equilíbrio que surge o estado de paz social, finalidade do direito, em última análise, para o qual em nada contribuiu a cultura de emergência.<sup>22</sup>

No contexto de emergência, onde historicamente se fortalecem as tendências autoritárias, não por acaso (re)surgem as referências militares, como o binômio amigo *vs.* inimigo. A importação do conceito de inimigo traz para o ambiente da (já afastada) normalidade democrática a dinâmica do conflito bélico, onde as primeiras baixas são as regras pré-estabelecidas de controle do poder estatal. Nesse passo, no âmbito do processo penal o reflexo

---

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

<sup>21</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>22</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

é direto, desfazendo-se o respeito às regras que regem uma relação processual adversarial; o polo passivo não é mais apenas um réu, mas sim um inimigo.<sup>23</sup>

Zaffaroni, em obra onde tece fundamentada crítica à reiteração dessa prática histórica de tratar penalmente certos indivíduos como inimigos recorda que o conceito tem origem no direito romano, que concebia no termo *hostis*, significando o inimigo político – que difere de *inimicus*, inimigo pessoal – aquele que deveria ser combatido pelo Estado.<sup>24</sup>

Assim, temos que o conceito de inimigo, antes de ser jurídico, é afeto na verdade à teoria política.

A respeito do tema Zaffaroni assevera ainda que o *inimigo* é um conceito contraditório dentro do Estado de Direito, porque traz a semente de sua destruição. Isso porque o conceito de inimigo introduz, de contrabando, a dinâmica da guerra ao Estado de Direito. Sabendo que a guerra constitui um estado de exceção, há que se considerar que a exceção está sempre invocando uma necessidade que não conhece lei nem limites, “La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene limites, porque los establece el mismo que ejerce el poder”<sup>25</sup>.

Portanto, admitir a figura do inimigo como um conceito jurídico legitimador de um direito penal de exceção constitui a semente da contaminação não só do direito penal e processual penal ordinário, mas do próprio Estado de Direito, porque deixa aberto o potencial de incremento do poder do soberano, incentivado ainda a partir da necessidade de combater de um inimigo, que sequer é pessoa, resultando invariavelmente no Estado Absoluto.

Destarte, no âmbito da jurisdição, essa resta deformada pela adoção de um caráter policialesco, próprio da supremacia da razão de Estado e a dinâmica do *inimigo*. Em um contexto de emergência às práticas de exceção resultam num rebaixamento da atividade jurisdicional à práticas de polícia, pela assunção da parcialidade própria do conceito de *combate* (ao *inimigo*) e da legitimação de usos inquisitórios de institutos processuais como às prisões provisórias – como instrumento discricionário de persecução em busca da *verdade real* e não como instrumento sujeito à limitação normativa de acatamento processual – em conflito com

---

<sup>23</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Madrid: Dykinson, 2006.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Madrid: Dykinson, 2006. p. 25.

a necessária imparcialidade, alheamento, institucional do juiz e o primado do respeito aos limites à atividade persecutória alcançados no Estado Democrático de Direito.<sup>26</sup>

O sistema penal assume um papel responsivo, no objetivo de reestabelecer a *ordem* derogada pelo caos originado dos *medos* que sustentam o estado de emergência, onde a cultura da normalidade democrática, com sua função de garantia de direitos fundamentais, figura como um entrave a esse propósito. Com efeito, a desnaturação axiológica se dá de vários modos, porém um especialmente danoso, que é o uso simbólico do direito e do processo penal. No desempenho de uma função meramente simbólica, “A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e a opinião pública, acalmando os sentimentos, individuais ou coletivos, de insegurança”.<sup>27</sup>

Diante do *levante punitivo* e do agigantamento do sistema penal se exigem soluções processuais mais efetivas. Operando a partir da lógica *custo-benefício*, essa eficiência do sistema de justiça criminal é paga ao custo da redução dos direitos de defesa e garantias constitucionais. Até a garantia do julgamento em prazo razoável (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF) passa a sofrer uma interpretação *eficientista*, que propõe a sumarização cada vez maior do processo, havendo quem defenda inclusive a desnecessidade do processo em caso de flagrante, partindo para a imediata (tanto quanto possível) aplicação da pena. Nesse contexto de uma sociedade *hiper acelerada*, em que é intolerável qualquer tipo de dilação, o (ab)uso das prisões processuais é banalizado, atendendo à uma ilusão de Justiça imediata. Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, “quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta sensação de que haverá impunidade. O gozo se dá com a imagem de várias pessoas saindo algemadas! Sim, isso é Justiça célere!”<sup>28</sup>

Ocorre, que como no leciona Delmanto, o Estado de Direito deve garantir os direitos individuais naturais, sendo a liberdade o valor supremo da sociedade política. A autoridade

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

<sup>27</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 47.

<sup>28</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 56.

somente é admissível na estrita medida de sua indispensabilidade à coexistência das liberdades individuais.<sup>29</sup>

É por isso que as normas processuais constituem uma garantia de proteção dos direitos do cidadão. O processo penal tem por fundamento a tutela da liberdade jurídica do ser humano<sup>30</sup>; e não servir de instrumento para a potenciação do Estado de Polícia, como ocorre no contexto de emergência.

É nesse contexto de um estado penal de emergência que o, já há muito conhecido, problema do (ab)uso das prisões processuais tem no alarmado aumento da criminalidade atual um grande fator de agravamento. Esse clima de medo e paranoia social a respeito de temas de segurança pública, próprio do estado de emergência, é velho inimigo do respeito aos direitos fundamentais, principalmente das liberdades individuais relacionadas com ao direito de defesa. Nesse contexto, a prisão provisória se apresenta como um analgésico de efeito quase imediato a satisfazer a exigência social por uma Justiça sumária.<sup>31</sup>

É essa exigência de um Justiça sumária, às custas dos direitos e garantias fundamentais que caracterizam o Estado Democrático de Direito, que nos remete e expõem a essência vingativa do sistema penal, que resta potencializado no estado de emergência onde domina a dinâmica do combate ao *inimigo*. Não é por outro motivo que as prisões provisórias, enquanto uma resposta jurisdicional severa e rápida e, até mais importante ainda, enquanto a maior das humilhações imponíveis ao acusado, é tão festejada e exigida nesses contextos de uma sociedade paranoica. “O processo penal é sobretudo um cerimonial de degradação do *status* social do indivíduo submetido à persecução”.<sup>32</sup>

Delmanto traz a percepção ainda de que a prisão de um acusado/suspeito/indiciado serve também, enquanto instrumento de controle social, como expiação de culpa, coletiva e individual. Explica, assim, a ampla demanda social pela *sumariedade da Justiça*, na medida

---

<sup>29</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>30</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>31</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>32</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

que a notícia da prisão de um acusado de roubo, por exemplo, serve à satisfação da expectativa de uma resposta estatal a todas às vítimas de casos não desvendados de roubo.<sup>33</sup>

Em outras palavras, livres das amarras que o poder jurídico deveria impor ao poder punitivo, o processo penal, em especial as prisões provisórias, se constituem em instrumentos perfeitos do mero exercício da vingança coletiva contra aqueles tidos por *inimigos*; em detrimento de seu papel civilizatório de contenção dos abusos a que tende o Estado na consecução de suas atividades de segurança pública. Limites esses que distinguem o Estado Democrático de Direito do Estado de Polícia.

No que toca ao uso indevido das prisões processuais como instrumento de um direito penal e processual penal meramente simbólico, temos que uma reflexão comprometida a superar tal cenário de afronta à ordem constitucional, e a resguardar os direitos e garantias constitucionais corolários do Estado Democrático de Direito, deve se dar à luz do primeiro e maior postulado de um processo penal que se pretenda democrático, a presunção de inocência.

### 2.3 Solução a Partir da Presunção de Inocência

As prisões cautelares são sempre um tema sensível em matéria processual porque inevitavelmente evidenciam a complexa tensão que se estabelece entre a privação da liberdade no curso do processo e a presunção de inocência, agravada pelo atual estado inconstitucional de coisas do sistema penitenciário nacional. Importa em discutir a retirada da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da condenação, presumidamente inocente, portanto.

A presunção de inocência, historicamente falando, remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), sendo assim um postulado geral de direito da mais antiga e sólida construção. Contudo, considerando a experiência mais recente e atualmente vinculativa da ciência e da *práxis* jurídica contemporâneas, nos importa sua conceituação desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que vai orientar as convenções sobre direitos humanos que se seguiram e, por fim, nossa Constituição Federal de 1988.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>34</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Nesse contexto a presunção de inocência nos atinge através de três manifestações centrais. Primeiro, como um princípio fundante, ao redor do qual se ergue todo o sistema processual penal liberal e democrático, assegurando garantias ao acusado frente à persecução penal movida pelo Estado. Segundo, como uma norma de tratamento dirigida a assegurar que o imputado seja tratado, durante todo o processo, como inocente, o que importa na máxima limitação das medidas tendentes à restrição de seus direitos antes do trânsito em julgado de eventual condenação. Terceiro, como uma norma de julgamento, dirigida ao júízo, no sentido de atribuir toda a carga probatório sobre a imputação à acusação, impondo a absolvição no caso de esse ônus não ser suficientemente satisfeito.<sup>35</sup>

Contudo, a relevância e incidência da presunção de inocência em nosso sistema processual penal são de uma complexidade tamanha que talvez se insira num plano de percepção que foge à rigidez de conceitos, impondo-se sua breve, mas específica, análise para melhor compreensão de sua fundamental centralidade no processo penal que se pretenda democrático.

Nesse sentido, a presunção de inocência, enquanto um direito fundamental, mantém estreita relação de interdependência com outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Essa relação entre a presunção de inocência com outros direitos fundamentais é mais que mera complementariedade por serem direitos de mesma natureza (fundamental), mas remonta à gênese da presunção de inocência, sendo esses direitos os cernes de sua concepção e autonomia.

Os direitos fundamentais que estão na origem do princípio da presunção de inocência e que ainda hoje lhe dão justificção e base são: a dignidade da pessoa humana; a liberdade; a igualdade; e o Estado Democrático de Direito, em especial no que representa em termos de devido processo penal.<sup>36</sup>

A presunção de inocência não se origina do desdobramento de um desses outros direitos fundamentais, mas sim do preenchimento de um espaço *juspolítico* de intersecção desses postulados individualmente considerando em uma ideia integrativa mais abrangente. Nessa medida é que a interdependência e a interrelação entre a presunção de inocência e os direitos

---

<sup>35</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>36</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

fundamentais que lhe justificam a existência se dá de forma que esses últimos têm nela um norte orientador, enquanto a própria presunção de inocência tem nos outros direitos fundamentais os seus espaços concretos de efetivação.<sup>37</sup>

Por essas razões que é absolutamente equivocada a dicotomia que habitualmente coloca a presunção de inocência como um direito individual, de índole privada, em contraponto com a alegada segurança pública, de natureza de direito público. Como se viu, a presunção de inocência tem sua justificação e estreita relação de interdependência com direitos fundamentais que tutelam desde a liberdade individual até a preservação do regime democrático de direito, o que torna a violação de seus preceitos uma violação frontal ao interesse público, tanto quanto qualquer violação à segurança pública. Toda restrição que lhe for constitucionalmente permitida deve ser examinada e ponderada à luz da estrita necessidade à tutela de outros interesses públicos que se afigurem mais relevantes nas circunstâncias fático-jurídicas do caso concreto.<sup>38</sup>

O postulado teve origem no pensamento iluminista do século XVIII; contudo, no decorrer do final do século XIX e século XX, a partir da doutrina positivista italiana e o tecnicismo nazifascista, a presunção de inocência passou a ser vista como um absurdo jurídico, sendo afastada dos ordenamentos jurídicos, conservado apenas seu viés de regra de julgamento, o *in dubio pro reo*.<sup>39</sup>

É nesse contexto que formula de *não consideração de culpabilidade* tem origem na produção positivista do fascismo. Atacando a palavra *presunção* a dogmática fascista alcançou afastar o *status* de *inocência* dos acusados em processos penais. Dizia-se que se não se poderia presumir o acusado culpado no início da persecução, também não se poderia, não seria adequado aos fins da *defesa social*, presumi-lo inocente. Assim, melhor seria considera-lo *não culpado*, mas também *não inocente*.<sup>40</sup>

Evidente que essa técnica menos *garantista*, de manipulação de palavras e sentidos, tinha o objetivo de abrir as portas da persecução penal para tratamentos não condizentes com a

---

<sup>37</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>38</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>39</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>40</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ausência de uma formação definitiva de culpa, como a banalização das prisões provisórias, a expropriação de patrimônio, o afastamento de cargos e funções dentre outras medidas coercitivas no curso do processo. Sob essa roupagem de legalidade que lhe conferia a dogmática penal nazifascista, a justiça criminal dos regimes totalitários legitimou, em seu extremo, as perseguições políticas, raciais e de outras ordens contra as minorias e inimigos ou meramente indesejados dos regimes que concretizaram as maiores violações de direitos humanos que história já vira.<sup>41</sup>

Esse quadro de inaceitáveis atrocidades que o mundo conheceu na primeira metade do século XX resultou num marco de afirmação dos direitos humanos pela comunidade internacional. Após a Segunda Guerra Mundial as nações perceberam a necessidade de uma base ético-social para a convivência pacífica de todos os povos e seres humanos. Por isso ONU foi criada com o intuito maior que o da antiga Liga das Nações. Enquanto a segunda objetivava o controle dos conflitos bélicos a primeira visa assegurar a proteção internacional dos direitos essenciais da pessoa humana.<sup>42</sup>

Isso porque se verificou a necessidade de estabelecerem paradigmas universais de direitos humanos, com força vinculativa aos Estados-Membros no sentido de adequarem suas legislações internas, com função preventiva de neutralizar focos de autoritarismo e abusos contra o ser humano, germes indefectíveis da violência e guerras internas e internacionais.

A comunidade internacional percebeu que se para evitar o surgimento de Estados totalitários, deve evitar que as legislações internas desrespeitem os indivíduos e, por meio do sistema criminal, perpetrem perseguições políticas e mais das vezes, com falsos argumento de maior controle do ‘mal’ interno (crescimento da violência, em regra), caminham e crescem pelos abusos e perseguições a seus opositores e ‘inimigos’ (políticos, econômicos, sociais ou raciais) e, após soberanas em sua ‘republicuetas’, lançam-se à guerra, sempre sob o pretexto de proteção contra os ‘inimigos’ internacionais que querem atacar ‘sua paz’ ou prejudicar o ‘bem estar’ ‘conseguido’ pelos seus cidadãos.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>42</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>43</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 177.

Nesse sentido a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, inaugura um novo marco histórico de afirmação dos direitos humanos, estando insculpida em seus primados a presunção de inocência; agora não mais apenas como referência do pensamento iluminista, abstrato e idealista, mas sim como norma cogente de direito internacional dos direitos humanos, a partir da Declaração de 1948 e dos diversos tratados e convenções dela decorrentes.<sup>44</sup>

No Brasil, contudo, o atual Código de Processo Penal de 1941 foi concebido sob à influência da doutrina totalitária dos regimes fascistas que estavam em plena ascensão naquela quadra histórica, ou seja, um processo penal que em sus estruturas infraconstitucionais rejeitou a presunção de inocência.

No âmbito constitucional, é certo que à Assembleia Nacional Constituinte de 87 coube a missão de produzir um texto que marcasse a ruptura com os regimes autoritários que marcaram o século XX no país, afirmando definitivamente os paradigmas universais de direitos humanos na ordem constitucional interna. Contudo, nem isso foi capaz de afastar uma relutante influência autoritária da política nacional, tendo sido insculpida no texto constitucional ainda a formula da *não consideração de culpabilidade*.<sup>45</sup>

De qualquer sorte, inobstante a opção, pelo legislador constitucional, pela formula da *não consideração prévia de culpabilidade*, entende-se que a sua origem nos regimes nazifascistas não logrou trazer até nossos dias o conteúdo antidemocrático para a ordem constitucional vigente. Em sua origem genético-sistêmica, a Carta de 88 guarda o conteúdo material essencial do princípio tradicional da *presunção de inocência*. Isso porque a opção do constituinte em inserir a presunção de inocência no texto constitucional, com status de direito fundamental, importa em inserir em nosso ordenamento toda e extensão histórica do perfil ideológico que acompanha a desenvolvimento da presunção de inocência até nossos dias.<sup>46</sup>

Ademais, no plano internacional o Brasil é signatário dos principais tratados em matéria de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), nos quais consta expressamente a

---

<sup>44</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>45</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>46</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

garantia da *presunção de inocência* em seu enunciado normativo clássico – Art. 14.2 do PIDCP; e Art. 8.2 da CADH.

Destarte, resta afastada qualquer desnecessária e superada discussão acerca do conteúdo essencial da garantia insculpida no Art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, sendo certo que os enunciados normativos relacionados à *consideração de não culpabilidade* e à *presunção de inocência* carregam hoje a mesma norma de direito fundamental, correspondente ao preceito de origem iluminista e mais protetivo.

A partir dessa estrutura normativa contida no Art. 5º, LVII, da Carta da República, também se infere a natureza principiológica da *presunção de inocência*, face guardar uma norma de *dever ser*, impondo-se o seu cumprimento da maior medida possível, assim se entendendo por ser uma garantia expansível até que uma intervenção constitucionalmente justificada lhe possa restringir em uma situação concreta, ou seja, o direito fundamental guarda a característica de se submeter à ponderação e, assim, também a limitações sistêmicas.<sup>47</sup>

Contudo, admitir limitações sistêmicas ao direito fundamental da *presunção de inocência* significa antes estabelecer o limite dessas limitações, sob pena de, admitindo sua restrição sem critérios claros de intervenção, acabar-se por esvaziar-lo inteiramente. Nesse sentido, as limitações que se admitam ao princípio não devem jamais alcançar o seu *conteúdo essencial*. Por essa razão, Zanoide de Moraes defende que esse conteúdo essencial corresponde, na verdade, à exigência de justificção constitucional suficiente e legítima para a restrição da norma *jusfundamental*. O conteúdo essencial de um direito fundamental, portanto, pode não se sempre o mesmo, podendo variar, conforme as condições fáticas e jurídicas envolvidas.<sup>48</sup>

Em última análise, a *presunção de inocência* exerce a função de eixo conformador de um processo penal conforme a prescrição constitucional.

Inobstante o caráter fundamental da função que a *presunção de inocência* deve exercer em nosso sistema jurídico penal, o princípio é um conceito muito abstrato, razão pela qual enfrenta graves dificuldades de efetivação na prática judicial. O direito fundamental não raras vezes é visto como óbice à realização da persecução penal, sendo acusado de contribuir para uma suposta impunidade generalizada. Para o imputado, é uma garantia insuficiente porque,

---

<sup>47</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>48</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

dada sua abstração, admite ser orientada por critérios subjetivos e aleatórios que minam sua segurança jurídica.

O subjetivismo que impera no conceito de presunção de inocência não raras vezes se lastreia em linhas criminológicas ou de política criminal inconstitucionais, que por não serem expressas nas fundamentações ou até mesmo por falta de consciência judicial dessa inconstitucionalidade, resultam no esvaziamento da efetividade do direito fundamental.<sup>49</sup>

Zanoide de Moraes aponta como primeira e mais relevante causa da pouca eficácia da presunção de inocência no cenário processual penal brasileiro a inércia legislativa. Primeiro, em razão da omissão do Legislativo em editar um novo código de processo penal redigido à luz da Constituição de 1988 e dos princípios democráticos que regem o Estado brasileiro atualmente, bem como em consonância com os avanços tecnológicos de hoje e as experiências legislativas mais avançadas de outras nações democráticas; segundo, porque o Código de Processo Penal vigente data de 1941 e foi concebido sob um ideal autoritário que não reconhece a presunção de inocência e a vê como um absurdo teórico, vez que é uma legislação informada pelos princípios do regime autoritária fascista italiano da época.<sup>50</sup>

Assim, ainda hoje se verificam os resquícios de sua origem autoritária e não conformada com o postulado da presunção de inocência, sempre tendente à sua minimização ao fundamental, mas reduzido, significado de *in dubio pro reo*. Essa tendência que constituiu o próprio projeto da ciência jurídica fascista hoje também é fruto da cultura jurídica vigente de pouca valorização e conhecimento acerca do postulado constitucional, ignorando as demais manifestações em que o princípio se apresenta.<sup>51</sup>

Essa comum e equivocada redução da presunção de inocência ao brocardo do *in dubio pro reo* ignora a faceta do princípio voltada à *favor rei*, que é mais interessante por ser mais incidente na forma de tratamento dos imputados e, sendo ignorada, resulta no (ab)uso inadequado de medidas restritivas no curso do processo, em especial e mais gravemente quanto às prisões provisórias.

---

<sup>49</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>50</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>51</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A distinção entre *favor rei* e *in dubio pro reo* é que essa última traz a ideia de que há uma dúvida, e que ela deve ser resolvida favoravelmente ao réu. A *favor rei*, por sua vez, é uma escolha valorativa que não tem como causa a dúvida. A base axiológica da, *favor rei* são as ideias de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão a partir do devido processo legal.<sup>52</sup>

Assim, tanto a *favor rei* quanto a *in dubio pro reo* compõe o âmbito de proteção da presunção de inocência, sendo sentidos, normas que do princípio se extraem. Isso assegura a esses postulados a mesma natureza de norma constitucional fundamental, por integrarem o preceito constitucional maior da presunção de inocência, sendo, portanto, normas cogentes de interpretação e valoração tanto para o legislador no processo legislativo quanto ao julgador no exercício da jurisdição, sob pena de não os observando, incorrer em inconstitucionalidade.<sup>53</sup>

A manifestação da presunção de inocência no âmbito da, *favor rei* vai sustentar, por exemplo, as escolhas adequadas sobre aplicação ou não de medidas cautelares sobre o imputado no curso do processo, norteadas a função do postulado constitucional enquanto norma de tratamento.

Assim, somente se poderia impor ao acusado a restrição da liberdade, da atividade profissional ou do patrimônio, por conta de uma ação penal, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Contudo, certo de que como nenhum outro direito fundamental é absoluto, a presunção de inocência admite restrições, assim entendidas aquelas legítimas à luz dos critérios constitucionais de proporcionalidade e necessidade no caso concreto. Qualquer intervenção no âmbito de proteção da presunção de inocência que não observe os já abordados critérios de constitucionalidade legitimadores, será verdadeira violação do direito fundamental. Por isso fala-se aqui que as prisões no curso do processo são admissíveis, desde que estritamente observados os critérios constitucionais de proporcionalidade, adequação e necessidade.

Destarte, reconhecendo a vulneração que prisão provisória causa na presunção de inocência, mas sendo certo hoje que ainda não se pode, em termos civilizatórios, prescindir de sua utilização, cabe ao estudo do direito apontar os critérios mínimos exigíveis para que sua utilização se dê dentro das margens da legitimidade constitucional e conformidade com as

---

<sup>52</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>53</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

normas internacionais de direitos humanos, a fim de não se permitir cair no Estado de emergência inaceitável e incompatível com o que se pretenda democrático.

### 3 AS PRISÕES CAUTELARES

Como visto no capítulo anterior, a presunção de inocência é princípio fundamental de civilidade. Uma eleição de valores em admitir a impunidade de alguns culpados para assegurar a proteção a todos os inocentes. Muito mais complexo que isso, como antes visto, o princípio da presunção de inocência é pressuposto, nesse momento histórico, da condição humana.<sup>54</sup>

Nesse contexto, a coexistência entre a presunção de inocência e a prisão provisória é de difícil equilíbrio, sendo certamente o ponto de maior tensão entre extremos no processo penal. Contudo, o sistema processual penal admite a coexistência entre a garantia constitucional e a exceção que é a prisão cautelar, através da observância de sua base principiológica.<sup>55</sup>

Importante também compreender que a privação da liberdade no curso do processo não representa apenas a restrição de ir e vir e permanecer do imputado. A prisão processual acarreta também a perda colateral de outros direitos fundamentais, como o exercício profissional, a intimidade e a privacidade, a convivência familiar, a livre disposição do patrimônio e a própria dignidade da pessoa humana, notadamente em um sistema carcerário como o brasileiro. Além da redução considerável de direitos processuais como a ampla comunicação com a defesa técnica e a busca probatória pelo acusado.<sup>56</sup>

É por isso que a presunção de inocência tem papel fundamental nesse delicado momento decisório acerca das medidas coativas destinadas à limitação da liberdade do acusado, porquanto projeta que a escolha axiológica seja orientada pela, *favor libertatis*, como manifestações de seu sentido.<sup>57</sup>

Com efeito, a partir da compreensão de todo o arcabouço histórico, filosófico e jurídico que a opção constitucional pela presunção de inocência representa, resta cogente ao legislador oferecer ao julgador uma série de medidas anteriores e menos gravosas ao *status libertatis* do réu que a prisão cautelar.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>55</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>56</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>57</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>58</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Da mesma forma, impõe-se ao juiz, no caso concreto, antes de fixar a última *ratio* da prisão provisória, perquirir se nenhuma outra medida alternativa à segregação cautelar é igualmente adequada. Para isso, Zanoide de Moraes afirma que o julgador primeiro precisa apontar qual aspecto da conduta do imputado precisa ser acautelado (*periculum libertatis*); para depois, procurar no *rol* legal de medidas cautelares qual delas é mais adequada e ao mesmo tempo menos invasiva à liberdade do cidadão submetido à persecução penal, fundamentando inclusive porque razões entende não serem adequadas as medidas menos restritivas.<sup>59</sup>

Disso extrai-se que toda (pseudo) prisão processual antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória que não respeitar a presunção de inocência (enquanto norma de tratamento) será uma inaceitável antecipação da pena. Destarte, sendo esse princípio basilar de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito, impõe-se examinar os postulados normativos que definem e asseguram a observância desse limite quando da imposição da *extrema ratio* processual. E é nesse sentido que se justifica o estudo da chamada teoria das prisões cautelares.

### 3.1 Teoria das prisões cautelares

A imposição de uma prisão cautelar ao imputado não é um ato processual simples. A medida representa a mais grave restrição de direito possível no ordenamento jurídico antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Daí porque é chamada de a *extrema ratio*. Como visto, para que não represente indevida antecipação da pena, a prisão provisória somente pode ser decretada obedecendo definições, categorias, requisitos, pressupostos e princípios que lhe conferem os limites de compatibilidade constitucional. É sobre essas necessárias balizas que trata a teoria das prisões cautelares.

Discorrendo sobre o vocábulo *prisão*, Delmanto define como o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de ir e vir. O primeiro ato da prisão é a *captura*, que torna efetiva a privação da liberdade. “Uma vez capturada, a pessoa estaria, *latu sensu*, presa”.<sup>60</sup>

Delmanto lembra ainda que o direito comparado conhece distinção técnica entre a detenção e prisão preventiva. A detenção é identificada com a situação de flagrante delito e se

---

<sup>59</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>60</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78.

caracteriza pela restrição da liberdade do imputado de forma precária, em curtíssima duração e com o objetivo de assegurar o comparecimento do suspeito ao cumprimento dos primeiros atos investigatórios ou submissão da custódia ao controle judicial. Na detenção o sujeito passivo não deve ser recolhido ao cárcere, senão que imediatamente submetido aos atos para os quais sua custódia é necessária. A prisão preventiva, por sua vez, o autor identifica como sendo necessariamente originada de uma decisão judicial, fundada em critérios de cautelaridade, e enseja o ingresso do preso em estabelecimento prisional. Encerra o autor lembrando que no direito processual brasileiro não se opera tal distinção terminológica, sendo tratado ambas as situações indistintamente por *prisão*.<sup>61</sup>

A doutrina ainda ressalta que, para que não haja confusão com a disciplina processual civil, em processo penal não há um *processo penal cautelar*. O que existe são *medidas cautelares* ínsitas ao processo de conhecimento.<sup>62</sup> No mesmo sentido Lopes Jr. pontua que, não havendo um processo penal cautelar, não se deve falar em *ação* cautelar, conhecendo, o processo penal, apenas as ações de cognição e executiva.<sup>63</sup>

As prisões provisórias devem apresentar como características serem medidas *i)* judiciais; *ii)* instrumentais; e *iii)* provisórias. Além disso, segundo tradicionalmente apontado, tem como pressupostos e requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conceitos originários do processo civil. Nesse ponto Delmanto já se posiciona sobre a inadequação da importação dessas categorias do processo civil diante das peculiaridades da cautelaridade penal.<sup>64</sup>

Lopes Jr., tratando do problema referente ao paralelismo entre processo civil e penal, sustenta ser uma impropriedade jurídica e semântica afirmar que a decretação da prisão provisória decorre da existência de *fumus boni iuris*. “No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível”.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>62</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>63</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>64</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>65</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 25.

Vinculando o *fumus comissi delicti* ao conceito de instrumentalidade hipotética, Badaró define como sendo não um juízo de certeza, fundado em cognição profunda e exauriente, mas sim um juízo de probabilidade de que ao final será aplicado o direito de punir por meio de uma sentença penal condenatória. “Em suma, a condenação é a hipótese mais provável”.<sup>66</sup> Com toda vênia, entende-se que tal definição é mais próxima da inadequada categoria do *fumus boni iuris* e mais distante do *fumus comissi delicti*, nos termos em que antes já definido a partir da lição de Lopes Jr.

Aury Lopes Jr. ainda rechaça o conceito de *periculum in mora* como requisito para imposição de uma prisão cautelar. No processo penal o perigo não constitui requisito, mas sim o fundamento da prisão processual. Outrossim, tampouco é a demora na prestação jurisdicional, o tempo do processo, o fator determinante para a prisão cautelar. O perigo para o regular desenvolvimento do processo e seu resultado útil não decorre do lapso temporal percorrido, eventualmente longo; mas sim da demonstração de que a situação de liberdade do imputado, pela sua conduta, importa em risco para o processo.<sup>67</sup>

Com efeito, o *periculum in mora*, do processo civil, é vinculado ao dano irreparável que pode ser causado pela demora do processo, pelo que deve ser *antecipado* o provimento judicial, sob pena de ser tornado ineficaz, se tardio. A prisão provisória fundada no perigo da demora do processo nesse contexto resulta em antecipação da culpabilidade, não se podendo cogitar em, a título de evitar a ineficácia do processo pela demora – que de qualquer forma não se vislumbra ante a possibilidade de aplicação da pena independente do tempo em que sobrevenha a condenação (se não alcançada pela prescrição) – sacrificar-se a presunção de inocência.<sup>68</sup>

Badaró lembra que não há de se confundir tutela cautelar e tutela antecipada, ainda que ambas decorram da necessidade de eliminar ou minorar os efeitos negativos da demora processual. Segundo o autor, a tutela cautelar tem o objetivo de assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional futuro, tratando-se de uma tutela assecuratória ou conservativa. De outro lado, a tutela antecipada visa, em caráter provisório, antecipar, desde logo, total ou parcialmente os efeitos da tutela jurisdicional futura, tratando-se de uma tutela satisfativa.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.705.

<sup>67</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>68</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>69</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

Por esses motivos a doutrina vem se posicionando no sentido da melhor adequação, para fins de disciplinar a tutela cautelar penal, dos conceitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Como *fumus comissi delicti* Delmanto caracteriza a demonstração da materialidade do delito e de indícios graves, sérios, suficientes da autoria. Ressalta aqui que não se trata de *prejulgamento* sobre a responsabilidade penal do imputado. Isso porque, mesmo diante de tais indícios, a prisão provisória só pode(deveria) ser decretada com base na *necessidade cautelar*, não na probabilidade da culpa. Essa exigência da fumaça de cometimento do delito funciona, na verdade, como uma garantia de respeito à presunção de inocência e ao caráter excepcional das prisões provisórias, não se impondo a restrição da liberdade antes da sentença condenatória transitada em julgado se não se vislumbrados elementos probatórios mínimos a fundamentar a imputação.<sup>70</sup>

Delmanto ainda chama a atenção para uma curiosa constatação de que a disciplina do código de processo penal parece dar maior proteção ao patrimônio do acusado do que à sua liberdade, quando exige para prisão provisória a demonstração de indícios *suficientes* de autoria, enquanto a exigência para decretação de medidas assecuratórias, como o arresto, é de indícios *veementes* da proveniência ilícita dos bens.<sup>71</sup>

Quanto ao *periculum libertatis* o autor aponta que consiste na demonstração, com base em dados concretos, de que a liberdade do imputado importa em risco à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.<sup>72</sup>

Há ainda a distinção das prisões provisórias em *tipicamente cautelares* e as de *natureza processual*. As *tipicamente cautelares* são aquelas que tem por finalidade assegurar o resultado útil do processo penal de conhecimento, sempre que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e da Lei. 7.960/89. Caracterizam-se também por retirar sua *necessidade* de fatos extra e meta processuais.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>71</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>72</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>73</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

As prisões de *natureza processual*, por sua vez, decorrem de um ato decisório de mérito, proferido após a cognição extraída da instrução criminal (ex. pronúncia e sentença penal condenatória recorrível). Delmanto salienta que essa modalidade provisória, por incorrer na antecipação da admissão de culpabilidade do pronunciado ou condenado antes do trânsito em julgado, afronta a presunção de inocência, sendo, portanto, constitucionalmente inadmissível.<sup>74</sup>

O debate acerca das prisões provisórias de *natureza processual* passou certo tempo sepultado, com o fim das prisões obrigatórias para recorrer e do cumprimento provisório da pena. Contudo, desde a lamentável decisão do STF no HC 126.292/2016 esse tormentoso tema voltou aos debates forenses e doutrinários. No referido *habeas corpus*, da relatoria do Min. Teori Zavasky, o Plenário do Supremo, em apertado 7 a 4, restabeleceu a possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória em 2ª instância, independente da demonstração de qualquer necessidade cautelar da custódia. Trata-se, por tanto, de prisão de natureza meramente processual, de todo inadmissível diante da presunção de inocência e de todo o sistema principiológico que deve reger e restringir a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Em que pese a relevância do tema, em razão do limitado espaço deste trabalho, e por não se tratar, a controvérsia, de uma efetiva prisão *cautelar*, desbordando dos limites da presente pesquisa, deixaremos de aprofundar a crítica; reportando-nos à precisa análise do tema feita por Aury Lopes Jr.<sup>75</sup>

Feitas essas ressalvas iniciais acerca da necessária adoção de categorias próprias e adequadas às peculiaridades do processo penal, passamos à análise do que se pode chamar de principiologia das prisões cautelares.

### 3.1.1 Principiologia das prisões cautelares

A teoria das prisões cautelares se estrutura a partir de uma inarredável base principiológica, única forma de controle e adequação das prisões cautelares ao postulado da presunção de inocência.

---

<sup>74</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>75</sup> Vide: LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 139 ss.

### 3.1.1.1 Presunção de Inocência

No que se refere à presunção de inocência, principal postulado que deve nortear o uso adequado das prisões processuais, tendo em vista o exame mais abrangente já abordado no presente trabalho, quanto ao seu processo histórico de consolidação, normatividade e conteúdo, esse tópico será limitado a uma breve consideração, reiterando o já exposto, acerca de sua funcionalidade e concretização no que se refere à sua relação com as prisões cautelares.

Sendo a presunção de inocência um princípio de elevado potencial político e jurídico, ele indica à adoção de um processo penal de base e ideologia direcionados ao afastamento de práticas inquisitoriais e de proteção da dignidade e dos direitos humanos. Sua missão é a conformação de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito, no qual a persecução se inicia com a consideração do imputado em estado de inocência.<sup>76</sup>

Assim, se a perspectiva de análise do processo penal parte do estado de inocência, a regra é da manutenção do *status libertatis* do imputado. A prisão pena somente se justifica após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a segregação processual não pode representar uma antecipação dos efeitos da condenação, senão refletir a disciplina constitucional de excepcionalidade e necessidade, ou seja, vinculadas aos estreitos limites dos critérios de cautelaridade.<sup>77</sup>

Sendo, a presunção de inocência, decomponível em três expressões que lhe garantem eficácia: *i)* dever de tratamento; *ii)* norma probatória; e *iii)* regra de julgamento. Como também já adiantado antes, nos interessará mais aqui a presunção de inocência em sua dimensão de forma de tratamento, sendo, de um lado, interna, dever de tratamento endoprocessual ao acusado; e, de outro lado, dimensão externa, dever de tratamento perante a sociedade e a midiaticização exagerada.<sup>78</sup>

No que se refere à sua relação com as prisões cautelares, importante salientar, no âmbito dos efeitos externos ao processo, a vedação à exposição pública e midiática em face do *status* de inocência do sujeito do direito, tais como entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério

---

<sup>76</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>77</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>78</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Público, afirmações de autoria dos suspeitos, uso desnecessário de algemas e tudo mais que explore a hipótese de culpa antes de sua confirmação pelo devido processo legal.<sup>79</sup>

Internamente ao processo, a presunção de inocência exige que qualquer ato processual que induza uma antecipação de juízo de censurabilidade seja legitimamente justificado, vedando, assim, o injustificado recolhimento à prisão e a segregação cautelar como regra.

Nesse contexto, para a devida análise de adequação das prisões provisórias, Giacomolli ressalta que a presunção de inocência como regra de tratamento endoprocessual obsta a consideração de antecedentes como causa da prática de atos em face do acusado. Isso porque a quebra ou a superação da presunção de inocência em um processo não irradia seus efeitos para outros expedientes a que responda o sujeito, vez que “o processo e o julgamento não se fundam no que o acusado foi ou é (direito penal do autor), mas numa situação fática determinada (direito penal do fato)”<sup>80</sup>.

Outro ponto que evidencia a grande tensão entre presunção de inocência e a prisão cautelar é o excesso de prazo na segregação provisória. Tese cotidianamente ventilada pela defesa na prática forense, é constantemente atacada pelos *não simpáticos* à observância das garantias constitucionais, sob o argumento de que nesse aspecto a presunção de inocência ou favorece o acusado preso, com a revogação da custódia cautelar, ou é o motivo da demora no julgamento da ação penal, pois as garantias *atrasam* o processo.

Mais sem razão não poderia estar tal crítica. É que não é a presunção de inocência quem determina a menor ou maior extensão do devido processo legal. A garantia fundamental não opera no plano da temporalidade do processo, mas sim no objetivo de assegurar que até o seu final (seja ele quando for), não se trata o acusado como culpado de forma antecipada.<sup>81</sup>

Na verdade, se pode considerar que a presunção de inocência opera em sentido justamente inverso ao da demora processual, na medida em que a própria existência da persecução criminal já afeta o *status dignitatis* do réu. Nessa dimensão, a relação em entre a estigmatização decorrente de uma demora excessiva do processo e a presunção de inocência é

---

<sup>79</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>80</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110.

<sup>81</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

diretamente inversa, ou seja, quanto mais se demora o processo, mais se enfraquece a presunção de inocência. Em nada a demora além do prazo razoável aproveita à garantia fundamental.<sup>82</sup>

Essa relação é ainda mais agravada quando há no feito a prisão cautelar do acusado, restando ainda mais latente o processo de estigmatização causado pelo encarceramento antecipado e, por isso, mais enfraquecido o *status* de inocência do imputado, seja perante a justiça criminal seja perante a sociedade.<sup>83</sup>

Portanto, a presunção de inocência – antes mesmo dos demais princípios que a doutrina também elenca como critérios de legitimidade da segregação do acusado no curso do processo – tem importante papel norteador na efetivação de sua função conformadora do processo penal com a Constituição.

É que a relação entre a presunção de inocência e a liberdade no curso do processo importa em perceber que opção *juspolítica* de sua inserção em nosso sistema resulta na excepcionalidade das hipóteses de prisão provisória. Isso porque essa concepção advém de uma clara opção do legislador constituinte pela prevalência da, *favor libertatis*, derivada da, *favor rei*, ambos conceitos que integram o âmbito de proteção da presunção de inocência, como já visto, conforme antes já analisado.<sup>84</sup>

Essa excepcionalidade da segregação cautelar é evidenciada no texto constitucional a partir de fórmulas (enunciados normativos) que contém as garantias (normas) de que *ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*, e de que *a prisão ilegal será relaxada imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*, todas fórmulas que marcam a restrição do uso da prisão no curso do processo. Ademais, em ainda maior excepcionalidade, a carta maior prescreve que mesmo quando a prisão não for legal, *ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*.<sup>85</sup>

Destarte, a presunção de inocência, a partir de sua função norteadora e conformadora do devido processo penal, estabelece um necessário tensionamento com as prisões provisórias,

---

<sup>82</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>83</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>84</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>85</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

opondo força de resistência constitucionalmente orientada à privação da liberdade no curso do processo. Em outras palavras, a presunção de inocência estabelece uma noção de limite, de restrição, de negação (a *priori*) do uso das prisões provisórias, afim de assegurar ao acusado o tratamento adequado com o *status* de inocência que lhe acompanha. Essas barreiras constitucionalmente asseguradas somente podem ser legitimamente superadas se atendida uma série de outros princípios fundamentais, a seguir examinados, de modo a permitir e demonstrar a possibilidade da coexistência válida entre a presunção de inocência a prisão provisória.

### 3.1.1.2 Excepcionalidade

A prisão provisória, no contexto processual, deve sempre ser considerada como última alternativa. Isso porque a excepcionalidade da restrição da liberdade no curso do processo é desdobramento lógico e deve ser interpretada em conjunto com a presunção de inocência, devendo efetivamente ser a última *ratio*, pelo elevado custo que representa aos direitos fundamentais do imputado.<sup>86</sup>

A excepcionalidade do encarceramento processual é um postulado que se extrai de diversos dispositivos presentes desde tratados internacionais de direitos humano, passando pela Constituição Federal até a legislação ordinária.

Com efeito, o PIDC prescreve em seu artigo 9º que toda pessoa tem direito a liberdade, vedada a prisão e o encarceramento arbitrários, senão pelos motivos previstos em lei e pelos procedimentos nela estabelecidos. Prevê ainda, no art. 9.3, de forma expressa, que a prisão de quem aguarda julgamento não pode constituir a regra.

A seu turno, a CADH também dispõe, no seu artigo 7, que toda pessoa tem direito a liberdade pessoal, proibindo a detenção ou encarceramento arbitrário, salvo pelas causas e condições previstas nas constituições dos países signatários e nas leis promulgadas de acordo com elas.

A Constituição Federal também expressa a adoção da excepcionalidade em relação as prisões, especialmente as provisórias. Dentre o *rol* de garantias insculpidas no artigo 5º, relativas à prisão como *ultima ratio*, se encontram as seguintes: *i*) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art.

---

<sup>86</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

5º, LXI); *ii*) a prisão ilegal será *imediatamente* relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV); e *iii*) ninguém será preso quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

No plano da legislação ordinária, o art. 282, §6º, do CPP, estabelece que prisão preventiva somente será decretada quando não for cabível sua substituição por outras medidas cautelares menos gravosas.

Destarte, Nereu Giacomolli condensa as consequências da excepcionalidade da prisão e da liberdade como regra nos seguintes tópicos:

- a) restrição de seu cabimento às hipóteses previstas em leis adequadas à CF e aos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil (*nulla coactio sine lege*);
- b) conformidade da hipótese legal aos fatos e circunstâncias, apontados de forma clara e objetiva na decisão;
- c) sustentação da prisão processual na urgência, em face de risco iminente e efetivo ao processo, bem como na segurança processual (pessoas, coisas e provas), bases legítimas da cautelaridade criminal, afastando-se a perspectiva de acessoriedade ao processo principal;
- d) a decisão da autoridade judicial competente há de estar fundamentada, partindo do estado de inocência e não no de culpabilidade;
- e) necessidade de revisão periódica da permanência dos motivos que ensejaram o encarceramento preventivo, com aplicação da garantia constitucional da razoabilidade do tempo da prisão;
- f) concessão da liberdade provisória independente de pedido.<sup>87</sup>

Em que pese o farto acervo normativo acima examinado, da onde se extrai a regra da excepcionalidade da prisão, como sustenta Aury Lopes Jr., enfrentamos o primado da hipótese sobre o fato, fazendo com que se prenda para investigar, ao invés de primeiro se investigar e, somente após comprovada minimamente através dos indícios a hipótese acusatória, se necessária, efetivar-se a prisão provisória. Ademais, se as prisões cautelares não tivessem mesmo natureza punitiva não seriam executadas em condições piores que as dos apenados definitivos (sem qualquer dos benefícios da LEP).<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 383.

<sup>88</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

### 3.1.1.3 Legalidade

Outra baliza lógica e básica a nortear o uso das prisões cautelares de forma adequada ao processo penal democrático é a observância da estrita legalidade na sua aplicação. O princípio da legalidade se aplica no processo penal, em relação às cautelares penais e em especiais às prisões processuais. Destarte, a doutrina tem ressaltado que a legalidade se aplica às cautelares penais em uma amplitude diversa do que ocorre no processo civil, de modo a se inferir que não são admitidas, em processo penal, medidas cautelares atípicas.<sup>89</sup>

A ideia de taxatividade legal das medidas cautelares pessoais em matéria de processo penal é vinculada a própria ideia de estrita legalidade da persecução penal, razão pela qual não se fala nesse campo em *poder geral de cautela* do juiz.<sup>90</sup>

O poder geral de cautela se confia ao juiz no processo civil para que ele possa, sempre que vislumbrar perigo de dano ao objeto ou resultado útil do processo, derivado da demora própria do procedimento judicial, lançar mão de quaisquer medidas que considere oportunas e apropriadas a efetivar a tutela cautelar.<sup>91</sup>

Contudo, como assevera Aury Lopes Jr., tal disciplina é incompatível com o processo penal, que deve sempre ser visto como um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir da regra de vinculação aos limites e formas legais, razão pela qual não há, em processo penal, espaço para *poderes gerais* do juiz.<sup>92</sup>

É que toda medida cautelar penal, seja pessoal ou patrimonial, importa em severas restrições de direitos fundamentais do imputado a ela submetido, pelo que é corolário lógico do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal que o seu uso legítimo esteja vinculado à estrita legalidade e ao conceito de tipicidade processual, não podendo se admitir tal gravosa restrição de direitos a título de *poderes gerais* e analogias impróprias com o processo civil.<sup>93</sup>

Com efeito, tratando-se de princípio aplicável de forma geral às cautelares penais, com muito maior razão e rigidez deve ser aplicado no manejo das prisões cautelares, por serem espécie de medida cautelar pessoal que importa na mais alta e grave restrição de direitos

---

<sup>89</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>90</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>91</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>92</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>93</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

fundamentais do cidadão imputado. O que importa em dizer que não se pode cogitar em imposição de prisão provisória fora dos limites, condições e requisitos expressamente previstos em lei. Em outras palavras, resumindo, não se deve admitir prisão cautelar sob qualquer fundamento de necessidade (cautela) que não aqueles expressamente previstos nos arts. 310 e 312 do CPP; e no art. 1º da L. 7.960/89, que fixam as hipóteses de cabimento para as espécies (tipos processuais) de prisão cautelar conhecidas no processo penal brasileiro, quais sejam: a prisão em flagrante (pré-cautela), a prisão preventiva e a prisão temporária.

Em que pese não se encontre na legislação ordinária previsão expressa de exigência de legalidade vinculada às medidas cautelares penais, não se pode olvidar que o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIII) estabelece justamente que ninguém será privado de sua liberdade sem a obrigatória observância da legalidade nos procedimentos judiciais. Ademais, o art. 7.2 da CADH, expressamente assegura que ninguém será privado de sua liberdade senão pelas causas e nas condições previamente fixadas na Constituição e nas leis promulgadas em conformidade com ela.<sup>94</sup>

Portanto, há no ordenamento jurídico pátrio expressa normatividade, constitucional e supralegal, que estabelece o princípio da legalidade e, por consequência, o respeito à tipicidade processual, no que se refere às cautelares penais e, com mais razão ainda, especificamente às prisões cautelares.

#### 3.1.1.4 *Jurisdição e Fundamentação*

A restrição da liberdade, atingindo um direito fundamental, é necessariamente sujeita à reserva jurisdicional. É por isso que qualquer prisão depende do devido processo legal (*due process of law*) e somente se admite por decisão judicial. Essa é a disciplina que se extrai do texto constitucional ao dispor que *ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV) e que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente* (art. 5, LXI).

De outro lado, a Constituição também estabelece a obrigatoriedade de toda decisão dos órgãos do Poder Judiciário vir acompanhada da devida fundamentação, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF). Destarte, todo juiz ao decretar uma prisão cautelar o deve fazer de forma

---

<sup>94</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

fundamentada. A legislação ordinária reflete a disciplina constitucional, em específico quanto à restrição da liberdade no curso do processo, ao exigir que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão provisória deve ser sempre motivada (art. 315 do CPP).

No plano convencional não há expressa previsão do dever de fundamentar as decisões. Contudo, do conjunto de princípios que norteiam a ordem internacional de proteção dos direitos humanos, evidente que esse postulado resta lá inserido. A seu turno, o art. 7.3 da CADH estabelece que ninguém será submetido à detenção ou encarceramento arbitrários. Ora, desse dispositivo se extrai o dever de fundamentação, sob pena a decisão que a grava o *status libertatis* do imputado incorrer em arbitrariedade.<sup>95</sup>

A fundamentação das decisões se vincula com o tempo e com o modelo de Estado de que se trata. No Estado Absolutista, a fonte da motivação das decisões advinha da vontade do rei. Com a passagem para o Estado Liberal, ainda no paradigma do positivismo, a motivação não mais se voltava para a vontade do rei, mas se limitava a repetir a vontade da lei. Na ordem constitucional hodierna, onde vige o Estado Democrático de Direito,

...por motivo há que ser entendida a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornece uma explicação ou uma justificativa (motivos de fato e de direito). O fundamento, por outro lado, é a explicação ou uma justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser.<sup>96</sup>

É por isso que, por vezes, as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas motivacionais podem originar fundamentações diferentes, dependendo da compreensão e da justificação racional do decisor. Isso quer dizer que um mesmo substrato fático e/ou jurídico pode ensejar decisões divergentes, dependendo do julgador que as considera, sendo, no entanto, segundo a disciplina processual, igualmente adequadas. É que, para o processo, adequada é a decisão que encontra amparo no devido processo legal e que, tendo sido produzida sob a observância dos elementos desse postulado, fez coisa julgada.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>96</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 227.

<sup>97</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Apesar e em razão da possibilidade de decisões divergentes com base no mesmo objeto considerado, é a fundamentação das decisões o que permite o seu controle, tanto interno quanto externo ao processo. Uma decisão é fundamentada quando pode ser explicada racionalmente, quando comunica o resultado às partes, à comunidade jurídica e à cidadania. O controle externo é aquele passível de ser exercido pela comunidade jurídica, ente público e pela cidadania (função política). O controle interno é aquele que possibilita a impugnação da decisão através dos recursos ou das ações autônomas; razão pela qual a fundamentação deve ser clara, objetiva e racionalmente construída.<sup>98</sup>

No que se refere às decisões que decretam prisões no curso do processo, uma das graves crises do processo penal é a falta de fundamentação adequadas para essas. A fundamentação dessas decisões constitui a garantia de que a prisão decretada não cumpra a indevida função de antecipação da tutela penal.<sup>99</sup>

A fundamentação de uma decisão que decreta a segregação cautelar deve ter por motivadores a existência de circunstâncias atuais e concretas que demonstrem os indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) e o perigo ou risco do, imputado permanecer solto durante o processo (*periculum libertatis*).<sup>100</sup>

A decisão que, decretando o recolhimento ao cárcere no curso do processo, não observar esses critérios de eleição do motivos e construção racional dos argumentos, não atenta ao princípio da fundamentação das decisões judiciais e prejudica inclusive o seu controle pela via de impugnação dos recursos e ações autônomas cabíveis, devendo ser considerada nula, nos termos do Constituição (art. 93, XI).

### 3.1.1.5 Contraditório

O direito ao contraditório é uma das principais garantias contra as prisões arbitrárias. Tem previsão constitucional no Art. 5º, inc. LV<sup>101</sup> e no plano da legalidade ordinária no Art.

---

<sup>98</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>99</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>100</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>101</sup> Art. 5º. (...) 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, CF.

282, § 3º, do CPP<sup>102</sup>; da leitura do quais, em interpretação conjunta e sistêmica, se extrai a possibilidade e obrigatoriedade do contraditório, a se efetivar antes ou depois da decretação da medida, conforme o caso concreto permita – segundo defende Aury Lopes Jr. como medida mais adequada – mediante a intimação do imputado para comparecer à audiência onde, perante o juiz, sob a égide da oralidade, assegurar-se-ia o contraditório e a ampla defesa.<sup>103</sup>

O contraditório representa a garantia de ciência bilateral às partes de todos os atos processuais, bem como, e principalmente, assegura o exercício da reação, contradição, resposta e contraposição de teses e hipóteses. O contraditório representa, no processo penal, a estrutura dialética idealizada para um processo efetivamente democrático, no qual todos os atores participantes têm igual possibilidade e direito de participação na construção da convicção/decisão final acerca do objeto do processo (o fato). Isso porque a dinâmica do processo envolve os sujeitos processuais no tensionamento produzido pelos debates, que são argumentativos e hermenêuticos, acerca de fatos, provas e matéria jurídica; tudo isso tendo como baliza e limite o regramento legal, constitucional e convencional vigente num determinado espaço e tempo (devido processo legal).<sup>104</sup>

O exercício dialético que o contraditório assegura às partes no processo objetiva a construção de uma decisão mais justa, ou menos injusta, mais próxima de uma certeza possível de se extrair do processo, sendo um dos principais elementos de concretização do processo democrático.<sup>105</sup>

É em razão do direito ao contraditório que é assegurada a publicização de todos os atos e provas do processo, não vigorando o segredo ou sigilo sobre qualquer elemento probatório e questões jurídica passíveis de debate e tensionamento no processo. Mesmo nas situações em que seja necessário o sigilo, como a produção de determinadas provas (escutas telefônicas), tal sigilo se admite apenas limitada e temporariamente, devendo ser levantado tão logo cesse a necessidade que lhe justifica.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Art. 282. (...) § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, do CPP.

<sup>103</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34.

<sup>104</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>105</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>106</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Essa estrutura dialética proporcionada pelo exercício do contraditório, através do qual se abre um espaço de argumentação e diálogo, é o que minimiza o risco e os efeitos de uma decisão de excepcional gravidade, como é a imposição de uma medida cautelar penal, ser tomada apenas com base em elementos e argumentos incriminatórios.

A impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante com a constrição produzida pela imposição das medidas cautelares levou a doutrina a classificar a cautelaridade fora da compreensão estrita de processo<sup>107</sup>, contudo, como defende Giacomolli, mesmo nessas hipóteses não pode ocorrer uma absoluta supressão do contraditório.

Certas medidas cautelares, proferidas *inaudita altera parte*, seriam impossibilitadas ou teriam a eficácia reduzida se oportunizado o contraditório prévio. Dentre o *rol* das medidas cautelares que são, de regra, incompatíveis com o contraditório prévio, a mais representativa é a prisão preventiva. Contudo, isso não significa que tais medidas não admitam qualquer modalidade de contraditório. Em tais situações se faz necessário o contraditório diferido ou postergado, exercido após a concretização da medida. Em qualquer caso, a prescindibilidade do contraditório prévio a decisão sobre uma cautelar é sempre excepcional.<sup>108</sup>

O contraditório diferido se concretiza por meio, por exemplo, de pedido de concessão de liberdade provisória, substituição do recolhimento ao cárcere pela prisão domiciliar ou pelas outras medidas menos gravosas do art. 319 do CPP, dirigidos ao próprio juiz da causa; ou ainda por meio de *habeas corpus* perante a instância superior. Vale ainda pontuar que importantíssimo instrumento de garantia do contraditório é a audiência de custódia, prevista no Art. 7.5 da CADH e em outros diplomas internacionais.<sup>109</sup>

De outro lado, no plano da normatividade interna e ordinária, o art. 282, § 3º, do CPP também exerce importante papel na garantia do contraditório ao assegurar de forma antecipada à decretação de medidas cautelares quando não presente situações de urgência que impossibilitariam ou reduziriam a eficácia da medida. Em que pese o dispositivo não esclarecer a finalidade da “intimação da parte contrária” nele prevista, a doutrina tem sustentado que essa deve ser entendida como a oportunidade de o imputado responder ao pedido de imposição de

---

<sup>107</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>108</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>109</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

medida cautelar por escrito, através de advogado, ou para comparecer em audiência para ser ouvido, acompanhado, necessariamente, de defensor técnico. Giacomolli, como Lopes Jr., também defende com especial atenção a opção pela oportunidade de resistência e argumentação em audiência, em observância à abrangência da ampla defesa, que engloba o direito de audiência, bem como a razoável duração do processo, primando pela agilidade e simplicidade, onde o imputado poderia responder o pedido oralmente, oportunizando-se ainda a produção de prova e ser ouvido pelo juízo; decidindo, esse, em seguida.<sup>110</sup>

É por isso que o contraditório exerce papel central no controle de legalidade das prisões processuais, concretizando o direito de defesa que é assegurado a todo acusado em especial em momento tão crítico quanto o da decretação de uma prisão no curso do processo. Como será retomado adiante, quando tratado especificamente da audiência de custódia, esse se constitui em um espaço privilegiado para o exercício desses direitos fundamentais da maior envergadura.

#### 3.1.1.6 Situacionalidade

A prisão processual deve sempre ser situacional, ou provisional, o que significa dizer que se presta a conter uma situação fática que enseja sua utilização no acautelamento do processo. A situacionalidade é o próprio critério de cautelaridade que a ordem constitucional vigente exige para que a prisão provisória processual se afaste do mero (absolutamente inconstitucional) cumprimento antecipado da pena.

A sua previsão legal geral se encontra no Art. 282, inc. I, do CPP. O referido dispositivo legal disciplina que todas as medidas cautelares vigentes no processo penal brasileiro devem atender a uma concreta *necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais*; ou seja, a segregação processual deve acautelar uma dessas hipóteses de *periculum libertatis*.

A lei processual ainda tratou de regulamentar de forma mais detalhada as hipóteses de acautelamento próprias para cada espécie de prisão processual, estando as da prisão preventiva insculpidas no art. 312 do CPP; as da prisão temporária no art. 1º inc. I, II e III, da L. 7.960/89; e até mesmo as da prisão em flagrante, que constitui na verdade uma segregação pré-cautelar

---

<sup>110</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

(ou sub-cautelar), no art. 302 do CPP. Toda essa regulamentação individualizada merece e será adiante examinada, em breves, mas específicos tópicos.

Reforçando o caráter provisional da prisão no curso do processo (e das demais medidas cautelares), os parágrafos 4º e 5º do artigo 282 estabelecem que o juiz poderá substituir, cumular ou, em último caso, decretar a prisão preventiva quando estiver diante do descumprimento de alguma medida cautelar originalmente imposta (§ 4º); bem como poderá revogar ou substituir a cautelar quando verificar que lhe faltam os motivos que a ensejaram; e mesmo voltar a decretá-la se sobrevierem novas razões para tanto (§5).

Esse mobilidade e dinamismo que prevalecem na decretação, modificação e revogação das medidas cautelares, incluídas aí as prisões provisórias, é o que configura seu caráter provisional, ao exigir sempre a vinculação da medida à uma situação concreta de perigo e necessidade (para o processo ou para a investigação), um suporte fático de perigo que configure o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* necessários, ambos, para fundamentação da medida.<sup>111</sup>

Aqui vale trazer a importância do debate acerca do conceito de *atualidade do perigo*, que exige não bastar que se argua, para imposição de medida cautelar pessoal penal, situação (situacional) passada ou futura e incerta, mas sim atual, presente.<sup>112</sup>

Assim, para que as medidas cautelares não representem a antecipação da punição, mas sim o acautelamento do processo, elas devem tutelar uma situação criminal particularizada. E por isso, por ser situacional, as razões que ensejaram seu decreto devem ser periodicamente revisadas, a fim de verificar se persiste ou não a situação que autorizou a excepcional imposição, por exemplo, de uma prisão provisória<sup>113</sup>.

Contudo, a inexistência de previsão legal específica e regulamentadora para reanálise periódica da necessidade manutenção ou não da prisão cautelar é outro grande ponto crítico da crise pela qual passa o processo penal, uma vez tal omissão legislativa corrobora uma infeliz e inadmissível cultura de descaso com o preso provisório e com os critérios constitucionais de manutenção dessa segregação, contribuindo para o aumento do número de processos com

---

<sup>111</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>112</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>113</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

longas prisões sem sentença condenatória transitada em julgado e de detenções desprovidas de motivos que ainda a justifiquem.

Em resposta a esse quadro Giacomolli defende que a revisão dos motivos e da necessidade das prisões cautelares deva ser realizada a cada conclusão dos autos e nas audiências.<sup>114</sup>

### *3.1.1.7 Provisoriedade*

Prisão cautelar deve ser breve, sob pena de assumir contornos de pena antecipada.<sup>115</sup> A provisoriedade diz respeito com o tempo e deve ter sua fundamentação extraída do art. 5º, LXXVIII, da Constituição, que estabelece a obrigação da duração razoável do processo e, por lógica, da prisão processual. Antes da EC nº 45, contudo, o devido processo (art. 5º, LIV) também já impunha esse dever, bem como, no plano convencional, o art. 8.1 da CADH.<sup>116</sup>

Contudo, em que pese o dever de provisoriedade que circunda a segregação cautelar, com exceção da prisão temporária, a lei processual não estabelece limite de tempo para as demais medidas cautelares.

O PL 4.208/01, que originou a reforma da L. 12.403/11 no CPP, em sua redação original continha disposição que previa o prazo máximo de 180 dias, em cada grau de jurisdição, para a prisão preventiva, sob pena de imediata soltura do segregado. Sinalizava ainda a obrigatoriedade de reexame da necessidade da prisão cautelar a cada 60 dias. Porém, lamentavelmente ambos os dispositivos foram vetados na redação final, tendo o Brasil mais uma vez deixado de dar importante passo na correção de rumos do (ab)uso das prisões provisórias.<sup>117</sup>

Como se não bastasse o constrangedor quadro de omissão legislativa quanto ao estabelecimento de prazos para as prisões processuais, a jurisprudência pátria não tem caminhando num sentido de tentar corrigir ou ao menos amenizar essa violação de direitos fundamentais dos submetidos à persecução penal, tendo, antes disso, sustentado

---

<sup>114</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>115</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>116</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>117</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

posicionamentos lenientes com prisões cautelares de longa duração sem que haja sentença condenatória transitada em julgado e até editado súmulas estabelecendo condições favoráveis à manutenção de detenções processuais nessas condições. É o caso das súmulas 52<sup>118</sup> e 21<sup>119</sup> do STJ, que criam um termo final para a configuração do excesso de prazo na prisão cautelar antes da sentença e do efetivo fim do processo, o que é incompatível com o direito de ser julgado em prazo razoável.<sup>120</sup>

Supletivamente a doutrina aponta que a lei ordinária estabelece diversos prazos para os atos processuais, muitos especialmente mais curtos que os ordinários para hipóteses de procedimentos em que os imputados respondem segregados.<sup>121</sup> Contudo, esses prazos não possuem sanção se desrespeitados, razão do incremento exorbitante de prisões preventivas e processos com réus presos de excessiva duração.<sup>122</sup>

Inobstante a ausência de sanção pelo descumprimento e a não vinculação direta às prisões cautelares, os prazos para os atos no processo penal interferem na análise da durabilidade das segregações processuais, na medida em que a prática de tais atos além do prazo legalmente previsto evidencia o constrangimento ilegal.

O excesso de prazo deve ser verificado ainda na individualização das circunstâncias do caso penal, sopesando elementos como: *i*) a complexidade do caso e dificuldades instrutórias; *ii*) média de duração de processos semelhantes; *iii*) a duração da pena privativa de liberdade para o crime imputado e a previsão de provável pena em caso de condenação; *iv*) conduta processual das partes e do juízo.<sup>123</sup>

O efeito do descumprimento da duração razoável da prisão (art. 5º, LXXVIII, CF) deve(ria) ser a sua revogação, com o reestabelecimento da liberdade do imputado. Consequência ainda distante de ser incorporada nas práticas processuais penais brasileiras.

---

<sup>118</sup> Súmula nº 52 do STJ: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

<sup>119</sup> Súmula nº 21 do STJ: Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

<sup>120</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>121</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>122</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>123</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

### 3.1.1.8 Proporcionalidade

A proporcionalidade guarda relação com diversos postulados constitucionais, tais como a estruturação da república em Estado Democrático de Direito, a fundamentação na proteção da dignidade humana e no devido processo legal, tendo a função de coibir a edição e aplicação de regras arbitrárias e salvaguardar as liberdades e os direitos fundamentais. A proporcionalidade é, em si mesma, um princípio constitucional com aplicação no processo penal, especialmente em sede de cautelares, atuando diretamente em cada situação penal concretizada no processo.<sup>124</sup>

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz no caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, servindo como uma proibição de excesso de intervenção estatal.<sup>125</sup>

Além da concepção da proporcionalidade em sentido estrito (reciprocidade razoável), a doutrina costuma lhe atribuir outros dois filtros: adequação e necessidade.

O primeiro, quanto à adequação, diz respeito a questionar se a medida, no caso a prisão cautelar, é meio idôneo para atingir a finalidade desejada (acautelatória). Trabalha-se, portanto, em um exame de congruência entre meios e fins.<sup>126</sup>

Ainda, deve o juiz atentar para o Art. 283, § 1º, do CPP, que trata da relação entre a sanção cominada ao delito em tese praticado e aquela imposta em sede de medida cautelar, evitando que o imputado seja submetido a medida mais gravosa que a pena porventura ao final aplicada (inadequação da medida em relação ao resultado final do processo).<sup>127</sup>

O segundo, quanto a necessidade, a questão a ser respondida é se, dentre as medidas adequadas, a escolhida é a menos gravosa aos direitos fundamentais do sujeito. O norte é a escolha e aplicação da medida cautelar idônea ao fim almejado, mas, concomitantemente, de menor ingerência na liberdade.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>125</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>126</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>127</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>128</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Somente após superados os dois primeiros vetores se deve passar ao terceiro filtro, a proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se, aqui, de um juízo de ponderação entre a restrição ao direito fundamental e a exigência de cautelaridade, ou seja, um exame de reciprocidade razoável, vinculado ao caso concreto e circunstâncias objetivas e subjetivas do imputado. A pergunta a ser feita poder ser se a cautelar aplicada é aceitável.<sup>129</sup>

Contudo, apesar do relevantíssimo e necessário papel que a proporcionalidade exerce no controle do uso arbitrário das prisões no curso do processo, é preciso atentar para o fato de que, mesmo com os critérios de *adequação* e *necessidade* que visam limitar e esclarecer o seu conteúdo, o terceiro vetor do princípio acaba sendo uma *cláusula genérica*, que dependendo do juízo de valor por parte do seu aplicador, pode resultar em grande espaço indevido de discricionariedade judicial. O perigo é que, com uma boa maquiagem argumentativa, a proporcionalidade pode *servir a qualquer senhor*, permitindo uma ponderação *a la carte*. É preciso muito cuidado na utilização da proporcionalidade ao se decidir sobre prisões cautelares, sob pena de esse princípio cancelar decisionismos próprios da fórmula *decido-conforme-a-minha-consciência*.<sup>130</sup>

Atento ao perigo dessa abertura semântica que o princípio comporta é que Giacomolli sustenta que a inversão da filtragem de proporcionalidade – primeiro se perquirindo sobre essa em sentido estrito (terceiro filtro) e só depois acerca da adequação e necessidade (primeiro e segundo filtros) – é o que pode levar à indevida violação a direitos fundamentais.<sup>131</sup> Por isso é que o exame de seus vetores/filtros deve se dar na ordem acima apresentada, como critério de melhor controle da construção racional da fundamentação.

### 3.2 Prisões cautelares em espécie

Seguindo no estudo das prisões provisórias, compreendia a sua *teoria geral*, passar-se-á ao exame das espécies de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, os próximos tópicos são destinados à análise crítica dos principais pontos de tensionamento no (ab)uso das prisões cautelares no processo penal brasileiro.

---

<sup>129</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>130</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>131</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

### 3.2.1 Prisão em flagrante

A autorização, para *qualquer do povo*, e o dever, para as autoridades policiais e seus agentes, de efetuar a prisão em flagrante vem prevista no art. 301 do CPP. A prisão em flagrante, na lição de Carnelutti, remete “à chama, que denota com certeza a combustão; quando se vê a chama, é indubitável que algo queima”<sup>132</sup>. Segundo o mestre italiano o flagrante não é a atualidade do delito, mas a sua visibilidade face alguma pessoa que tenha *assistido à ação*. Destarte, o conceito de flagrante está intimamente ligado à presença de uma testemunha, que dê concretude à impressão de *certeza* do cometimento e autoria do delito. Mais, ainda que a situação de flagrância faça surgir essa *impressão de certeza*, ainda há que se verificar a verossimilhança dos depoimentos daquelas testemunhas que declaram ter surpreendido o agente na prática criminosa.

E essa verificação da verossimilhança da evidência do flagrante não se dá no liminar juízo de homologação do APF, como que do flagrante se admitisse um juízo imediato de culpabilidade, senão que no decorrer da *produção* probatória no curso do devido processo penal de conhecimento, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório. É nesse ponto que Lopes Jr. sustenta a imprescindibilidade do processo mesmo diante do flagrante delito, na medida em que esse exerce o indispensável papel de correção do caráter alucinatório da evidência, por ser o meio pelo qual a verdade pode ser racionalmente construída de forma segura a subsidiar a decisão penal. “A verdade (processual ou formal) necessita desprender-se da evidência para ser construída. Ela não é dada pela evidência, senão que terá de ser descoberta no curso do processo”<sup>133</sup>.

Como consta na redação do art. 301 do CPP, a certeza visual do delito gera o dever, para as autoridades públicas, e a faculdade, para os particulares, de agir a fim de evitar a continuidade da prática delitiva, podendo, para isso, deter o seu autor.<sup>134</sup> A esse delicado e intenso momento inicial do flagrante Carnelutti trata por *ordem de arresto*, que na nossa sistemática legas corresponderia à *voz de prisão*, que consiste na ordem para que o flagrado se deixe deter ou, em caso de resistência, fica autorizado o uso da força necessária à captura. A isso se segue o transporte do detido à *clausura*, conforme a lição do mestre italiano.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004. 2 v. p. 85.

<sup>133</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

<sup>134</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>135</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004. 2 v.

Nesse quadro, sendo o *fumus comissi delicti* patente no flagrante, é que se permite e se aceita o risco da privação, temporária, da liberdade do cidadão por motivo de ordem pública e sem intervenção judicial prévia. Tal restrição da liberdade deve sempre ser de brevíssima duração e, embora a detenção do agente imputado possa ser efetuada por *qualquer do povo*, deve sempre ser formalizada ante a autoridade policial da Polícia Judiciária competente.<sup>136</sup>

Ainda assim, Aury Lopes Jr. lembra que “o instituto do *fermo di polizia* marcou um pesado desequilíbrio na relação autoridade-liberdade e por isso deve ser analisado com sumo cuidado em um Estado Democrático de Direito como o nosso”<sup>137</sup>; razão pela qual se faz inafastável a observância das formas legais para realização do flagrante.

### 3.2.1.1 Precautelaridade

Cabe ainda aqui uma breve inserção acerca da verdadeira, ou mais precisa, natureza precautelar da prisão em flagrante.

A prisão em flagrante é tratada desde há muito tempo como uma espécie de medida cautelar pessoal, em que pese a doutrina vir apontando com um equívoco conceitual. Isso porque, na verdade, a espécie de privação de liberdade constitui uma medida precária e ostenta natureza precautelar.<sup>138</sup>

A precariedade da prisão em flagrante se extrai do fato de poder ser efetivada por agente policial ou mesmo por particulares, sem qualquer intervenção judicial prévia; bem como por lhe ser imposta uma brevíssima duração, no máximo 24 horas, segundo nossa disciplina legal, quando então se deverá exercer o controle judicial da privação da liberdade.<sup>139</sup>

A precautelaridade da medida é marcada pela compreensão de que essa mera detenção não se destina a garantir o resultado final do processo, ou seja, a aplicação da lei penal, tampouco garantir a presença do imputado aos atos do processo ou qualquer outra situação propriamente cautelar. Trata-se, com efeito, de medida que objetiva apenas cessar a, em tese, evidente prática delitativa e colocar o detido à disposição do juízo para esse, aí sim, analisar a

---

<sup>136</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>137</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51-52.

<sup>138</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>139</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

necessidade e adequação da imposição de verdadeira medida cautelar, se entender estar diante de situação que apresenta efetivo *periculum libertatis*.<sup>140</sup>

A prisão em flagrante tem ainda caráter instrumental e, ao mesmo tempo, autônomo. Instrumental porque se constitui verdadeiro *instrumento do instrumento* em relação às verdadeiras prisões cautelares, a preventiva ou a temporárias, na medida que serve para assegurar à disponibilidade do detido ao juízo para, entendendo necessário e adequado, lhe impor tais medidas gravosas. Autônoma porque a prisão em flagrante não gera, necessariamente, uma prisão cautelar, nem essas se derivam, obrigatoriamente, de uma prévia custódia flagrancial.<sup>141</sup>

### 3.2.1.2 Tipos de Flagrante

As hipóteses fáticas em que se admite a prisão em flagrante delito estão dispostas no art. 302 do CPP, num rol taxativo.

Os incisos I e II do art. 302 trazem as situações que refletem o conceito de flagrante propriamente dito, daí porque são chamados de *flagrantes próprios*.

Na hipótese do inciso I a prisão em flagrante detém maior credibilidade. O agente é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando o verbo nuclear do tipo penal, sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente. Configura, assim, uma tentativa. Se verifica nas hipóteses, v.g., de roubo impedido antes da inversão da posse; ou de homicídio cessado durante a agressão e antes da morte da vítima, etc.<sup>142</sup>

Na situação do inciso II o agente é surpreendido ao acabar a execução da conduta típica. É considerado flagrante próprio por não haver um lapso temporal relevante entre a prática do crime e a prisão. Dependendo da situação, circunstâncias alheias à vontade do autor poderão impedir a consumação do resultado típico, contudo, o agente já terá percorrido integralmente o *iter criminis*, podendo já se ter consumado perfeitamente o delito. É o caso, v.g., de prisão por roubo após ter o agente subtraído a coisa alheia móvel; ou por homicídio após o agente ter praticado a agressão, tendo ocorrido ou não a morte da vítima.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>141</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>142</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>143</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Já os incisos III e IV trazem hipóteses mais frágeis de flagrante, por haver uma flexibilização da certeza visual da prática do crime. Resulta de interpretação no sentido da presença de elementos normativos da espécie processual. São os denominados *flagrantes impróprios*.

O inciso III consagra a possibilidade da prisão em flagrante quando presentes os três seguintes elementos: *i*) perseguição; *ii*) logo após e *iii*) situação que faça presumir a autoria.

A referência à *perseguição* reflete um requisito de atividade. E tem sua definição no art. 290, CPP. Assim, entende-se em perseguição quando o perseguidor vai no encalço do suspeito, mantendo ou não o contato visual com esse.<sup>144</sup> Delmanto define a perseguição do inciso III como sendo aquela que se inicia de forma “(...) imediata e ininterrupta, não restando ao indigitado autor do delito qualquer momento de tranquilidade”<sup>145</sup>.

Por *logo após* se extrai um requisito temporal. Não há lei ou jurisprudência que estabeleça objetivamente o lapso temporal considerado como *logo após*. Contudo, a doutrina se posicional no sentido de que, nesse caso, a perseguição deve se iniciar com contato visual com o suspeito, ao menos, com uma proximidade tal que permita à autoridade ou particular efetivamente ir ao encalço daquele. Destarte, por *logo após* se deve entender um pequeno intervalo, um lapso exíguo, quase que imediatamente após o delito, para o início da perseguição. Com efeito, não se poderia falar em perseguição se, por exemplo, a autoridade policial chegasse ao local do fato uma hora após consumado o crime.<sup>146</sup>

Adverte a doutrina ainda que não se deve confundir o início com a duração. Assim, a perseguição deve se iniciar quase que imediatamente após a prática do delito, ainda que perdure por muitas horas, com a efetiva prisão do suspeito, por exemplo, após 30 horas de perseguição. Nessa situação temporal, ainda haverá flagrante.<sup>147</sup>

Por fim, o inciso III exige, como requisito circunstancial, que a prisão se dê em *situação que faça presumir a autoria do delito*. Primeiro se impõe apontar que tal elemento traz uma sempre indevida, em processo penal, presunção de autoria, em prejuízo do cidadão imputado, contrariando diretamente com a presunção de inocência, sendo, portanto, inconstitucional.

---

<sup>144</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>145</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 101.

<sup>146</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>147</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Inobstante isso, dado o incipiente controle de constitucionalidade sobre as leis processuais penais, especialmente para um código datado dos anos 40, a *práxis* forense tem extraído esse requisito circunstancial de elementos como estar na posse de objetos subtraídos, armas do crime, reconhecimento/indicação pela vítima, entre outros.<sup>148</sup>

O inciso IV, assim como o III, traz uma espécie de flagrante impróprio, que se verifica, portanto, da presença de três fatores normativos previstos no dispositivo legal: *i*) encontrar; *ii*) logo depois e *iii*) posse de coisas que faça presumir autoria.

O primeiro elemento, de atividade, diz respeito a encontrar o suspeito. Nesse particular, Aury Lopes Jr. bem esclarece que, “fazendo uma interpretação sistemática em relação aos incisos anteriores, pode-se afirmar que esse ‘encontrado’, deve ser causal e não casual. É o encontrar de quem procurou, perseguiu e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente”<sup>149</sup>.

Nesse sentido, não há flagrante quando o autor de um determinado delito é detido, logo depois, em uma barreira policial de rotina, mesmo que esteja na posse de produto ou objeto do crime. Isso porque, nesse caso, não houve um encontrar de quem procura, pois, nesse exemplo a barreira não foi montada na intenção de procurar o agente. O encontro, nesse caso, foi casual. Evidente que isso não significa dizer que não há crime; apenas que, processualmente, não há flagrante.<sup>150</sup>

O requisito temporal deste inciso se assemelha ao do anterior no sentido de estar numa dimensão de exiguidade temporal. Contudo, no caso do *logo após* para que haja perseguição, esse deve ser, com visto, quase que imediatamente após o fato; ao passo que o *logo depois* para o encontrar do agente, uma vez que presume prévia procurar (casual) e perda do rastro, admite um lapso temporal ligeiramente mais dilatado. Nesse caso, ainda haverá flagrante, por exemplo, se o suspeito for encontrado muitas horas após o fato, mas em razão de barreiras ou buscas policiais.<sup>151</sup>

Por fim, o inciso traz também o elemento circunstancial que permita presumir a autoria. Nesse aspecto nos reportamos ao comentário anterior no sentido da inadmissibilidade constitucional dessa presunção *in pejus* do cidadão imputado.<sup>152</sup> Porém, diferentemente do

---

<sup>148</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>149</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

<sup>150</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>151</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>152</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

inciso III, o IV ao menos explicita as circunstâncias que fazem presumir a autoria, sendo a posse de *instrumentos, armas, objetos ou papeis* do crime. Esse dispositivo, portanto, estabelece alguma restrição interpretativa acerca da presunção de autoria para fins de configuração de situação de flagrância, não admitindo a prisão no caso de o suspeito ser *encontrado* sem estar na posse de alguns dos materiais citados no inciso, haja vista a necessidade de a interpretação em matéria penal ser sempre restritiva.

O art. 303 do CPP trata ainda do flagrante em caso de crimes permanentes, sendo aqueles em que, não se confundido com o crime instantâneo de efeitos permanentes, a consumação se alonga no tempo e que somente cessa pela vontade do agente ou por outra causa que lhe interrompa a atividade.<sup>153</sup>

Nesses casos, dada a prolongação da consumação delitiva no tempo, igualmente se prolonga no tempo a situação de flagrância. Desse modo, enquanto durar a permanência da consumação poderá o agente ser preso em flagrante.<sup>154</sup>

Relação delicada e problemática se estabelece entre a prisão em flagrante e os crimes permanentes que exigem a apreensão da materialidade, como é o caso do tráfico de drogas. Isso porque, conforme o permissivo do art. 5º, XI, da Constituição, a inviolabilidade da casa é flexibilizada ante a situação de flagrante delito. Nesse caso, está autorizado à autoridade policial ingressar na residência do cidadão imputado sem qualquer mandado judicial, sob a justificativa de se estar diante de flagrante delito, e efetuar a prisão.<sup>155</sup>

O problema ocorre quando a suspeita do flagrante não vem alicerçada na certeza visual do delito – v.g. surpreendendo o agente ao avistá-lo na posse, ou comercializando drogas – ou em qualquer das outras hipóteses do art. 302 do CPP (perseguido, encontrado etc); mas sim, muitas vezes, em vagas denúncias anônimas ou (novamente o problema) em problemáticas presunções materializadas em fórmulas como *atividade suspeita, local conhecido como ponto de tráfico* e assemelhados.

Atento à essa problemática, Delmanto defende que a autorização constitucional para ingresso desautorizado nas residências sob o fundamento de flagrante delito deve ser compreendida de forma sistemática e ponderada com a garantia da inviolabilidade do domicílio

---

<sup>153</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>154</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>155</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

e, assim, restritivamente. Nesse sentido, entende que o ingresso no domicílio sem autorização do morador ou por mandado judicial somente se deve dar diante de efetiva situação *emergencial* de perigo a um bem jurídico como a vida ou a integridade física, o que não ocorreria em casos de suspeita de crimes como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.<sup>156</sup>

Poder-se-ia dizer que esse entendimento poderia obstaculizar muito a ação policial; todavia, este é um preço até pequeno que se paga para vivermos em um Estado Liberal e Democrático de Direito, que sempre deve tomar todas as medidas para restringir ao máximo, a possibilidade de arbítrio e desmandos das autoridades policiais, por mais bem-intencionadas que possam elas estar.<sup>157</sup>

Com efeito, a adoção desse critério – situação de perigo à vida ou à integridade física – parece atender com razoabilidade ao tensionamento entre a autorização do ingresso na residência em situação de flagrante delito e a inviolabilidade do domicílio, para os sempre problemáticos casos de suspeita de cometimento de crimes permanentes.

### 3.2.1.3 *Ilegalidades no Flagrante*

Outro ponto de tensão afeto à prisão em flagrante são as práticas ilícitas que podem ser perpetradas para tentar legitimar uma prisão que originalmente é ilegal. A mais conhecida dessas práticas é o famigerado flagrante forjado, que consiste na criação de uma falsa situação fática de flagrante delito, com o objetivo de legitimar uma prisão (sem ordem judicial), que sem a falsa situação de flagrância, não seria sequer possível. Se estará diante de um flagrante forjado, *v.g.*, quando se *enxerta* drogas ou armas na posse da pessoa de que se objetiva a detenção precária.<sup>158</sup>

O flagrante provocado, por sua vez, ocorre quando pela indução para que o agente cometa o delito, exatamente para ser preso. Trata-se de “uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo”<sup>159</sup>. A situação reflete a hipótese de crime impossível, previsto no art. 17 do Código

---

<sup>156</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>157</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 108.

<sup>158</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>159</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 64.

Penal, uma vez que a atuação da autoridade policial, desde a origem dirigida a efetivar a prisão do agente, absolutamente impossibilita a consumação do crime. O flagrante é provocado, v.g., quando um policial se passa por usuário para convencer o agente a lhe vender drogas.<sup>160</sup>

O flagrante preparado vincula também uma hipótese de crime impossível. Contudo, diferente da provocação, aqui há situação de flagrância é tão meticulosa e perfeita, preparada, que em momento algum há risco ao bem jurídico tutelado. Faz incidir a súmula 145 do STF, que prevê não haver crime quando a preparação do flagrante, pela polícia, torna impossível a consumação.<sup>161</sup>

Há situações especiais de flagrante, porém, que não incorrerão necessariamente em ilegalidade, mas que exigem extraordinária atenção para não desbordarem ao ilícito. Trata-se do flagrante esperado e do flagrante diferido.

O flagrante esperado, há depender da situação concreta, poderá incorrer em hipótese de crime impossível, quando, pela preparação da polícia, for absolutamente impossível a consumação do delito, incidindo também a súmula 145 do SFT. De outro lado, se, por exemplo, a *espera* consistir na atividade policial de campana (vigilância), haverá crime e a atuação policial poderá (ou não) evitar a consumação, sendo válida a prisão em flagrante.<sup>162</sup>

O flagrante protelado, ou diferido, decorrente da chama *ação controlada*, é uma hipótese excepcional de autorização à autoridade policial de não agir diante da situação de flagrante (art. 301 e 302, I, do CPP) delito (art. 301 e 302, I, do CPP). Tem previsão legal nos arts. 8º e 9º da Lei 12.850/13 e, portanto, é aplicável apenas aos casos que envolvam delitos praticados por organizações criminosas, para o fim de reservar a prisão para momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações acerca das atividades e integrantes da organização; objetivo a ser alcançado mediante a manutenção dos agentes sob observação e acompanhamento.<sup>163</sup>

Aury Lopes Jr. pontua, contudo, que ao não estabelecer limites claros para a ação – a lei delega essa atribuição ao juiz competente para conhecer da medida (art. 8º, §1º) – criou-se espaço para abusos pela autoridade policial. “Daí porque se trata de medida excepcional e deve ser objeto de rigoroso controle de legalidade por parte do Ministério Público e do juiz

---

<sup>160</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>161</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>162</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>163</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

competente, bem como amplamente documentada (com filmagens, fotos e todos os meios que permitam controlar a legalidade da atuação policial)”<sup>164</sup>.

#### 3.2.1.4 Procedimento, garantias e controle judicial da prisão em flagrante

Quanto ao procedimento a ser realizado em caso de prisão em flagrante, em que pese a sumariedade do ato, essa não importa em simplicidade, na medida que a lavratura do auto de prisão em flagrante se compõe de diversas garantias e formas a serem rigorosamente observadas, sob pena da ilegalidade da prisão.

Efetuada a contenção do suspeito, deverá o preso ser imediatamente apresentado à autoridade policial. Não havendo autoridade no local da prisão, a apresentação deverá ser feita à do lugar mais próximo (art. 308, CPP). Isso importa dizer que a competência para lavratura do APF é da autoridade policial do local da captura e não da autoridade do local do crime, independentemente de o delito de ter se consumado em local diverso; o que pode ocorrer nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 301, por exemplo.<sup>165</sup>

É sabido que, por vezes, a deficitária estrutura das polícias judiciárias no Brasil faz com que a *autoridade do local mais próximo* fique há vários quilômetros de distância do local da captura, fazendo com que, eventualmente, a *imediata* apresentação possa, justificadamente, demorar algumas horas; contudo, a demora injustificada poderá constituir crime de abuso de autoridade (L. nº 4.898/65), se o autor da prisão for agente público, ou, se realizada por particular, pode se estar diante de crime de constrangimento ilegal (art. 146, CP) ou de sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), dependendo da situação.<sup>166</sup>

Apresentado o detido, o primeiro ato a ser tomado pela autoridade policial deve ser a imediata comunicação da prisão e do local a onde se encontra o preso ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada, nos termos do art. 306 do CPP. Essa previsão legal é compatível com a direito fundamental prevista no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, e terá relevante papel na relação com o instituto da audiência de custódia, conforme em seguida será examinado.

---

<sup>164</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

<sup>165</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>166</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A seguir, o art. 304 do CPP determina que a autoridade policial deverá ouvir o condutor, ou seja, aquele que efetuou a prisão e conduziu o preso até a autoridade policial; na sequência ouvirá as testemunhas do fato ou da prisão; e por fim, interrogará o preso.<sup>167</sup>

Tem vigorado o entendimento de que o condutor pode servir como testemunha, para que se dispense a exigência de duas outras testemunhas, admitindo-se apenas uma. Contudo a redação do art. 304 claramente faz distinção entre essas figuras. Nesse sentido, o ideal (e legal) é que se ouçam o condutor e duas testemunhas. Exigência que serve de elemento de convencimento para o delegado de polícia que presidir o APF acolher a prisão em flagrante como correta e legítima.<sup>168</sup>

Não havendo testemunhas da infração ou da prisão, o art. 304, § 2º, determina que ao menos duas testemunhas presenciem a apresentação do preso à autoridade. Tratam-se de meras testemunhas de apresentação, que nada sabem ou viram do fato ou da prisão. Lopes Jr. pontua que tal situação evidentemente fragiliza a situação de flagrante, mas não impede que seja efetuada e lavrado o competente auto.<sup>169</sup>

No interrogatório do preso, é indispensável a presença da defesa técnica, assegurando a assistência por advogado garantida pela Constituição (art. 5º, LXIII, CF). Essa garantia visa assegurar ao preso o exercício constitucional da ampla defesa desde esse momento tão limiar e sensível da persecução penal, dando efetividade aos direitos do contato reservado com o defensor, o uso do direito ao silêncio, bem como às prerrogativas previstas no art. 7º, XXI, da L. nº 8.906/94. Assim, a presença do advogado na lavratura do APF é essencial para a legalidade do ato.<sup>170</sup>

Ao final, lavrado o auto de prisão em flagrante, tudo deverá ser assinado pela autoridade que o presidiu, condutor, testemunhas, defensor e pelo preso. Caso o preso se recuse ou não tenha condições de assinar, lhe será lido o auto e firmado por duas testemunhas da leitura.<sup>171</sup>

Finda a lavratura do APF, a autoridade policial poderá, a partir das oitivas realizadas, concluir pela ocorrência ou não de crime e, em caso positivo, se há ou não situação de flagrante, nos termos do art. 304, § 1º, do CPP. “A *contrario sensu*, se das respostas não resultar ‘fundada

---

<sup>167</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>168</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>169</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>170</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>171</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

a suspeita contra o conduzido’, a autoridade policial não mandará recolhe-lo à prisão”<sup>172</sup>. O dispositivo, contudo, não dispensa a lavratura do APF e remessa ao Judiciário. Apenas veda o recolhimento do conduzido ao cárcere, devendo ser ele solto após a lavratura do auto.

Deste modo, qualquer que seja o entendimento do delegado sobre a prisão em flagrante que lhe foi apresentada, ato contínuo, o art. 306, § 1º, do CPP determina que em 24 horas da efetivação da prisão o APF será integralmente encaminhado ao juiz competente para que exerça o controle judicial da prisão; com cópia também integral à Defensoria Pública, se o preso não tiver indicado advogado. Lopes Jr. sustenta que não basta a simples indicação, mas sim que deverá estar efetivamente acompanhado de defesa constituída para que não lhe seja nomeada a defesa pública.<sup>173</sup>

No mesmo prazo o §2º impõe que seja entregue ao preso a nota de culpa. A nota de culpa é uma relevante conquista na compreensão do preso como sujeito do processo desde a fase inaugural da persecução, afastando o descaso e mesmo a opressão com que se tratava o detido pela sua manutenção em ignorância acerca dos motivos ensejadores de sua prisão, de seus autores e dos elementos que a sustentam. Assim, da nota de culpa deverão constar os motivos da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas.<sup>174</sup>

Parênteses aqui quanto à possibilidade, a partir da nova redação do art. 322, do CPP, de a autoridade policial conceder fiança ao detido – nos casos de infração a que seja cominada pena privativa de liberdade máxima não superior a quatro anos – antes mesmo de remeter o APF à autoridade judicial competente.<sup>175</sup>

Todavia, remetido o auto de prisão em flagrante ao Judiciário, o procedimento se encerra com o juiz decidindo, fundamentadamente, nos termos do art. 310 do CPP, sobre a legalidade da prisão em flagrante; bem como acerca da conversão da custódia em prisão preventiva ou outras medidas cautelares ou, ainda, pela concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>176</sup> É aqui se insere, no procedimento afeto à prisão em flagrante, a audiência de custódia, objeto deste estudo. Contudo, deixaremos a análise aprofundada de seu funcionamento e função nesse momento processual para os capítulos seguintes. Nesse passo, por ora, tem-se que o juízo de que trata o art. 310 se dá em dois momentos, independente da sistemática em que se efetue, se

---

<sup>172</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.729.

<sup>173</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>174</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>175</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>176</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

na antiga, *em gabinete* (conforme ainda previsto no CPP), ou na nova, em audiência de custódia (conforme sistemática da CADH e agora da Resolução n. 213/2015 do CNJ).

No primeiro momento, o juiz deve analisar a legalidade da prisão em flagrante, especificamente acerca da verificação de alguma das hipóteses de flagrante delito (arts. 302 e 303), bem como da correta observância do procedimento e garantias que compõe a lavratura do APF. Não se configurando hipótese legal de flagrante delito, ou inobservado o procedimento ou algumas das garantias, a prisão deve ser julgada ilegal e imediatamente relaxada, nos termos do inciso I, do art. 310.<sup>177</sup>

No segundo momento do juízo sobre o flagrante, o juiz necessariamente deve se manifestar sobre a necessidade ou não da prisão preventiva, de medidas cautelares alternativas ao cárcere ou, ainda, do cabimento da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Trata-se do momento mais relevante do procedimento da autuação em flagrante, pois é aqui que se decide acerca do *status libertatis* do imputado para o futuro próximo, ou seja, se responderá a eventual ação penal a ser promovida pelo Ministério Público preso ou em liberdade.<sup>178</sup>

Destarte, o que o inciso II do art. 310 estabelece é a natureza precautelar da prisão e flagrante. Na medida em que a prisão em flagrante constitui uma mera e precária detenção, o que o inciso II traz é a obrigatoriedade da reserva jurisdicional sobre a imposição de restrições à liberdade do imputado, não podendo a prisão subsistir além deste momento apenas sob o título de prisão em flagrante.<sup>179</sup>

De outro lado, o dispositivo legal também não permite uma automática *conversão* da prisão em flagrante em preventiva. Pelo contrário, o art. 310 exige que a decisão seja fundamentada, devendo, portanto, o magistrado analisar a necessidade e adequação da prisão preventiva, fundamentando eventual decisão nesse sentido na presença dos requisitos do art. 312 do CPP, ou seja, na verificação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Adentrando-se mais ao conteúdo desses conceitos adiante, quando se trata especificamente da prisão preventiva. Por ora, vinculado ao procedimento próprio da prisão em flagrante, importa destacar que, a princípio, o *fumus comissi delicti* ou, na redação do art. 312, a prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, não demandará maiores debates, uma

---

<sup>177</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>178</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>179</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

vez que a própria visibilidade do delito, que é o flagrante, carrega a verossimilhança necessária para esse momento processual. De outro lado, o *periculum libertatis* deve vir embasado na existência de prova razoável do real perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, a fim de legitimar a medida extrema.<sup>180</sup>

Ainda assim, mesmo que presente efetiva situação a ser acautelada, determina o inciso II do art. 310 que o juiz, ao decidir, exerça o juízo de excepcionalidade e subsidiariedade sobre a prisão preventiva, e só a imponha ao flagrado se entender, sempre fundamentadamente, que as medidas cautelares alternativas ao cárcere, previstas no rol do art. 319, são inadequadas ou insuficientes para tutelar a situação de perigo no caso concreto.<sup>181</sup>

Cabe aqui sempre pontuar a crítica acerca da chamada *conversão de ofício*, ou seja, sem prévia manifestação do Ministério Público, que se opera habitualmente na *práxis* forense brasileira. Conforme destaca Aury Lopes Jr., apesar de uma leitura apressada do inciso II conduzir a conclusão de que a *conversão* importa em uma outra forma para imposição da prisão preventiva, ao fim e ao cabo a decisão importa mesmo na *decretação* da *extrema ratio*, o que, sem prévia manifestação do MP, é um flagrante desrespeito ao disposto no art. 311, que somente autoriza (ainda sim equivocadamente) o decreto *ex officio* no curso da ação penal, nunca na fase pré-processual; bem como um desrespeito às regras básicas do sistema acusatório-constitucional.<sup>182</sup>

Atento a isso o CNJ inclusive editou a Resolução nº 66/2009, estabelecendo, em seu art. 1º, que o juiz, para decidir sobre o APF, obrigatoriamente ouvirá o Ministério Público nas hipóteses legais.<sup>183</sup> Ora, sendo certo que art. 311 do CPP veda a decretação da prisão preventiva de ofício antes de instaurada a ação penal, evidente que a conversão do flagrante em preventiva configura uma das hipóteses legais de obrigatoria oitiva prévia do MP.

De outro lado, não estando presente nenhuma situação que demande a *extrema ratio* da prisão preventiva, ao mesmo alguma das medidas cautelares do art. 319, deverá o juiz conceder ao flagrado a liberdade provisória, com ou sem fiança, nos termos do inciso III do art. 310. Nesse aspecto destacamos a importância de o juiz, entendendo ser o caso de impor a fiança,

---

<sup>180</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>181</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>182</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>183</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 66, de 27 de janeiro de 2009**. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_66.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_66.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

sempre atender para as condições econômicas do réu, dispensado a fiança, nos termos do art. 325, § 1º, I c/c art. 350, do CPP, se verificar a insuficiência de recursos do imputado para prestá-la, sob pena de a medida consistir em desproporcional obstáculo à efetivação da soltura do imputado que tiver concedida a liberdade provisória.<sup>184</sup>

Por fim, o parágrafo único do art. 310 ainda veda que se imponha a prisão preventiva se o juiz, a partir da prova constante do APF, verificar que o agente praticou a conduta ao abrigo de alguma excludente da ilicitude previstas no art. 23, I, II e III, do Código Penal.<sup>185</sup>

Destarte, como visto, o estudo da prisão em flagrante sistematicamente conduziu ao ingresso na seara da prisão preventiva, a qual passamos, adiante, ao exame.

### 3.2.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelências. É, das modalidades de restrição da liberdade no curso do processo, a que a lei confere a função de efetivamente tutelar situações de perigo processual. Isso porque, como visto, a prisão em flagrante não constitui uma verdadeira prisão processual, senão que uma precautela com motivos materiais (situação de flagrância). De outro lado, a prisão temporária, em que pese tenha a relevante característica da provisoriedade (prazo de duração), própria e essencial às prisões cautelares, tem, nos motivos que a originaram e na utilização que lhe é dada, grave vício inquisitório que fragiliza a recepção de sua natureza cautelar à luz do devido processo penal constitucional.

#### 3.2.2.1 *Momento e Legitimidade para Requerer a Prisão Preventiva*

A prisão preventiva pode ser decretada durante a investigação preliminar ou no curso do processo penal, mesmo na fase recursal, havendo a demonstração de necessidade real. A medida extrema somente pode ser decreta por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>185</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>186</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O art. 311 estabelece ainda que o querelante poderá requerer a decretação da prisão preventiva do imputado. Nesse particular Lopes Jr. ressalva a limitação de possibilidade, na medida em que na maior parte dos casos em que cabível a ação penal privada, o caso penal tratará de delito de menor potencial ofensivo, não cabendo, por absoluta desproporção, a imposição de prisão preventiva. Nesse passo, entende o autor que esse querelante de que fala o art. 311 só pode ser aquele que promove a ação penal privada subsidiária da pública, por estar ocupando uma posição processual similar à do Ministério Público, o que lhe autoriza, demonstrando os requisitos legais, postular a prisão preventiva do réu.<sup>187</sup>

Questão que merece crítica diz respeito a legitimidade do assistente de acusação requerer a prisão preventiva, conferida pela Lei nº 12.403/2011. Badaró entende que tal legitimidade é incompatível com o papel de parte secundária que o assistente ocupa. “Somente a parte acusadora, isto é, o Ministério Público na ação penal pública, ou o querelante, na ação penal privada, podem promover a ação penal e, conseqüentemente, medidas cautelares para lhe assegurarem a utilidade e eficácia”.<sup>188</sup>

Outro problema da redação do art. 311 é a insistência do legislador brasileiro em permitir a decretação da prisão preventiva de ofício. O dispositivo legal veda essa possibilidade na fase investigatória, contudo, expressamente autoriza no curso do processo. O erro é uma grave ofensa ao sistema acusatório-constitucional, mantendo sedimentado na prática processual penal brasileira um ranço inquisitorial da iniciativa acusatória pelo juiz.<sup>189</sup>

O prejuízo ainda se estende à garantia da imparcialidade do juízo, que resta fatalmente ferida.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece da posição totalmente ativa e atuante do inquisidor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.<sup>190</sup>

A conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva também se insere nesse contexto de desrespeito ao princípio dispositivo e à violação da imparcialidade do juízo, conforme antes já examinado quando tratamos do procedimento da prisão em flagrante.

<sup>187</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>188</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.734.

<sup>189</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>190</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 92.

### 3.2.2.2 Pressupostos e Requisitos: *Fumus Comissi Delicti e Periculum Liberatis*

O art. 312 do CPP estabelece os requisitos positivos para a prisão preventiva. Importante aqui recordar o equívoco da teoria geral do processo em tentar aplicar ao processo penal, especialmente no que se refere às medidas cautelares penais, categorias próprias do processo civil. Nesse aspecto, nos reportamos à crítica, já aprofundada no começo do presente capítulo, sobre a necessidade de adoção das categorias próprias do processo penal. No que se refere às cautelares, trataremos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.<sup>191</sup>

Nesse sentido, o art. 312 estabelece os requisitos positivos para a prisão preventiva. O *fumus comissi delicti* está contido na expressão *prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*. Contudo, a dicção legal pouco explica sobre o conteúdo de conceito tão relevante, demandando uma interpretação sistemática e constitucional do que se deve entender por *fumus comissi delicti*.<sup>192</sup>

Lopes Jr. destaca que é, antes de tudo, uma pró gnose sobre a questão de fundo.

O *fumus comissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraído dos autos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequência apresentam como responsável um sujeito concreto. (grifo do autor)<sup>193</sup>

Aprofundando essa análise Carnelutti distingue, juízo de possibilidade e juízo de probabilidade, sendo esse último o exigido para fins de decretação da prisão preventiva. Com efeito, o mestre italiano leciona que há possibilidade quando há equivalência entre as razões favoráveis e contrárias à hipótese acusatória. Já o juízo de probabilidade exige a prevalência das razões positivas da tese acusatória sobre as negativas, ou vice-versa.<sup>194</sup>

Assim, para que seja possível se falar em *fumus comissi delicti* nessa dimensão há que se verificar o predomínio, através de robusto suporte fático probatório, das razões positivas para a hipótese acusatória.

Aprofundando ainda mais o conceito, a luz da redação do art. 312, quando exige a *prova da existência do crime*, tem-se que a prevalência dos requisitos positivo significa prova de que

<sup>191</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>192</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>193</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94.

<sup>194</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004. 2 v.

a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável, na medida que esses são os elementos que compõe o conceito formal de crime, não sendo suficiente a mera verificação da aparência de tipicidade formal da conduta. Destarte, a decisão que enfrenta requerimento de imposição de prisão preventiva deve adentrar a todos os campos que integram o conceito de crime, pois, faltando um deles, como a ilicitude (antijuridicidade), ou o elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), não haverá sequer crime para que se poça falar em fumaça de seu cometimento.<sup>195</sup>

Lopes Jr. ainda destaca ser fundamental a análise do elemento subjetivo do tipo, uma vez que a sua ausência conduz à atipicidade, não havendo que se falar em prisão preventiva, ou à desclassificação para a forma culposa, que também afasta a possibilidade de imposição da medida extrema.<sup>196</sup>

A necessidade do juízo adentrar à análise integral do conceito formal de crime vem reforçada ainda pelo art. 314, que afasta a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando o agente aparentemente tiver agido ao abrigo de alguma das excludentes da ilicitude (juízo de probabilidade), tornando a imposição da prisão cautelar incompatível com a frágil probabilidade de ocorrência de crime.<sup>197</sup>

Por fim, o *fumus comissi delicti* exige ainda “indícios suficientes de autoria”. Acerca disso Giacomolli leciona que “a lei não se contenta com meros indícios, mas com uma suficiência indiciária, isto é, ademais da simples clareza (*clear evidence*), há de informar uma causa provável (*probable cause*), em perspectiva de uma pluralidade de indícios contingentes (...)”<sup>198</sup>. O que o autor traz é uma perspectiva de *gradação de suficiência indiciária da autoria delitiva*, que ainda classifica na seguinte escala:

A potencialidade demonstrativa indiciária vai aumentando, na seguinte ordem: recebimento da acusação, pronúncias, sentença condenatória. Mas, em que patamar estaria a exigência da autoria para se decretar a prisão preventiva? Abaixo do juízo condenatório, mas acima das demais decisões, por implicar restrição da liberdade, encarceramento e aproximar-se dos efeitos de um juízo condenatório. A decisão de antecipar a restrição do direito fundamental da liberdade, cuja limitação ou extensão desta ainda não é certa, reclama a presença de uma expectativa razoável a ser protegida. Afastando-se as meras suspeitas e os receios de ser o sujeito o autor.<sup>199</sup>

<sup>195</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

<sup>196</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>197</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>198</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 394.

<sup>199</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 394.

Portanto, *fumus comissi delicti* consiste num mínimo suficiente de provas que permita a conclusão sobre se estar diante de uma situação que *aparentemente* configura crime e de sua *provável* autoria.

O *periculum libertatis* também resta previsto na redação do art. 312 do CPP, quando versa sobre a garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Tratam-se de conceitos que objetivam designar situações fáticas que demandam proteção por meio da prisão preventiva. Sem a demonstração da existência de uma concreta situação de perigo em face dessas situações, não se admite a decretação da prisão preventiva. “Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.”<sup>200</sup>

Mas assim como em relação à análise do conceito de *fumus comissi delicti*, aqui também é absolutamente insuficiente o mero preceito normativo, necessitando-se adentrar ao conteúdo que a hermenêutica jurídica deu a esses conceitos.

Quanto à ordem pública, de longa data a doutrina já crítica a indeterminação e vagueza do conceito. Aury Lopes Jr. refere-se a uma expressão que “presta-se a qualquer senhor, diante da maleabilidade conceitual apavorante (...). Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer”<sup>201</sup>. Inobstante isso, é possível extrair da prática forense algumas definições comumente dadas à ordem pública, tais como: *i*) clamor público, identificado com o crime que causa abalo social, que perturba a tranquilidade; *ii*) gravidade do crime, relativo à sua forma de cometimento; *iii*) credibilidade da justiça ou das instituições, no sentido de que a liberdade do acusado geraria o descrédito das instituições e o *iv*) risco de reiteração criminosa, calcado no fundamento de que a prisão impede que o imputado volte a delinquir.<sup>202</sup>

Quanto à ordem econômica, trata-se de fundamento para prisão preventiva inserido por força da Lei Antitruste (L. nº 8.884/94), para fins de tutelar o risco decorrente de conduta delitivas que resultem em perturbação da ordem econômica, seja pelo elevado vulto de perdas

---

<sup>200</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98.

<sup>201</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98-99.

<sup>202</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

financeiras ou pelo descrédito que cause ao sistema financeiro e ao mercado de ações e valores. É de pouquíssima aplicabilidade forense.<sup>203</sup>

A conveniência da instrução criminal é um fundamento tipicamente cautelar, buscando a tutela da prova. Tem aplicação quando o *status libertatis* do imputado impõe risco à coleta da prova ou ao regular desenvolvimento do processo, quando, por exemplo, o réu destrói documentos, altera o local dos fatos, ameaça, constrange ou suborna testemunhas, vítimas, peritos ou até mesmo servidores, juízes ou promotores que atuem no feito. De outro lado, não se justifica a prisão preventiva sob este fundamento para impor ao réu a participação na produção de alguma prova ou para interrogatório, sob pena de violação ao *nemo tenetur se detegere*.<sup>204</sup>

A aplicação da lei penal também constitui uma situação tipicamente cautelar e, em resumo, se verifica quando diante de concreto risco de fuga do acusado. Se justifica a fim de evitar que eventual sentença penal condenatória se torne inócua, por impossibilidade material (pela ausência) de se aplicar a pena. Em última análise, visa tutelar a eficácia do processo. Lopes Jr. ressalta que o risco de fuga não pode ser presumido, devendo vir alicerçado em substrato fático concreto.<sup>205</sup>

O autor ressalta, na verdade, que qualquer dos fundamentos para a existência do *periculum libertatis* exigem prova razoável do risco alegado, não se admitindo meras abstrações.<sup>206</sup>

O parágrafo único do art. 312 prevê ainda o cabimento da prisão preventiva no caso de descumprimento de medidas cautelares alternativas ao cárcere previstas no art. 319 do CPP. Nesse aspecto, importante apontar que mesmo nesses casos deve o juiz atentar para os critérios de proporcionalidade e excepcionalidade da medida extrema, na medida que o próprio art. 282, § 4º, determina que, mesmo frente ao descumprimento, somente em *último caso* cabe a decretação da prisão preventiva. Antes se deve analisar a adequação da substituição ou cumulação de outras cautelares menos gravosas que possam igualmente tutelar a situação.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>204</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>205</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>206</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>207</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

### 3.2.2.3 A ordem Pública e a Ordem Econômica

Como visto acima, o conceito de ordem público (ou por falta de um conceito claro) tem sido interpretado como a refletir costumeiramente situações como o *clamor público*, a *gravidade do crime* ou a *reiteração criminosa*, o que, por si só, já evidencia a indevida abertura semântica permitida pela expressão. Sendo a fundamentação mais recorrente para imposição da prisão preventiva, necessário melhor compreendermos o problema da vagueza de conteúdo desse requisito.

Quanto aos significados que o senso comum teórico e jurisprudencial deu à ordem pública, Lopes Jr. sustenta fundamentada crítica a partir da compreensão do objetivo da prisão cautelar como instrumento do instrumento (instrumentalidade qualificada).

Fica evidente, assim, que as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo são instrumentos a serviço do instrumento processo, por isso sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.<sup>208</sup>

Nesse sentido defende que a restrição da liberdade no curso do processo, se não atenderem à essa finalidade de servir ao processo, de ser, efetivamente, cautelar, será substancialmente inconstitucional.

A prisão provisória para garantia da ordem pública e da ordem econômica nada tem de cautelar. Sendo, antes disso, uma grave degeneração seu uso como medida processual quando na verdade consiste em uma típica medida policial, de segurança pública.<sup>209</sup>

Lopes Jr. ainda relembra que o (não) conceito de ordem pública remonta à Alemanha nos anos 30, quando o nazifascismo busca uma autorização legal geral e aberta para prender os *inimigos do regime*; de modo que o conceito carrega em si os genes do autoritarismo e do utilitarismo.<sup>210</sup>

A utilização do fundamento da ordem pública como medida necessária ante o *clamor social*, a *gravidade do crime* ou a *credibilidade da justiça e das instituições*, no sentido de atribuir a prisão preventiva uma função de combate à criminalidade, como leciona Sanguiné,

<sup>208</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 115.

<sup>209</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>210</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

nada tem a ver com objetivos cautelares que devem nortear a prisão antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Na verdade, introduz elementos estranhos à natureza cautelar processual que o instituto deveria observar, revelando que, nesses casos, a prisão preventiva cumpre funções de prevenção geral e especial, ou seja, assume funções materiais próprias da pena, incompatíveis com sua natureza processual.<sup>211</sup>

Maurício Zanoide de Maroaes se posiciona no sentido de admitir a prisão provisória pela *ordem pública*, mesmo compreendida como por razões materiais, desde que observados três critérios: *i*) a pena prevista para o crime imputado; *ii*) as circunstâncias e a forma demonstradas de cometimento do suposto crime e *iii*) a relação temporal entre o momento da descoberta dos indícios de autoria e da decretação da prisão.<sup>212</sup>

Contudo, o autor faz questão de salientar que o eixo central ao qual se vinculam os três requisitos elencados, bem como qualquer outro que possa vir a ser admitido, deve ser sempre o *ato ocorrido*. Não se admite, para Zanoide de Moraes, a imposição da medida extrema da prisão processual com base em aspectos ou atos anteriores ou posteriores, atribuídos ou atribuíveis aos imputados, nem mesmo com base em suas características pessoais (antecedentes, personalidade etc), sob pena de se abrir margem para um direito penal do autor, e não do fato. Menos ainda se admitiria num conceito constitucionalmente válido de ordem pública motivos como *a credibilidade da Justiça* ou o *clamor social*. Em suma, em se admitindo a prisão provisória por razões que não as cautelares processuais estritamente ditas, mas também por razões referentes ao próprio ato a ser julgado, somente a este devem dizer respeito os motivos e fundamentos da decretação de tal medida extrema, jamais sobre circunstâncias externas à própria imputação dirigida ao acusado.<sup>213</sup>

A adoção do critério da *pena abstratamente cominada ao delito* guarda relação com a necessária observância da proporcionalidade que deve orientar a imposição de uma medida restritiva de direitos fundamentais. É que não há razão matérica que justifique, a luz da

---

<sup>211</sup> SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 107, out 2001. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/438-A-inconstitucionalidade-do-clamor-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/438-A-inconstitucionalidade-do-clamor-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>212</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>213</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

proporcionalidade, a prisão de alguém no curso de uma persecução penal por delito que, ao final, se vir a ser condenatória a sentença, não importe em restrição da liberdade do culpado.<sup>214</sup>

Quanto às *circunstâncias e forma demonstradas do cometimento do suposto crime*, defende o autor que se trata de reconhecer que existem situações em que o modo de cometimento do delito traz maior conotação ao fato que a conduta típica em si. Em suma, quando o fato for cometido de forma qualificada, agravada ou diversa dos padrões comuns ao meio social no qual praticado, poderá estar presente razões materiais que integrem um conceito válido de ordem pública para fins de imposição de prisão provisória. Contudo, atenta o autor para o fato de que esse critério permite um espaço alargado de subjetivismo ao julgador, apontado que para sua utilização deve sempre estar aliado a cumulatividade com os outros dois requisitos por ele elencados; como medida limitadora da subjetividade exagerada e resistência aos ímpetus fascistas e autoritários que comumente encontram campo fértil na falta de limites interpretativos em matéria de restrição de direitos.<sup>215</sup>

No que se refere a *relação temporal entre o momento do conhecimento da autoria e a decretação da prisão provisória*, segundo Zanoide de Moraes, se opera uma relação inversa de proporcionalidade. Em outras palavras, quanto mais tempo transcorrer para a descoberta de indícios de autoria, menos necessária será a prisão do imputado, salvo se outros fatos ilícitos forem descobertos nesse período que agravem seu *status libertatis*. O autor defende esse critério fazendo um paralelo com a prisão em flagrante, que entende como uma prisão cautelar por razões materiais legitimada pela quase imediatidade da verificação do fato e de sua autoria com a possibilidade de restrição absoluta da liberdade do suposto autor. Transcorrido algum tempo do cometimento do ilícito sem a efetivação da detenção do agente, desfaz-se a situação de flagrante, não sendo mais legítima a prisão nessa modalidade. Da mesma forma o autor toma como parâmetro o instituto da prescrição penal, a qual disciplina que o transcurso do tempo vai gradualmente deslegitimando a atuação penal do Estado. Em comum, os critérios têm o elemento *transcurso do tempo*, entendendo, Zanoide de Moraes, que da mesma forma o passar do tempo deslegitima a imposição da prisão provisória com fundamento na ordem pública.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>215</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>216</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Com efeito, apenas o critério de *circunstâncias e forma de cometimento* propõe efetivamente um critério de *o que é a ordem pública*, sendo, segundo o autor, circunstâncias e formas pelas quais o delito foi praticado que sejam de excepcional maior reprovabilidade. Seria o que na prática muitas vezes se define por *crime ou acusação grave*. Esse efetivamente é um requisito positivo, de atração, de legitimação de ordem pública. O mérito do critério apontado é que mantém a coerência com o eixo central defendido pelo autor, porque se trata de uma avaliação de elementos concretos a serem perquiridos nos autos acerca do fato objeto da imputação, e não de quaisquer outros elementos externos. Os demais requisitos, *pena abstratamente cominada e tempo entre a descoberta dos indícios de autoria e a prisão*, não estabelecem um *o que é a ordem pública*, mas sim um *o que não é*, ou seja, são requisitos negativos, de afastamento, de limitação.

Em que pese a relevância da construção conceitual trazida por Zanoide de Moraes, num esforço conciliador, de moderação, especialmente por apresentar critérios objetivos, que permitem o exercício de controle racional, e por isso uma limitação conceitual mais clara, sobre a fundamentação calcada na ordem pública como fundamento material para a prisão preventiva, não podemos deixar de pontuar a afiliação à corrente processualista, definida pelo mesmo autor por somente admitir a restrição da liberdade no curso do processo por razões de cautelaridade, ou seja, apenas para fins de assegurar a realização da própria persecução penal, sendo qualquer modalidade de prisão antes do trânsito em julgado fundada em critérios materiais inconstitucional antecipação da pena, por violar o núcleo fundamental da presunção de inocência, ao tratar como culpado o cidadão ainda presumidamente inocente.<sup>217</sup> Inconstitucionalidade com a qual, *data vêniam* aos proeminentes entendimentos diversos, entende-se não caber conciliação possível.

Ademais, como sustenta Sanguiné, por mais respeitáveis que possam ser os sentimentos sociais de *vingança*, a prisão preventiva com base na ordem pública condiciona a atuação do juiz às informações produzidas pela polícia (termômetro do *clamor social*) e pelos meios de comunicação, que podem sabiamente manejar a opinião pública à sua conveniência conforme momentos políticos ou econômicos diversos. Nesse passo, o juiz apenas aparentemente administra a valoração do que consiste ordem pública, sendo ele, na verdade, condicionado por

---

<sup>217</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

todos esses fatores, perdendo a sua independência e funcionando, ao fim e ao cabo, como polícia.<sup>218</sup>

Lopes Jr. chama atenção ainda para a confusão que se faz entre *clamor público* e *opinião pública*, quando se lança mão de engenhosas manobras de exploração midiática de tal e qual fato – através do batismo de operações policiais com nomes atrativos, a partir de verdadeiras jogadas de marketing policial, e dos *vazamentos* propositais de todo tipo de provas colhidas – colocando determinado caso penal em pauta pública, criando uma verdadeira *opinião publicada*, para, então, ser decretada a prisão preventiva sob o fundamento de garantia da ordem pública, pois existe um *clamor social* ante os fatos (propositalmente divulgados).<sup>219</sup>

Assim, a doutrina aponta para que as funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas da pena, que pressupõe um devido processo e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser atribuídas à uma espécie de prisão cautelar, sob pena de essa ser degenerada em antecipação da pena, em clara violação à presunção de inocência.<sup>220</sup>

Acerca do preenchimento do conteúdo de ordem pública como necessidade de reestabelecimento da credibilidade das instituições, Lopes Jr. se manifesta de forma certa e contundente, pelo que, pedindo vênica pela extensão, abaixo transcreve.

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.

Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado.<sup>221</sup>

Outra concepção problemática atribuída ao conceito de ordem pública é sua pretensa função de prevenção da reiteração criminosa, mormente quando a segregação é decretada unicamente em relação à uma suposta *periculosidade* do imputado, extraída da existência de outros expedientes criminais a que esse responda ou já respondeu. Por mais irrefutável que seja,

<sup>218</sup> SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 107, out 2001. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/438-A-inconstitucionalidade-do-clamor-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/438-A-inconstitucionalidade-do-clamor-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>219</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>220</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>221</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121.

por vezes, a existência desses *antecedentes*, impor a privação da liberdade em um determinado processo penal, sem que haja nele o trânsito em julgado da sentença condenatória, configura indevida antecipação da pena e, portanto, inconstitucional presunção de culpabilidade.

Mesmo no caso de reiteração delitiva do agente, há, em verdade, dupla presunção: a presunção de que o agente cometeu o delito e a presunção de que voltará a cometer delitos. Ou seja, dá-se a violação da presunção de inocência e a instituição da presunção de culpabilidade, especialmente quando tal possibilidade de reiteração é fruto de uma abstração e não de elementos concretos.<sup>222</sup>

Ademais, conforme leciona Badaró, a utilização da garantia da ordem pública vinculada unicamente à reiteração criminosa referenciada em outros expedientes penais a que eventualmente responda ou respondeu o acusado afronta o princípio da referencialidade, no sentido de que “(...) a tutela cautelar deve ser vinculada, conectada, a uma determinada situação concreta de direito material. A cautelar deve assegurar o objetivo do processo em relação ao crime específico da imputação”.<sup>223</sup>

Contudo, Badaró observa que a Lei nº 12.403/2011 acabou por restringir a compreensão de ordem pública para uma interpretação sistematicamente coerente entre os artigos 282 e 312. É que a nova redação do art. 282, em seu inciso I, ao definir os casos de necessidade cautelar, estabeleceu que as medidas cautelares somente serão impostas por “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”. Nesse sentido, considerando que a prisão preventiva para garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal já têm expressa previsão no art. 312, em que pese o problema de compatibilidade com o princípio da referencialidade, a única interpretação que pode compatibilizar a referência à ordem pública do art. 312 com as causas gerais de necessidade cautelar do art. 282, I, é que aquela representa os *casos expressamente previstos* para evitar a reiteração criminosa.<sup>224</sup>

Delmanto, na mesma linha da crítica acerca da dupla presunção em prejuízo do réu, defende que, de outro lado, havendo efetiva reiteração criminosa contra a mesma ou diversas pessoas, ou para consumação do crime tentado, aí sim se estaria diante de uma situação cautelar a ensejar à decretação da prisão preventiva (pelo crime anterior) com base na garantia da ordem

---

<sup>222</sup> WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 128.

<sup>223</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 710.

<sup>224</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

pública pelo perigo de reiteração criminosa. Salienta o autor que nessa hipótese não se estaria diante de mera presunção, mas sim de “(...) fatos concretos que apontam veementemente para o perigo real que a sua liberdade representa para o regular andamento do processo criminal, motivo suficiente, repetimos, à decretação da prisão preventiva”<sup>225</sup>.

Ademais, não se desconhece que no direito comparado é, excepcionalmente, admitida a figura da prisão provisória com fim a evitar a reiteração criminosa. O direito processual penal espanhol, italiano, português e alemão, por exemplo, admitem tal possibilidade. Mas sempre quando diante de elementos concretos da probabilidade de reiteração delitiva, quase sempre citando a natureza habitual do delito ou circunstâncias vinculadas a atividades de organizações criminosas; jamais a partir do uso retórico de uma fórmula abstrata que permita arguir um risco genérico de que o imputado possa reiterar a conduta delitiva.<sup>226</sup>

Por fim, a prisão preventiva para garantia da ordem econômica da mesma forma padece de vício genético, não guardando em si nenhuma função tipicamente cautelar. O objetivo da inclusão dessa fundamentação no art. 312 foi claramente responder a especulação financeira, as transações fraudulentas e os prejuízos econômicos e financeiros decorrentes dessas práticas, o que reflete aqui também um caráter eminentemente de prevenção especial e geral, configurando verdadeira pena antecipada.<sup>227</sup>

A inserção da garantia da ordem econômica no art. 312, como requisito para a prisão preventiva, tem relação com o interesse estatal em estipular regra para a organização econômica, movimento que surge com advento do Estado Social. A intenção do legislador estava voltada aos crimes econômicos, os quais sendo desprovidos, em regra, de violência física, ficavam de fora da possibilidade de imposição preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.<sup>228</sup>

É que o entendimento era pela desproporcionalidade da *extrema ratio* com fundamento da ordem pública quando não houvesse grande carga de violência ou ameaça à pessoa. Contudo, é de se atentar para que, mesmo que aparentemente mais distante do cidadão que o perigo da delinquência violenta, as consequências da criminalidade econômica podem atingir uma grande

---

<sup>225</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 180.

<sup>226</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>227</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>228</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

coletividade de pessoas e até mesmo abalar a estabilidade econômica e financeira de municípios, estado ou país, quando em dimensões extraordinárias.<sup>229</sup>

Inobstante os compreensíveis fundamentos que originaram a inserção da garantia da ordem econômica no *rol* de motivos para a prisão preventiva, Lopes Jr. ainda lembra que para esses objetivos melhor seria se o legislador investisse no fortalecimento da intervenção do direito administrativo sancionador no âmbito corporativo e, no máximo, em se tratando de cautelaridade processual penal, fizesse uso das medidas cautelares reais, vez que o engessamento patrimonial se mostra melhor instrumento de tutela quando o caso penal versa sobre condutas dessa natureza.<sup>230</sup>

#### 3.2.2.4 A Conveniência da Instrução Criminal e o Risco para Aplicação da Lei Penal

Quanto a prisão preventiva para fins de garantia da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução, como já pontuamos, tratam-se de fundamentos propriamente cautelares, visto que se destinam a tutelar o regular desenvolvimento do processo e seu resultado útil.

É nesse sentido que a tradição liberal clássica sempre justificou a conflituosa convivência com a *extrema ratio* numa *cruel necessidade*. Contudo, esse pensamento não passa à doutrina sem crítica. Lopes Jr. pondera acerca da real necessidade da prisão, mesmo nesses casos, à luz do atual estágio democrático e tecnológico contemporâneo, apontando que hoje essa alegada *necessidade* resta superada ou, ao menos, mitigada, frente as opções possíveis de tutela menos gravosas ao imputado e à sociedade.<sup>231</sup>

Em relação à necessidade para a tutela da prova, de pronto, se afasta a compreensão dessa como necessidade de interrogar o imputado. Em um processo penal acusatório e democrático o interrogatório não é mero meio de prova, senão que a oportunidade para o exercício da autodefesa, não se podendo obrigar o réu a exercer esse direito, tampouco se pode admitir a coerção do réu ao exercício de um direito pela via da prisão preventiva. Ademais, não

---

<sup>229</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>230</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>231</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

mais se admite o interrogatório pelo interesse da acusação com objetivo de obter a confissão, que de há muito (pelo menos desde o fim da idade média) deixou de ser prova plena.<sup>232</sup>

De outro lado, Lopes Jr. sugere alternativas à superação do argumento da *cruel necessidade* para fins de tutela da prova. Exemplo disso é extraído do processo penal italiano, que substitui a prisão cautelar pela mera detenção do imputado pelo tempo estritamente necessário à realização das primeiras comprovações do fato por meio do incidente de produção antecipada de prova. Nesse cenário a restrição da liberdade não duraria mais que horas ou, no máximo, alguns poucos dias; mas nunca meses ou até anos enquanto se aguarda a realização da instrução processual ordinária, passível de indeterminados adiamentos e dilações às custas da liberdade do imputado. Uma vez produzida a prova antecipadamente, desfaz-se o fundamento da segregação cautelar, visto que o imputado não mais poderá alterar substancialmente a prova dos autos, devendo ser imediatamente posto em liberdade.<sup>233</sup>

Aqui vale salientar que não se confunde a produção dos elementos de informação, próprios da atividade investigatória, com a de provas propriamente ditas, entendidas como aquelas produzidas em juízo e sob o crivo do contraditório. Também, que o direito brasileiro não conhece da sugerida possibilidade de produção antecipada de prova. A hipótese prevista em caráter de excepcionalidade no art. 366 do CPP se submete à requisitos específicos, quais sejam: *i*) relevância e imprescindibilidade de seu conteúdo para a sentença e *ii*) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova.<sup>234</sup>

Desse modo, o incidente previsto no ordenamento pátrio não admite sua realização por motivos de extraordinária celeridade na produção antecipada pela necessidade de prisão cautelar do imputado para tutela da prova, em ponderação entre a conveniência da instrução e os elevados custos da prisão provisória. A substituição da prisão preventiva nesse fundamento pela sugerida medida demandaria, portanto, alteração legislativa.

A superação do paradigma da *cruel necessidade* no tocante à tutela da prova também passa pelo caminho da maior cientificidade da própria investigação e coleta de indícios. Quanto mais eficientes forem a polícia científica e as técnicas de coleta de provas, menores serão os

---

<sup>232</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>233</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>234</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

riscos de manipulação ou destruição por parte do suspeito, bem como o tempo para apuração dos fatos; libertando à atividade persecutória da arcaica dependência da prova testemunhal, que necessita da repetição em juízo, maior motivo das dilações indevidas da instrução e do excesso de prazo nas prisões preventivas.<sup>235</sup>

Por isso, a prisão preventiva com fundamento na necessidade para a instrução não convence mais, havendo de se lançar mão de maior cientificidade na investigação e de medidas de produção antecipada de provas, em substituição à restrição da liberdade do imputado para tutela do regular desenvolvimento do processo.

Com relação aos argumentos tendentes a justificar a prisão provisória para garantia da instrução pelo medo ou coação causados nas vítimas e testemunhas pelo estado de liberdade do imputado, tem-se que novamente se está diante da atribuição de funções metaprocessuais à prisão cautelar. A garantia de segurança e proteção das vítimas e testemunhas, como de qualquer cidadão, é atribuição do Estado por meio das agências de segurança pública, jamais do processo e menos ainda do seu instrumento que a prisão preventiva, sob pena de se aplicar essa a fins a que não se destina, ou seja, sem finalidade cautelar, incorrendo em inconstitucionalidade. Outrossim, o art. 319 disponibiliza ao juiz medidas cautelares alternativas ao cárcere que podem tutelar adequadamente essa situação, pela proibição de acessar e frequentar determinados lugares, de manter contato com pessoas determinadas, ou ainda pela obrigação de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga e pelo monitoramento eletrônico, a um custo econômico, social e pessoal muito menor que o resultante da segregação do réu.<sup>236</sup>

A respeito da prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal, da mesma forma resta mitigada sua real necessidade e legitimidade para se evitar fugas dos imputados em processo penal.

Primeiro, como já antes posto, não há de se admitir prisão preventiva sob essa justificativa com base em mera presunção de fuga, alheia à existência de qualquer indício concreto de que o acusado intenta se evadir da culpa.

Bem como, ainda que diante de evidências fáticas do risco de fuga, atualmente o art. 319 do CPP disponibiliza ao juiz um *rol* de medidas cautelares diversas da prisão que podem

---

<sup>235</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>236</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

igualmente (senão melhor) alcançar o objetivo de tutelar o resultado útil do processo. Com efeito, o comparecimento periódico ao juízo, a proibição de se ausentar da comarca ou do país, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga e o monitoramento eletrônico impõem efetivo controle e restrição da locomoção espacial do imputado, reduzindo o risco de fuga e se mostrando legal e constitucionalmente adequado quando ausentes indícios concretos de que tais medidas sejam insuficientes. Trata-se, na verdade, de resguardar o caráter de excepcionalidade da prisão provisória.<sup>237</sup>

Ademais, o processo penal brasileiro precisa desmistificar a prisão preventiva como única solução para as situações que demandam proteção e fazem uso, não só das outras medidas cautelares pessoais, mas também das medidas assecuratórias que restringem o acesso ao patrimônio pelo acusado, sendo certo que a indisponibilidade patrimonial inviabiliza qualquer possibilidade de sucesso de fuga. Destarte, as medidas cautelares reais também se mostram adequadas a garantir a aplicação da lei penal, mormente quando aliadas às cautelares alternativas, num cenário de atuação cautelar efetiva e muito menos gravosa aos direitos fundamentais do acusado.<sup>238</sup>

### 3.2.2.5 Hipóteses de Admissão e Restrição da Prisão Preventiva

Se o art. 312 dispõem sobre os requisitos e fundamentos para a prisão preventiva, o art. 313 estabelece os casos em que essa será admitida.

Vale ressaltar que a expressão “Nos termos do art. 312 (...)”, contida no *caput* do art. 313, vincula a necessidade de, em qualquer caso, se verificar a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* para fins de decretação da *extrema ratio*. Do contrário, não presentes os requisitos antes examinados, não há que se falar em prisão preventiva.

Com efeito, de uma leitura *contrario sensu* do inciso I se extrai uma relevante limitação à prisão preventiva. Isso porque o dispositivo exclui todos os crimes culposos e os dolosos a que se comine pena máximo menor ou igual a 4 (quatro) anos. Trata-se também de um critério de controle de proporcionalidade. Isso porque, mesmo havendo condenação à pena máxima cominada, sendo ela até quatro anos, de regra, caberá a substituição da pena privativa de

---

<sup>237</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>238</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

liberdade por restritiva de direito (art. 44, CP), não se cogitando, portanto, de recolhimento ao cárcere mesmo que em caso de condenação, sendo desproporcional impor a medida em caráter de tutela cautelar.<sup>239</sup>

Os incisos II e III do art. 313 tratam do cabimento da preventiva para os casos de o imputado ser reincidente em crime doloso ou responder por delito que envolva violência doméstica, para fins, nesse segundo caso, de garantir a execução das medidas protetivas. As hipóteses igualmente exigem a presença de *fumus commissi delicti* e *periculum libertati*, não se podendo cair no equívoco de pensar que constituem hipóteses autônomas e isoladas de prisão preventiva. Vale dizer, os dispositivos não autorizam a decretação de prisão preventiva apenas pelo fato de imputado ser reincidente em crime doloso ou por ter descumprido alguma medida protetiva imposta no âmbito da Lei nº 11.340/06. Antes servem de reforço argumentativo do pedido e um balizador da atividade jurisdicional no sentido de indicar situações que demandam maior cautela, mas que exigem a cumulação dos requisitos e fundamentos do art. 312.<sup>240</sup>

De outro lado, as hipóteses dos incisos II e III, do art. 313, excepcionam a regra limitadora do inciso I, na medida em que desaparece o fundamento de proporcionalidade pela vedação da substituição da pena privativa de liberdade para reincidentes e condenações por delitos regidos pela Lei Maria da Penha. Nesse passo, nos casos de o réu ser reincidente em crime doloso ou houver descumprido medida protetiva, mesmo que imputado de delito com pena menor ou igual à 04 (quatro) anos, poderá ter decretada a prisão preventiva.

O parágrafo único do art. 313 prevê uma hipótese de prisão preventiva vinculada a necessidade de identificação criminal do imputado. Nessa espécie o *periculum libertatis* decorre de uma presunção de risco para o processo decorrente da falta de identificação civil do réu. Cessando a situação de perigo, com a identificação do acusado, cessa o fundamento da custódia preventiva. Não se deve confundir a previsão do parágrafo único com uma autorização de *prisão preventiva para averiguação*, prática já vedada inclusive para os casos de prisão temporária, conforme veremos adiante.<sup>241</sup> Pensamos que essa hipótese de preventiva vinculada à uma necessidade de identificação do imputado para a persecução penal objetiva possibilitar a privação provisória de liberdade sob esse fundamento para os casos que versem sobre crimes

---

<sup>239</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>240</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>241</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

não previstos no *rol* taxativo do art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, desvinculando-se das restrições impostas à prisão temporária.<sup>242</sup>

Por fim, o art. 314 afasta a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando o agente aparentemente tiver agido ao abrigo de alguma das excludentes de ilicitude, não se exigindo para isso prova plena da excludente; senão que a fumaça, a prova razoável da possibilidade de alguma dessas circunstâncias, já deve impedir a decretação da medida extrema, por vigorar aqui, na dúvida, o princípio da presunção de inocência como forma de tratamento do acusado.<sup>243</sup>

### 3.2.3 Prisão Temporária

A prisão temporária é prevista na Lei nº 7.960/89 e se origina da pressão das forças de polícia judiciária em razão do alegado enfraquecimento que sofreram após a Constituição de 1988. As autoridades policiais brasileiras se sentiram preteridas na nova ordem constitucional que lhes retirou poderes (inquisitoriais) como os de prender para *averiguação* ou para *identificação*. “Há que considerar que a cultura policial vigente naquele momento, em que prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse à disposição da polícia”<sup>244</sup>.

Nesse passo, não se pode ignorar que se trata de uma espécie de prisão (re)criada para atender aos interesses da polícia. O que se faz é colocar o imputado à plena disposição da autoridade policial. É que, diferentemente do que ocorre na prisão preventiva, onde o preso será desde logo segregado em estabelecimento penitenciário adequado – e se o delegado desejar submetê-lo a algum ato investigatório, terá de solicitar autorização ao juízo (pois na preventiva o preso fica à disposição do juízo) – na prisão temporária se permite que o investigado reste detido na própria delegacia de polícia, ficando 24 horas por dia à disposição da autoridade policial para sofrer qualquer tipo de pressão, maus-tratos e até tortura, sob o fundamento (questionável, como adiante se vê) da imprescindibilidade para as investigações.<sup>245</sup>

Acerca da ainda resistente preocupação com a tortura das pessoas presas, Aury Lopes Jr. lembra que:

---

<sup>242</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>243</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>244</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 174.

<sup>245</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A tortura está aí, no dia a dia das delegacias e casas de detenção espalhadas pelo Brasil, mas sem dúvida mudou de cara: é muito mais psicológica do que física, mas não por isso menos cruel e eficiente. A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. A prisão temporária é um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória que ainda norteia a atividade policial, em que a confissão e a ‘colaboração’ são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a ‘verdade’ se esconde na alma do herege, sendo ele o principal ‘objeto’ da investigação.<sup>246</sup>

Vale lembrar ainda que prisão temporária padece de um grave vício genético. A espécie cautelar foi criada por medida provisória pelo então Presidente José Sarney, que, cedendo às pressões das polícias judiciárias, desrespeitou o art. 22, I, da CF e legislou em matéria processual penal. Como assevera Lopes Jr., a posterior conversão da medida provisória em lei não sana o vício de origem do diploma.<sup>247</sup>

A despeito dessa questionável origem e os vícios de constitucionalidade da legislação em que positivada, a prisão temporária segue integrando o processo penal brasileiro, vigente e aplicada pelos tribunais. Nesse sentido, mister se faz que essa aplicação atente para a máxima prudência e comedimento pelo Judiciário para deferir as representações por essa modalidade de prisão cautelar.

Nessa análise cautelosa o juízo deve atentar para a disciplina do art. 282 do CPP. Em que pese a Lei nº 12.403/11 não tenha modificado diretamente a prisão temporária, o caráter geral de regulamentação das cautelares penais contido no art. 282 deve nortear também a utilização da prisão temporária, ainda que essa reste prevista em lei especial. Nesse sentido, ao analisar o cabimento da temporária o juiz deve atentar não só para se a medida é realmente necessária para a investigação, mas também para os critérios de proporcionalidade do inciso II, do art. 282; ou seja, para a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do iniciado ou acusado”, mormente diante do sortido *rol* de medidas alternativas à prisão do art. 319.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 175.

<sup>247</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>248</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

### 3.2.3.1 Prazos da Prisão Temporária

Em que pese as críticas de que é passível a prisão temporária, uma, relevante característica positiva ela carrega: é a única modalidade de prisão cautelar que atende absolutamente ao princípio da provisoriedade, tendo prazo máximo de duração. Mais, a temporária prevê um prazo com sanção, uma vez que, esgotado o prazo da segregação, o investigado deve ser imediatamente posto em liberdade, sob pena de a autoridade que mantiver a prisão incorrer em crime de abuso de autoridade.<sup>249</sup>

O prazo de duração temporária está expressamente previsto no art. 2º da Lei nº 7.960/89 e será de 05 (cinco) dias renováveis por igual período em caso de comprovada e extrema necessidade. Se a investigação versar sobre crime hediondo ou equiparados o prazo será de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período se demonstrada extrema necessidade.

Destarte, nada impede que o investigado seja posto em liberdade antes do termo do prazo assinado no decreto prisional, se deixar de subsistir a necessidade da custódia por interesse da investigação. O que é vedado é a decretação da temporária por prazo maior que 05 dias, ou que 30 dias, se a investigação versar sobre crime hediondo, em antecipação à uma prorrogação sequer requerida e, menos ainda, demonstrada a *excepcional* necessidade.<sup>250</sup>

De outro lado, nenhum óbice há para que o juiz, se convencendo da necessidade de menos tempo para o cumprimento das diligências investigatórias que exigem a restrição da liberdade do investigado, decretar a prisão temporária fixando-a prazo menor que o previsto em lei. Nesse caso segue assegurado o direito de a autoridade policial ou o Ministério Público postular, sempre comprovando a *excepcional* necessidade, a prorrogação da custódia até o alcance do limite global de 10 (dez) dias para os delitos comuns e 60 (sessenta) em se tratando de crime hediondo.<sup>251</sup>

### 3.2.3.2 *Fumus Comissi Delicti e Periculum Libertatis na Prisão Temporária*

A cautelaridade da prisão temporária é dirigida à investigação preliminar, não para o processo. Desse modo, não cabe a decretação ou a permanência da prisão temporária quando já

---

<sup>249</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>250</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>251</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

se tiver encerrado a investigação. Uma vez oferecida a denúncia, desaparece o fundamento para a temporária, devendo, se ainda no curso do prazo fixado para a segregação, o investigado ser imediatamente posto em liberdade, caso não haja conversão, por decisão fundamentada nos limites dos arts. 312 e 313 do CPP, em prisão preventiva.<sup>252</sup>

Sendo uma espécie de prisão cautelar, evidentemente a temporária exige a demonstração de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis* para ser imposta ao investigado.

A exigência do *fumus commissi delicti* está insculpida no inciso III do art. 1º da lei, quando versa sobre as “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”, listando, o dispositivo legal, um *rol* de quinze delitos nos quais se admite a prisão temporária. Vale ressaltar que esse *rol* é taxativo, reputando-se absolutamente ilegal a decretação de prisão temporária em investigação que apure a prática de delitos não previstos no *rol* do inciso III.<sup>253</sup>

Ainda sobre a fumaça de crime, em que pese a origem inquisitorial e autoritária, derivada das anacrônicas *prisões para averiguação*, a aplicação da prisão temporária hoje deve obedecer aos ditames do devido processo democrático e constitucional. Nesse sentido, não se admite a prisão para buscar elementos de autoria e materialidade. Conforme a redação do inciso III, as fundadas razões, de acordo como a prova (entendidos como elementos de informação), da provável ocorrência de um dos delitos do *rol* taxativo do inciso, e da autoria ou participação do investigado, devem embasar a representação pela prisão temporária, e não ser a sua busca o objetivo da cautelar.<sup>254</sup>

Nesse passo, se o objetivo da prisão temporária não pode ser justificado na busca dos elementos de autoria e materialidade (já que esses são requisitos e não fundamentos), a necessidade da medida reside na sua imprescindibilidade para as investigações, nos termos do inciso I, do art. 1º, da Lei nº 7.960/89.

Lopes Jr. sustenta que na sistemática da temporária, o *periculum libertatis* resta distorcido, entendendo que o fundamento da custódia cautelar não se encontra num perigo (situação a ser acautelada) causado pela liberdade do investigado, senão que na incompatibilidade da liberdade com a necessidade da investigação. Disso tece relevante crítica acerca de o ordenamento jurídico ainda admitir que a prisão seja, em si, necessária para a

---

<sup>252</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>253</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>254</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

atividade investigatória. Lembrando que não se trata de essa prisão proteger uma situação de perigo, mas de a liberdade mesma do investigado ser considerada incompatível com a investigação. Lopes Jr. considera que a polícia deve ter condições técnicas para investigar sem depender da privação da liberdade do imputado.<sup>255</sup>

O autor ainda frisa ser um absurdo a resistente prática de decretação da prisão temporária sob o argumento de que o investigado *não está colaborando com as investigações*, ante a recusa desse de prestar interrogatório, participar de reconhecimentos, acareações, reconstituições ou qualquer outra diligência da persecução. Há que se lembrar que o investigado está protegido pela presunção de inocência, que compreende o direito de não produzir provas contra si mesmo, bem como de não *colaborar* com as agências persecutórias, sendo ilegal a imposição de prisão temporária com o objetivo de disponibilizar o *corpo do suspeito* à autoridade policial.<sup>256</sup>

Há que abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real ... O suspeito (e o acusado) tem o direito de silêncio e de não participar de qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer (e, obviamente, a 'não colaborar com as investigações'...).<sup>257</sup>

Por fim, ante a nebulosa redação legal, cabe pontuar que não cabe prisão temporária com base nos incisos I, II e III de forma isolada, como pode deixar transparecer a péssima técnica legislativa empregada nos dispositivos. A decretação dessa espécie de segregação cautelar exige a demonstração da ocorrência simultânea das situações previstas nos incisos I e III, sendo o inciso II absorvido pela *imprescindibilidade* para as investigações, servindo, quando presente, de mero reforço no fundamento da prisão pretendida.<sup>258</sup>

---

<sup>255</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>256</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>257</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 181.

<sup>258</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

#### 4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é um instituto jurídico processual previsto, originalmente, em tratados internacionais de Direitos Humanos e, conforme se extrai das múltiplas e quase idênticas disposições normativas internacionais em que é definida, consciente em ato formal no qual o preso é conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que, a partir de breve e restrito contraditório entre acusação e defesa, deverá exercer o controle imediato da legalidade e necessidade da prisão cautelar do conduzido; e, ainda, apreciar questões referentes à pessoas do preso, notadamente a verificação de maus tratos e/ou tortura.<sup>259</sup>

Conforme pontuam Lopes Jr. e Paiva, a audiência de custódia promove importante espaço democrático de debate sobre a legalidade e a necessidade da prisão cautelar, consistindo o imediato controle judicial em meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais. Opera para assegurar ao cidadão que tem a sua liberdade restringida o tratamento condizente com a presunção de inocência, bem como para proteger sua integridade física.<sup>260</sup>

Em que pese a relevância do instituto processual penal em comento, já há muito conhecido pelo direito nacional – ao menos desde a internalização do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em 1992 – ainda não encontra regulamentação legal ordinária no ordenamento pátrio, vigendo entre nós *apenas* (como se não fosse suficiente) a partir das previsões dos citados diplomas internacionais sobre direitos humanos.

Destarte, face a resistente omissão legislativa brasileira em regular, por lei ordinária, a audiência de custódia, seu exame deve ainda se iniciar pelo estudo dos tratados internacionais onde se encontra insculpida, bem como, pela ainda necessária afirmação da validade e plena vigência desses no direito brasileiro, ou seja, pela compreensão acerca do papel do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e do estudo do controle de convencionalidade.

---

<sup>259</sup> PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>260</sup> LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista liberdades, São Paulo, n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209)>. Acesso em: 12 out 2015.

#### 4.1 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

O amadurecimento da sociedade internacional acerca da necessidade de um modelo de Direito Internacional Público voltado à proteção dos direitos da pessoa humana em face de arbitrariedades de Estados e de indivíduos que agem em seu nome se fortificou após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Um sistema global arquitetado para proteção dos direitos humanos foi inaugurado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que depois se refletiu em sistemas regionais.<sup>261</sup>

O primeiro sistema regional foi o europeu, a partir da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de 1950. Em seguida veio o sistema interamericano, com a regência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de 1969. Por fim, criou-se o sistema africano, pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981. Além dos *tratados-regentes*, os sistemas regionais e global contam ainda com tratados, protocolos e convenções específicas, voltados a especial proteção dos direitos das mulheres, da criança e do adolescente, da pessoa com deficiência, bem como o combate à tortura, ao desaparecimento forçado, à pena de morte, entre diversos outros temas relacionados à proteção da dignidade humana.<sup>262</sup>

A CADH é o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos do continente americano, gerenciando a defesa desses direitos em relação aos Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), e é responsável pelo suporte normativo e axiológico do sistema, vinculando a legislação interna de todos os Estados signatários.<sup>263</sup>

Contudo, em que pese a CADH tenha sido adotada e aberta à assinatura em 1969, na Conferência de San José da Costa Rica, até o momento nem todos os 35 Estados membros da OEA ratificaram o instrumento. A resistência maior se dá por parte dos países americanos de origem anglo-saxã e da maioria dos países do Caribe, impedindo que o sistema se torne completo, sendo visto mais como um sistema *latino-americano* que *interamericano* propriamente dito. Há também relutância de parte dos países que já ratificaram a Convenção em admitir a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o que

---

<sup>261</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>262</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>263</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

impede aos nacionais desses Estados o acesso a esse importantíssimo órgão de jurisdição internacional de defesa dos direitos humanos.<sup>264</sup>

De outro lado, ao que nos interessa, o Brasil ratificou a CADH e à promulgou pelo Dec. nº 678/1992, bem como, soberanamente, submeteu-se à jurisdição da Corte IDH por força do Dec. nº 4.463/2002; sendo um Estado-parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, embora, como veremos, isso não tenha significado até aqui uma substancial observância das normas e jurisprudências protetivas dos direitos fundamentais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é o órgão tanto da OEA e também da CADH com função protetiva dos direitos humanos elencada no art. 41 da Convenção. À Comissão incumbe formular recomendações, realizar inspeções *in loco*, bem como solicitar informações aos Estados-membros.<sup>265</sup>

Em termos procedimentais, à CIDH cabe o recebimento das reclamações (art. 44 da CADH) sobre violações aos direitos humanos por parte dos Estado-membros. O direito de petição perante a Comissão pode ser exercido por indivíduos, grupos de pessoas ou organizações não governamentais. Exercida a denúncia de violação aos direitos previstos na CADH, passa-se a fase de admissibilidade, na qual diversos requisitos são analisados para fins de processamento da denúncia, entre eles o de esgotamento das vias internas de impugnação e o prazo de 06 (seis) meses da data da ciência da decisão doméstica definitiva (salvo situações especiais do art. 46.2 da CADH). Admitida a petição, a Comissão solicita ao Estado denunciado informações acerca do caso, fixando prazo razoável para a resposta. Com ou sem essa, a Comissão decide sobre: *i*) arquivar o expediente, quando não existirem ou não subsistirem os motivos da petição; *ii*) julgar inadmissível ou improcedente a reclamação, com base em provas ou informações supervenientes ou *iii*) examinar o assunto exposto na petição, inclusive podendo proceder a uma investigação com o fim de comprovar os fatos. Segue-se uma fase de investigação e de conciliação.<sup>266</sup>

Alcançada a conciliação, a CIDH lavrará um informe à OEA. Não se logrando o acordo, a Comissão também lavrará um informe preliminar, contendo os fatos e proposições e

---

<sup>264</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>265</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>266</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

recomendações ao Estado indicado como violador, para solução do assunto. Caso descumpridas as recomendações, a Comissão poderá submeter o caso à Corte IDH, se com isso os requerentes concordarem e se o Estado for signatário da jurisdição da Corte. Se o caso não é submetido à Corte IDH, a Comissão pode lavrar um segundo relatório, esse com força vinculante, expondo suas conclusões e recomendações sobre o caso, fixando prazo para seu cumprimento. Sendo descumpridas as recomendações, a Comissão pode acionar a Assembleia Geral da OEA para que as recomendações sejam cumpridas (art. 54 da Carta da OEA). Vale salientar que a intervenção da OEA, enquanto órgão político, não é dotada de força imperativa, o que, contudo, não significa dizer que seja ineficaz.<sup>267</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é órgão de jurisdição internacional vinculado à CADH, com competência consultiva automática sobre a Convenção e demais tratados que compõe o Sistema Interamericano de Direito Humanos, bem como contenciosa acerca de violações aos direitos e garantias previstos nos diplomas internacionais protetivos regionais, sobre os Estado que tenham ratificado a CADH e que tenham reconhecido sua jurisdição (facultativa). Em casos de extrema gravidade e urgência, a fim de evitar danos irreparáveis à pessoa, a Corte poderá tomar medidas provisórias que considerar pertinentes (art. 63.2 da CADH).

A Corte IDH tem sede em San José da Costa Rica e é composta por 07 (sete) juízes eleitos a título pessoal, dentre nacionais de Estados-membros da OEA (não é necessário ser nacional de Estado signatário da CADH, apenas da Carta da OEA), para um período de 06 (seis) anos, permitida a reeleição<sup>268</sup>.

Diferentemente do que ocorre na Comissão, perante a Corte IDH somente podem exercer direito de petição os Estados-parte e a CIDH. Assim, os indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais somente podem acessar a jurisdição da Corte através de prévia petição à Comissão, e esgotamento do processo previsto nos arts. 48 a 50 da CADH.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>268</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>269</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

O processo perante a Corte IDH está previsto em seu Regulamento e é composto de uma fase inicial, chamada de procedimento escrito, no qual se apresenta a inicial submetendo o caso à Corte, pela Comissão ou por um Estado-parte (arts. 35 e 36 do Regulamento da Corte IDH), sendo, em seguida, citado o Estado demandado para apresentar contestação, onde exporá seus argumentos e provas, bem como poderá opor exceções preliminares. Nessa fase ainda será cientificada a vítima que, representada por seu defensor ou por um defensor interamericano, poderá apresentar escrito de argumentos e provas; bem como será admitido *amicus curiae*. Perante a Corte IDH a Comissão atua na qualidade de *custus legis*.<sup>270</sup>

Admitido o caso em procedimento escrito, será instaurada a fase seguinte, denominado procedimento oral, na qual serão produzidas as provas e realizados debates (arts. 45 a 55 do Regulamento). Após, em novo procedimento final escrito as partes poderão oferecer alegações finais escritas (art. 56 do Regulamento)<sup>271</sup>. Findo o procedimento a Corte proferirá sentença de mérito, que é definitiva (irrecorrível), possuindo validade interna imediata por ser oriunda de um órgão de jurisdição internacional com competência reconhecida internamente, não exigindo homologação pelo STJ, visto que não se confunde com sentença estrangeira<sup>272</sup>.

## 4.2 Controle de Convencionalidade

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) e a prevalência dos direitos humanos como princípio que norteia as relações internacionais (art. 4º, II, CF); e que já se tenham passados mais de 25 anos da promulgação dos principais tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil – o PIDCP e a CADH – o controle de convencionalidade, que consiste na submissão do direito doméstico à disciplina internacional sobre direitos humanos, segue sendo um ilustre desconhecido dos tribunais e demais instâncias estatais responsáveis pela administração da justiça criminal.

---

<sup>270</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>271</sup> GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>272</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Nereu Giacomolli assevera que processo penal brasileiro é, hoje, um sistema fechado em práticas e compreensões paleopositivistas, marcadas pela perda do referencial constitucional e convencional humanitário, permanecendo impermeável às novas metodologias e complexidades contemporâneas. É um ambiente jurídico ainda marcado por forte simbolismo do sagrado e do divino, transparecendo vínculos pré-civilizatórios.<sup>273</sup>

É um sistema estruturado em pilares hermenêuticos que sustentam uma ordem legal autoritária, anacrônica, degenerativa, punitivista e promovedora da violência estatal; ordem essa, por sua vez, que é reafirmada cotidianamente nas argumentações de juristas e sujeitos do processo que se prendem à uma retórica de validade dessas práticas na mera referência à disciplina processual penal ordinária do CPP, pelo simples fato de sua existência, sem qualquer questionamento acerca de sua adequação constitucional ou convencional.<sup>274</sup>

O processo penal fruto dessa concepção traz a figura do juiz com poderes absolutos, centro do processo penal e garantidor da ordem pública, apesar dos limites e do papel que especificamente a ordem constitucional vigente e os diplomas internacionais de direitos humanos lhe reservam. Um magistrado que

(...) ultrapassa os limites legais (art. 212, v.g.), não fundamentando as decisões (art. 93, IX, CF) e suprimindo a atuação do Estado-acusação. Essa concepção medieval permite que o magistrado decreta a prisão de ofício, que busque provas para condenar o acusado, determinando ao Estado-acusador que promova o aditamento porque deseja condenar por um fato mais grave daquele descrito na acusação (art. 384 do CPP). Isso sem referir a própria disposição ritualística e formalizada dos ambientes forenses, os quais se refletem no processo penal.<sup>275</sup>

A superação desse cenário nada promissor passa necessariamente por uma leitura constitucional e convencional do processo penal, comprometida ético e politicamente com a valoração da proteção internacional e com a constitucionalização dos direitos humanos, ou seja, uma hermenêutica que compreenda o paradigma antropológico da proteção humanitária e as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, que exigem o respeito “(...) a própria

---

<sup>273</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>274</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>275</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

condição de ser que existe no plano biológico, cognitivo (mente, consciência, integridade psíquica e espiritual) e social (integração, vivência, participação na sociedade e no Estado)<sup>276</sup>.

Vale dizer que a fundamentação do Estado de Direito no princípio da dignidade humana importa em relevantes reflexos no processo penal, como o de que o imputado não é objeto do processo, instrumentalizado como se fosse uma *res*, mas sim um sujeito de direitos, sujeito do processo.<sup>277</sup>

O alcance de tal objetivo passa, necessariamente, pela integração dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira, partindo da compreensão de que a dignidade da pessoa humana constitui um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) e que a prevalência dos direitos humanos é um princípio que norteia as relações internacionais (art. 4º, II, CF)<sup>278</sup>; bem como da sincera aceitação de que os tratados e convenções internacionais são dotados de efetiva força obrigacional perante Estados que lhe são signatários, pela regra objetiva do respeito aos compromissos firmados perante a Comunidade Internacional<sup>279</sup>.

Para isso, as garantias processuais penais previstas na CADH devem ser consideradas num contexto de integração e complementariedade com a ordem legal interna. Nesse sentido, mister se faz a observância das disposições do artigo 8º da Convenção, que lista as garantias judiciais, bem como, e que nos interessa especialmente neste trabalho, o *rol* do artigo 7º, que versa sobre a proteção da liberdade de locomoção, além do artigo 10, que trata do direito à indenização por condenação resultante de erro judiciário.<sup>280</sup>

Questão sempre debatida é a validade e posição hierárquica que tais normas internacionais ocupam no ordenamento interno.

A esse respeito o art. 5º, §2º, da CF, originariamente já disciplinava que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem aqueles decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte. Depois, com a redação dada pela EC nº 45, o § 3º do mesmo dispositivo constitucional passou a conferir caráter

---

<sup>276</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13.

<sup>277</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>278</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>279</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>280</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

formalmente constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos que fossem internalizados no sistema jurídico brasileira mediante o mesmo processo legislativo reservado à emenda constitucional.

Em que pese as disposições constitucionais *supra* referidas, por muito tempo o Brasil relutou em conferir o caráter constitucional aos direitos previstos nesses diplomas internacionais. Mesmo quando já promulgados na ordem doméstica, lhes era reservado tratamento paritário, ou seja, equivalentes à lei ordinária e, assim, submetido às regras ordinárias para conflitos de normas – revogando as disposições anteriores conflitantes com a disciplina convencional, mas podendo ser igualmente suspensas por lei posterior em contrário – não se fazendo distinção quanto ao tratado versar sobre direitos humanos ou não.<sup>281</sup>

A situação só mudou em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, no qual o Min. Gilmar Mendes votou exarando entendimento no sentido de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, § 2º, da CF gozam de status de *supralegalidade* – no que foi acompanhado pela maioria de cinco votos a quatro – ou seja, se encontram hierarquicamente acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição, o que torna inaplicável legislação infraconstitucional doméstica conflitante com as convenções, seja anterior ou posterior a ratificação dessas.<sup>282</sup>

Sarlet sustenta ainda que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais firmado pelo Brasil integram o chamado bloco de constitucionalidade, sendo, por força dos *supra* citados dispositivos constitucionais, materialmente equivalentes à Constituição Federal.<sup>283</sup> Nesse sentido advoga que, desde a dicção do 2º do art. 5º, os direitos humanos previstos em tratados firmados pelo Brasil integram a ordem constitucional como direitos materialmente fundamentais.<sup>284</sup>

Para Mazzuoli, tecnicamente, todos os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil têm *status* de norma constitucional por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, uma vez que o referido dispositivo estabelece que os direitos e

---

<sup>281</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>282</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>283</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

garantias expressos na Carta da República *não excluem* outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil for signatário. Deste modo, sustenta o autor que se a Constituição não exclui os direitos e garantias nela não expressos, é porque ela própria os *inclui* em seu *rol* de proteção, integrando assim o bloco de constitucionalidade.<sup>285</sup>

Mazzuoli esclarece ainda que há de ser afastada a interpretação pela qual os tratados de direito internacional sobre direitos humanos não aprovados na forma do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, seriam equivalentes a lei ordinária, por serem aprovados mediante maioria simples e não qualificada; primeiro, porque, como antes já sustentado, o §2º do mesmo dispositivo constitucional por si só já garante a integração desses diplomas internacionais ao bloco de constitucionalidade; segundo, porque em momento algum o §3º atribui *status* de lei ordinária aos tratados não aprovados na forma por ele prevista. “Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’ não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma *supralegal*, ou do que quer que seja”.<sup>286</sup>

O autor ainda ressalta que, do ponto de vista do Direito Internacional, é inteiramente irrelevante a discussão acerca de procedimentos de ordem interna – ou, ainda menos, *interna corporis* – para aprovação doméstica de tratados firmados pelo país. Isso porque os tratados e convenções ratificados pelos Estados os vinculam imediatamente *ipso jure*. Destarte, uma vez firmados os instrumentos internacionais em comento pelo Estado-parte, resta esse imediatamente obrigado ao seu cumprimento, sendo sua responsabilidade internacional por eventuais violações de direitos humanos inafastável por irrelevantes discussões acerca de sua internalização na ordem jurídica interna, quanto mais acerca de tal ter se dado por maioria parlamentar simples ou qualificada.<sup>287</sup>

Há ainda parte da doutrina que sustenta o *status* supraconstitucional dos tratados sobre direitos humanos como o PIDCP e a CADH, em razão da principiologia internacional que lhes confere caráter sempre expansionista, bem como sua natureza de *jus cogens*. Essa última

---

<sup>285</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>286</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 779.

<sup>287</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

entendida como uma fonte de direito internacional aceita e reconhecida pela comunidade internacional como um todo e que se sobrepõe à vontade dos Estados (*jus dispositivum*), não podendo ser derogada quer por tratado, por costume ou por princípios gerais de direito internacional – menos ainda, nesse sentido, contrariados pela normatividade interna dos Estados, mesmo a constitucional. Tal posição, entretanto, nunca foi acolhida pela jurisprudência pátria.<sup>288</sup>

Ainda em relação a internalização das normas internacionais de direitos humanos, vale ressaltar que essas têm aplicação imediata, uma vez que a elas se aplica a norma contida no § 1º do art. 5º da Constituição Federal – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso significa que os tratados e convenções de direitos humanos assinados pelo Brasil podem e devem ser imediatamente aplicados pelo Judiciário, com *status* constitucional, independente dos procedimentos de promulgação e publicação no Diário Oficial da União. É que tais diplomas internacionais evidentemente são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos do §1º do art. 5º, não tendo o constituinte estabelecido qualquer outro critério ou procedimento interno para sua aplicação imediata. Como ressalta Mazzuoli, a Constituição nem remotamente condiciona a aplicação imediata de que trata o § 1º à prévia aprovação pelo Congresso Nacional, seja pelo rito do § 2º ou do § 3º, tampouco especifica se tais normas devem advir do direito interno ou do direito internacional, mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata.<sup>289</sup>

Ao que cabe ao processo penal (e mesmo ao direito penal), ainda se tem que, independente da previsão constitucional (como se essa já por si só não bastasse), a preponderância dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em relação à legislação ordinária vem positivada de forma clara nos arts. 1º, I, do Código de Processo Penal e 5º do Código Penal.

Como visto, a própria disciplina trazida pela EC nº 45 ao introduzir o §3º no art. 5º, somente veio a reforçar e complementar o sentido de que os tratados que tratam de direitos e garantias fundamentais se equiparam materialmente a constituição, trazendo diferença somente no que diz respeito a forma de incorporação e efeitos em face da expressão *equivalentes à*

---

<sup>288</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>289</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

*emendas constitucionais*, operando reforma da Carta e sujeitando-se ao controle difuso e também ao concentrado; enquanto os incorporados no regime do §2º apenas ao controle difuso.<sup>290</sup>

Sarlet ainda acresce a vantagem de que, uma vez incorporados como emenda constitucional, os direitos humanos previstos em tratados internacionais não apenas reformam a Constituição, mas também assumem a condição de limites materiais em relação a futuras reformas, configurando novas *cláusulas pétreas*, tornando-se insuscetíveis de supressão e esvaziamento, quer por intenção de denúncia do tratado, por parte do Executivo, ou mesmo por novas propostas de emendas constitucionais.<sup>291</sup>

Esse entendimento é o único que se coaduna com o princípio *pro homine* ou *pro dignitatis*, que impõe a prevalência, em qualquer caso, da norma que for mais protetiva ao homem, sendo assim entendida aquela que de forma mais abrangente e intensa tutelar os direitos fundamentais, tanto em seu aspecto material quanto processual. Assim, por força desse princípio estão os juízes e tribunais nacionais obrigados a considerar tanto a normatividade doméstica quanto à convencional, da mesma forma que cabe à CIDH observar tanto a Convenção quanto a normatividade interna de cada país, aplicando-se, sempre, aquela que for mais protetiva *pro homine*.<sup>292</sup>

O princípio da interpretação *pro homine* tem assento expresso ainda no art. 29 da CADH, quando dispões que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada para limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecidos de conformidade com as leis do Estado-parte ou pela Convenção, a confirmar o caráter complementar entre as normas definidoras de direitos fundamentais internas e internacionais.

De outro lado, a reforçar a obrigatoriedade de observância aos direitos fundamentais previstos de forma mais protetiva em tratados firmados pelo Brasil, o art. 27 da Convenção de Viena, ratificada e promulgada pelo Brasil em 2009, fixa que um Estado-parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

---

<sup>290</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>291</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>292</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Dessas normativas externas não se extrai ofensa ao conceito de soberania, senão sua consolidação responsável, na medida que reafirma o Estado de Direito como sendo não somente aquele fruto da produção legislativa interna, mas também aquele de origem internacional ao qual o Estado soberanamente se comprometeu a cumprir.<sup>293</sup>

Desse modo, a partir da incorporação, pelo Estado, de diplomas internacionais protetivos de direitos humanos, como a CADH e o PIDCP, além do controle de constitucionalidade das leis ordinárias, a produção e aplicação legislativa interna passa a ser passível do controle de convencionalidade. Independente do patamar em que ingressam no ordenamento nacional – se materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, CF), ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º, CF) – o art. 2º da CADH determina que aos Estados-partes que adotem as providências necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na norma convencional, daí se inferindo o controle interno de convencionalidade.<sup>294</sup>

A observância da normatividade convencional imposta pela CADH, no plano do direito penal e processual penal, não se limita ao controle da produção legislativa, mas se estende a obrigação de adequação da legislação doméstica à ordem internacional e na interpretação dos casos criminais. Isso importa, para o Poder Legislativo, um dever negativo, no sentido de se abster de editar leis que contrariem a ordem convencional; e um dever positivo, cabendo-lhe legislar para instituir um regramento interno assecuratório dos direitos e liberdades ou substituir o regramento vigente para adequá-lo ao direito internacional dos direitos humanos. Ao Poder Executivo cabe pautar sua atuação para efetivar esses direitos. A seu turno, o Poder Judiciário tem fundamental papel na efetivação dos direitos fundamentais previstos nas convenções internacionais em cada relação processual concreta, por meio do controle difuso, ou mesmo no plano abstrato.<sup>295</sup>

A procedimento de internalização do diploma internacional definirá a forma do controle de convencionalidade. Se o tratado for incorporado pelo *quórum* qualificado do § 3º, se sujeitará ao controle difuso e concentrado de convencionalidade. Se o diploma internacional ingressar no ordenamento pátrio pelo procedimento comum do § 2º, será passível apenas de controle

---

<sup>293</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>294</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>295</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

difuso. O controle interno difuso, de efeito *inter pars*, é exercido por meio da oposição de exceção ou *ex officio*, por todos os juízes e tribunais, em cada caso criminal concreto, para, casuisticamente, afastar a eficácia de determinada norma doméstica por incompatibilidade com um diploma internacional protetivo de direitos humanos. O controle interno abstrato, de efeito *erga omnes*, por sua vez, se exerce através das ações de controle concentrado previstas na Constituição para o controle de constitucionalidade das leis (ADI, ADECON, ADPF), a serem ajuizadas pelos legitimados legais, sob a jurisdição dos tribunais pátrios, conforme sua competência, legitimidade e procedimentos.<sup>296</sup>

O controle de convencionalidade ainda poderá ser exercido, em âmbito internacional, pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua jurisprudência contenciosa e consultiva, inclusive em sede de controle abstrato, sobre a normatividade ordinária e constitucional dos Estados-parte em face da CADH.<sup>297</sup>

Portanto, sejam internalizados na forma do § 2º ou do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de Direitos Humanos devem ser interpretados e efetivados de forma integrativa ao ordenamento doméstico, complementado ou mesmo afastando as normas internas em sentido contrário, anteriores ou posteriores à sua promulgação; tendo, ainda, por força do § 1º do mesmo dispositivo constitucional, aplicação imediata. Por essas razões é que, mesmo diante da latente omissão legislativa de mais de duas décadas em regulamentar no plano legal ordinário, a audiência de custódia, prevista como direito humano de acesso à Justiça e garantia de proteção da liberdade, tanto no PIDCP quanto na CADH, demanda necessária e urgente implementação efetiva em todo o território nacional, sem que se possa levantar em face disso qualquer óbice jurídico, econômico ou de qualquer outra natureza.

### **4.3 Audiência de Custódia nos Tratados e Jurisprudência Internacional sobre Direitos Humanos**

Como já adiantado, a audiência de custódia é um instituto jurídico processual previsto, originalmente, em tratados internacionais de Direitos Humanos e, conforme se extrai das

---

<sup>296</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>297</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

múltiplas e quase idênticas disposições normativas internacionais em que é definida, consciente em ato formal no qual o preso é conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que, a partir de breve e restrito contraditório entre acusação e defesa, deverá exercer o controle imediato da legalidade e necessidade da prisão cautelar do conduzido; e, ainda, apreciar questões referentes à pessoas do preso, notadamente a verificação de maus tratos e/ou tortura.<sup>298</sup>

Com efeito, a garantia processual resta prevista no PIDCP, em seu artigo 9.3, quando dispõe que “*Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à a presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)*”. Igualmente o art. 5.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê que “*Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)*”. No âmbito do direito de proteção, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7.5, determina que “*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)*”.

Destarte, das definições *supra*, extraem-se alguns elementos centrais para a efetiva concretização das garantias que se almeja com a realização da audiência de custódia: *a)* apresentação pessoal; *b)* sem demora e *c)* juiz ou outra autoridade habilitada a exercer funções judiciais.

Contudo, tais elementos consistem em expressões abertas, que demandam algum grau de interpretação pelo aplicador, ou seja, exigem uma atividade hermenêutica para preenchimento de seu significado. Evidente que tal conceituação já é de há muito debatida na doutrina e jurisprudência dedicada à normatividade internacional em direitos humanos, o que garante uma base consolidada de entendimento acerca do conteúdo da garantia em exame, dispensado um trabalho de conceituação que parta do zero, sob pena de, ignorando tal disciplina já sedimentada como ponto de partida para a efetiva implantação do instituto no Brasil, inovar no significado das expressões do texto convencional com graves riscos de distorções e até esvaziamento do conteúdo protetivo da audiência de custódia.

---

<sup>298</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Destarte, adiante examinará o conteúdo normativo dessa garantia em comento, tendo por fundamento sempre a jurisprudência emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a doutrina que melhor sobre o tema se debruçou.

#### 4.3.1 Conceito e Finalidade

De início, cabe pontuar que o termo *audiência de custódia* é genuinamente brasileiro, não encontrando correspondência no direito comparado para se referir ao mesmo instituto processual. Há inclusive quem entenda de nomear o ato como *audiência de garantia* ou ainda, *audiência de apresentação*. Contudo, assim como a melhor e majoritária doutrina, a própria imprensa e os instrumentos legais e judiciais que tratam do assunto no âmbito pátrio, para evitar qualquer desnecessária e indesejável confusão, adotaremos naturalmente a expressão *audiência de custódia*.<sup>299</sup>

Assim, temos que a audiência de custódia consiste em um ato processual no qual o preso é conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que, a partir de breve e restrito contraditório entre acusação e defesa, deverá exercer o controle imediato da legalidade e necessidade da prisão cautelar do conduzido; e, ainda, apreciar questões referentes à pessoas do preso, notadamente a verificação de maus tratos e/ou tortura.<sup>300</sup>

Conforme pontuam Lopes Jr. e Paiva, a audiência de custódia promove importante espaço democrático de debate sobre a legalidade e a necessidade da prisão processual, consistindo o imediato controle judicial em meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais. Opera para assegurar ao cidadão que tem a sua liberdade restringida o tratamento condizente com a presunção de inocência, bem como para proteger sua integridade física.<sup>301</sup>

Destarte, o primeiro elemento do conceito que merece atenção diz respeito ao direito do preso de ser ouvido, imediatamente após sua prisão, por uma autoridade judicial. Trata-se, portanto, do *direito de audiência*.

---

<sup>299</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>300</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>301</sup> LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?recon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?recon_id=209)>. Acesso em: 12 out 2015.

O *direito de audiência* se insere no contexto da *ampla defesa*, especificamente no viés *autodefesa*, e garante ao acusado o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal. É um direito proclamado em diversos diplomas internacionais de direitos humanos<sup>302</sup>, e consiste na garantia de que o imputado terá a oportunidade de, ele próprio, render declarações e ser ouvido por uma autoridade judicial, assumindo efetivamente posição sujeito (e não de objeto) no devido processo criminal e, com isso, influenciar ativamente na formação da decisão pelo juiz<sup>303</sup>, aqui, decisão ainda restrita ao *status libertatis* que caberá ao imputado nos atos seguintes do processo.

Quanto ao segundo elemento de sua denominação, *custódia*, tem-se que carregar o significado de *guardar, proteger*.<sup>304</sup> Com efeito, o ato busca salvaguardar a integridade física e psíquica do custodiado, considerando que as primeiras horas após a prisão são cruciais para a prevenção ou mesmo constatação de maus tratos e tortura.<sup>305</sup>

Destarte, tem o conceito de audiência de custódia é intrinsecamente vinculado às finalidades do ato em estudo. Nesse passo, acerca das finalidades da audiência de custódia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou, no caso *López Álvarez vs. Honduras*, no sentido de que o direito insculpido no artigo 7.5 da CADH é essencial para garantir o direito à liberdade, bem como o direito à vida e integridade pessoal. No mesmo sentido, no caso *Niños de la Calle vs Guatemala*, a Corte IDH enfatizou que a pronta intervenção judicial permite detectar e prevenir maus tratos e violações ao direito à vida.<sup>306</sup>

Ademais, a jurisprudência da Corte IDH é farta no entendimento de que o controle judicial imediato é um meio idôneo de evitar prisões ilegais ou arbitrárias, vez que, em um Estado de Direito, cabe ao juiz garantir os direitos do cidadão detido, lhe impor medidas cautelares, se necessário, e lhe assegurar o tratamento condizente com a presunção de inocência.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> Vide: Arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e Arts. 9.3 e 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

<sup>303</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

<sup>304</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

<sup>305</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

<sup>306</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. San José: Corte IDH, 2010.

<sup>307</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. San José: Corte IDH, 2010.

Ainda, no caso *Bayarri vs. Argentina*, a Corte IDH tratou de exigência de que a audiência de custódia exerça suas finalidades de forma efetiva, e não se limite a mero ato processual formal.

Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél<sup>54</sup>. Como ya se dijo, el juez es garante de los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme el principio de presunción de inocencia. En el caso sub judice, el acto mediante el cual el juez de la causa recibió personalmente por primera vez a Juan Carlos Bayarri (supra párr. 66), quien rindió en ese momento declaración indagatoria inculpándose de la comisión de varios hechos delictivos, no abarcó oportunamente aquellos aspectos que pudieran sustentar o no la legalidad de su detención para poder ejercer el control de la misma. Tampoco se dispuso un examen médico para determinar las causas del estado de salud de la presunta víctima, no obstante que presentaba signos de traumatismo severo (infra párr. 90).

(...)

Por todo lo expuesto, la Corte encuentra que el señor Bayarri no fue presentado sin demora ante un juez competente con posterioridad a su detención y que éste no ejerció un efectivo control judicial de la detención practicada, vulnerándose así el artículo 7.1, 7.2 y 7.5 de la Convención.<sup>308</sup>

A doutrina nacional sustenta ainda que audiência de custódia tem a elementar finalidade de adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos. O que tal premissa reflete é a força normativa e obrigacional que a garantia traz dos tratados internacionais onde prevista. Ainda que as demais finalidades do instituto processual não convençam seus opositores, por isso não ficam menos obrigados ao seu cumprimento. Paiva arremata ainda lembrando que “pouca ou nenhuma importância teria o DIDH se cada país dispusesse de uma ‘margem de apreciação’ a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos tratados a que – voluntariamente – aderiram”<sup>309</sup>.

Paiva ainda ressalta como finalidade da audiência de custódia, nos termos e estritamente vinculado, como já se disse, ao próprio conceito e denominação da garantia, a proteção à vida

<sup>308</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**. San Jose, 30 de octubre de 2008. p. 21. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

<sup>309</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 45.

e integridade do cidadão preso, como meio eficaz e idôneo de prevenção e combate à tortura e maus tratos.<sup>310</sup>

Quando falamos em preocupação com tortura, no Brasil, é claro que estamos tratando da tortura policial. Nesse ponto, antes que se diga que a implementação da audiência de custódia representa uma *derrota para a polícia*, ou um questionamento da legitimidade institucional de tão relevantes e necessárias corporações constitucionalmente instituídas, é indispensável refletir com cautela, mas, sobretudo, com sinceridade e objetividade sobre o cenário de violência e arbitrariedades há muito conhecido no Brasil. Os resultados já constatados em estudo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados parece resolver a questão, demonstrando que ainda, infelizmente, as principais causas de tortura são os castigos aplicados a presos e suspeitos de crimes (38%) e a obtenção de confissões (33%), violência praticadas no âmbito da investigação policial e do policiamento ostensivo<sup>311</sup>.

Os reiterados episódios de arbitrariedades e violência policial em manifestações públicas, amplamente noticiados na mídia nacional, demonstram que a lição de Dias e Andrade, no clássico *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, quanto a não interiorização de todas as normas penais pela polícia, permanece absolutamente atual, mesmo passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal. Portanto, não é de hoje que se sabe da relevante dimensão política da polícia, que se manifesta na limitada adesão ou mesmo latente hostilidade a certos direitos previstos em matéria penal, prejudicando gravemente a sua aplicação efetiva.<sup>312</sup>

Assim, a audiência de custódia exerce papel (infelizmente) ainda fundamental na prevenção e combate de maus tratos e tortura. Isso porque parece reduzir muito a probabilidade de sua prática pelos agentes de segurança pública responsáveis pelas prisões, quando esses estejam cientes que o cidadão será conduzido à presença de um juiz de direito poucas horas após sua detenção, sendo, a violência, denunciada pelas ainda possivelmente visíveis marcas que deixa, mesmo que se quede silente a vítima. Situação que não ocorre em cenário diverso, quando o preso será posto diante de uma autoridade judicial apenas meses após sua segregação,

---

<sup>310</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>311</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório sobre tortura no Brasil**. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 12 out 2015.

<sup>312</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.

na oportunidade do interrogatório, que figura como último ato da instrução processual, quando não mais são constatáveis eventuais agressões, encarregando-se, o tempo, de assegurar a tranquilidade e impunidade de agressores e torturadores.

Por fim, impõe-se que essa finalidade da audiência de custódia, que habitualmente é vista como um tema delicado, polêmico, seja enfrentada com a objetividade da concretude dos fatos, e não com melindres e vista como uma crítica generalizada à atividade policial. Os *bons policiais*, que diariamente observam seu deveres ético-profissionais no respeito à integridade física e psíquica dos cidadãos postos sob custódia de sua autoridade, nada tem a temer com a implementação da garantia processual. De outro lado, nas palavras de Paiva, “Os maus, porém, que, espera-se, sejam a minoria, se autodenunciarão ao se manifestarem contra a medida”.<sup>313</sup>

A terceira finalidade da audiência de custódia, elencada pela doutrina, diz respeito ao propósito de evitar e corrigir prisões ilegais ou arbitrárias.<sup>314</sup> Essa finalidade da garantia processual consiste precisamente no objeto maior de estudo do presente trabalho, vez que é a funcionalidade da audiência de custódia que diretamente se relaciona com a racionalização do uso das prisões cautelares, no sentido de oportunizar o pronto controle judicial, perante o contraditório, da prisão provisória.

Destarte, por ser objeto de exame mais aprofundado do capítulo seguinte desta pesquisa, por ora basta referir que tal finalidade da audiência de custódia a torna um ato processual fundamental e indispensável no efetivo controle judicial das prisões, tendo especial relevância na pronta identificação de casos em que o encarceramento não se afigura necessários, adequado ou proporcional, ou em que a medida extrema possa ser substituída por outras de natureza cautelar, menos gravosas, como a prisão domiciliar ou o monitoramento eletrônico, quando presentes motivos relevantes como a debilidade pro doença grave ou estado gravídico da detida.<sup>315</sup>

Assim, examinados conceitos e finalidades da audiência de custódia, passar-se-á à definição do conteúdo de suas características manifestas nas expressões abertas de seus preceitos normativos.

---

<sup>313</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 50.

<sup>314</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>315</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

#### 4.3.2 Apresentação Pessoal

A principal, mais marcante, e provavelmente a mais controvertida, característica da audiência de custódia é a previsão de que o sujeito preso deverá ser *conduzido à presença* de um *juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais*. Trata-se, portanto, da garantia de apresentação pessoal do preso ao juiz.

Contudo, uma primeira questão que surge ao debate é, qual pessoa presa deve ser apresentada? Em outras palavras, em quais situações jurídicas, dentre todas as possíveis de restrição da liberdade, se devem assegurar a realização da audiência de custódia?

Sobre esse aspecto Caio Paiva relaciona e justifica, com propriedade, as situações jurídicas nas quais a audiência de custódia deve ser assegurada, como: na prisão em flagrante; nas prisões temporárias e preventivas; na prisão no âmbito da execução penal; na apreensão de menores suspeitos da prática de ato infracional; nas prisões do âmbito da justiça militar, das situações migratórias e para extradição; nas prisões de pessoas com foro por prerrogativa de função; e no caso de prisão civil do devedor de alimentos.<sup>316</sup>

Em suma, nos termos da redação do artigo 7.5 da CADH, que, ao dispor que *toda pessoa detida ou retida*, não faz qualquer restrição ou distinção entre as diversas hipóteses de restrição da liberdade compreendida na expressão, tampouco limita à garantia à prisão em flagrante.<sup>317</sup>

Cabe nota aqui quanto a redação do art. 9.3 do PIDCP, vez que esse dispositivo limita a garantia da apresentação pessoal ao juiz à qualquer pessoa presa ou encarcerada em *virtude de infração penal*, o que, em tese, excluiria do âmbito da audiência de custódia todas as situações de privação da liberdade não relacionadas estritamente com o processo penal (apreensão de menores; prisões por situação migratória, prisão civil do devedor de alimento etc).

Contudo, na linha da lição de Paiva, sustenta-se que a garantia da audiência de custódia deve ser estendida a tais situações face a não limitação do direito fundamental na redação da CADH. Isso porque, como já examinado neste trabalho, princípio que deve nortear o direito internacional dos direitos humanos e a própria ordem constitucional brasileira é *pro homine* ou *pro dignitatis*, que impõe a prevalência, em qualquer caso, da norma que for mais protetiva ao homem, sendo assim entendida aquela que de forma mais abrangente e intensa tutelar os direitos

---

<sup>316</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>317</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

fundamentais. Nesse caso, vigendo entre nós tanto o PIDCP quanto a CADH, sendo essa última mais protetiva, por não limitar à audiência de custódia apenas às prisões *em virtude de infração penal*, essa deve ser a amplitude da garantia a ser assegurada.

Assim, fixada tal premissa e retomando a análise do âmbito de proteção da expressão *conduzido à presença de um juiz*, temos que a alegação da maior parte das decisões judiciais que antes buscavam fundamentar a desnecessidade da audiência de custódia no direito brasileiro, no sentido da suficiência da mera comunicação da prisão ou mesmo o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz, já foi rechaçada pela Corte IDH como sendo procedimentos insuficientes para assegurar a garantia insculpida no artigo 7.5 da CADH.

Com efeito, esse foi o entendimento da Corte Interamericana no caso *Tibi vs. Ecuador*.

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.<sup>318</sup>

Destarte, segundo a jurisprudência internacional da Corte IDH, qualquer disciplina legal doméstica que se limite à comunicação da prisão ou mesmo à remessa do *informe policial* (na sistemática processual penal, o auto de prisão em flagrante) ao juiz não satisfaz a garantia de condução à presença da autoridade judicial.

Relevante pontuar que o entendimento firmado pela Corte IDH faz uma conexão entre a apresentação pessoal ao juiz e a garantia de integridade pessoal do preso, relacionando-se diretamente com a finalidade do ato processual na prevenção e combate à tortura e maus tratos das pessoas presas.

A esse respeito, Weis e Junqueira lembram que o controle das primeiras horas após a prisão são cruciais no enfrentamento à tortura, uma vez que é nesse momento em que as pessoas detidas ficam à mercê dos agentes policiais responsáveis pela sua captura, podendo serem

---

<sup>318</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. San Jose, 07 de septiembre 2004. p. 63. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

submetidos à castigos ou outras formas de violência (física e psíquica) para obtenção de confissões, conforme apontado no Relatório sobre Tortura no Brasil.

Os autores ainda apontam manifestações de relevantes organizações internacionais, como a Anistia Internacional e o Relator Especial da ONU sobre Tortura, a respeito da insuficiência da disciplina legal brasileira no tocante a proteção das pessoas privadas da liberdade, por não assegurar em sua plenitude o direito fundamental previsto no artigo 7.5 da CADH.<sup>319</sup>

Nessa temática ainda é importante frisar que o Brasil é signatário dos principais diplomas internacionais voltados ao combate à tortura, como a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, pelo qual, por força do seu artigo 2.1, se obrigou a tomar as *medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição*.

Destarte, se a maior incidência de tortura e maus tratos ocorridos no Brasil se dá por parte das autoridades policiais nas primeiras horas após a prisão dos imputados, conforme resultados do Relatório sobre Tortura no Brasil; e se a apresentação pessoal do preso ao juiz constitui uma garantia de preservação da sua integridade física e psíquica, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; conclusão inarredável é que impõe-se ao Estado brasileiro, na qualidade de signatário da Convenção Contra a Tortura, a ampla implementação da audiência de custódia como medida eficaz a fim de impedir tais práticas ilegais.<sup>320</sup>

De outro lado, a sentença proferida pela Corte IDH no caso *Tibi vs. Equador* ainda assevera que a garantia de apresentação pessoal do detido ao juiz é essencial da proteção do direito à liberdade pessoal, vinculando-se diretamente à outra finalidade da audiência de custódia, no tocante ao objetivo de prevenir e corrigir prisões ilegais e arbitrárias.

Nesse sentido, a Corte Interamericana pronunciou, no caso *Baiarry vs. Argentina*, que a apresentação pessoal do detido oportuniza a devida valoração das declarações deste para decidir sobre a manutenção ou não de privação da liberdade.

---

<sup>319</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

<sup>320</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

65. Consta en el expediente del presente caso que, el 19 de noviembre de 1991, el Jefe de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina puso al señor Bayarri a disposición del Juzgado de Instrucción No. 25, y que el Secretario de dicho Juzgado ordenó mantener su detención<sup>50</sup>. En este acto el señor Bayarri no fue llevado personalmente al Juzgado, por lo que no satisface la obligación dispuesta en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”<sup>51</sup>. La Corte ha reiterado que el juez debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad<sup>52</sup>. Lo contrario equivaldría a despojar de toda efectividad el control judicial dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención.<sup>321</sup>

Importa aqui notar que a Corte ressaltou que a importância da prestação de declarações pessoal e presencialmente do preso ao juiz, antes desse decidir sobre a manutenção ou relaxamento da prisão, sob pena de despojar de toda efetividade o controle judicial previsto na garantia do art. 7.5 da CADH.

Por fim, outra questão de grande debate acerca da *apresentação* do preso ao juiz diz respeito à possibilidade de tal se dar através de videoconferência. De um lado, a doutrina se divide, havendo quem admita esta forma de *apresentação* do preso ao juiz<sup>322</sup>, sustentado a compatibilidade entre a garantia e a flexibilização do princípio da imediação, a partir de comparativo com as hipóteses já admitidas de videoconferência em nosso ordenamento jurídico. De outro lado, há corrente que restringe fortemente a utilização da videoconferência na audiência de custódia<sup>323</sup>, fulcro na busca da concreta efetividade da garantia convencional, aduzindo o esvaziado do seu *impacto humanizatório* no processo penal, bem como da sua finalidade de salvaguardar a integridade pessoal do indivíduo preso, sendo a *apresentação* do preso por videoconferência contrária ao conteúdo protetivo da norma do art. 7.5 da CADH. A normatividade vigente (Resolução nº 213, do CNJ), a seu turno, não autoriza a realização da videoconferência para a realização do ato, embora não a vede expressamente.

A esse respeito, nos alinhamos ao objetivo posicionamento de Caio Piava quando sustenta a incompatibilidade da videoconferência com a própria redação do artigo 7.5 da CADH quando dispõe que o preso deverá ser *conduzido à presença* de uma autoridade judicial; uma

<sup>321</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**. San Jose, 30 de octubre de 2008. p. 20. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

<sup>322</sup> Vide ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 66 ss.

<sup>323</sup> Vide PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 107 ss.

vez que, no caso da audiência por videoconferência, não há *condução* do custodiado, tampouco sua oitiva se dá na *presença* do juiz; desobedecendo-se assim de uma vez ambas as elementares do ato processual em análise<sup>324</sup>. Paiva ainda pontua, acerca da finalidade de prevenção e combate à tortura, ser inconcebível crer que o preso teria alguma condição de segurança para relatar ter sido vítima de tortura ou violência policial estando dentro de um estabelecimento prisional que, não raras vezes, são administrados pelas próprias corporações policiais ou por outros órgãos ou empresas ligadas às forças de segurança pública, ficando à mercê de retaliações por parte de seus ofensores.<sup>325</sup>

Lopes Jr e Paiva ainda argumentam que a realização da audiência de custódia por videoconferência mata o caráter antropológico e humanitário do ato. O distanciamento e a assepsia da virtualidade agrava muito o risco de manutenção de uma cultura de insensibilidade e indiferença do julgador para com a situação da pessoa privada da liberdade. Ademais, nas palavras dos autores, “por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não permite uma interpretação tal que equipare presença com ausência”<sup>326</sup>.

#### 4.3.3 Sem Demora

A expressão *sem demora* também consiste em um termo vago, trazendo alguma discussão hermenêutica. Está estritamente relacionada com o direito à razoável duração do processo, também previsto nos já citados instrumentos normativos internacionais<sup>327</sup>, bem como no art. 5º, inc. LXXVIII, da nossa Carta Constitucional.

Oportuno aqui mais uma vez lançar o olhar sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de sua competência interpretativa do texto convencional.

---

<sup>324</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>325</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>326</sup> LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 11-23, 2014. p. 21-22. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209)>. Acesso em: 12 out 2015.

<sup>327</sup> Vide arts. 14.3, c, e 9.3, do PIDCP; e arts. 7.5, 7.6, e 8.1 da CADH.

Com efeito, no caso *Castillo Páez vs. Peru*, a Corte considerou violada a garantia do art. 7.5 da Convenção porque o Sr. Castillo Paéz não foi apresentado à uma autoridade judicial no prazo de 24 horas, ou de 15 dias, caso se tratasse de acusação de terrorismo, como dispunha a Constituição peruana.<sup>328</sup>

No caso *Castillo Petruzzi vs. Peru*, outrossim, a Corte IDH condenou o Estado por violação à garantia da apresentação da pessoa presa *sem demora* ao juiz ao constar que o detido/vítima havia ficado preso sem que fosse oportunizado o controle judicial da custódia no prazo previsto na legislação interna; bem como, ao analisar a própria normatização interna do Estado, considerou que o prazo nela disposto para condução do custodiado à presença de um juiz contradizia a disposição da CADH no que se referia à garantia de apresentação *sem demora*. No caso concreto, as vítimas foram privadas da liberdade sem intervenção judicial da detenção por aproximadamente 36 dias, sendo a legislação doméstica do Peru assegurava que, para casos como aquele – de imputação do crime de *traición a la pátria* – que o preso poderia ficar sob custódia preventiva sem ser posto à disposição de uma autoridade judicial pelo prazo de 15 dias, prorrogável por igual período. A Corte declarou violada a garantia do artigo 7.5 tanto pela comprovação de que os detidos não foram conduzidos à presença de um juiz no prazo legalmente previsto, quanto pela própria disciplina legal vigente.<sup>329</sup>

Em outra sentença, no caso *Bayarri vs. Argentina*, a Corte IDH condenou o Estado por violação ao art. 7.5 da Convenção em situação na qual a vítima somente foi conduzida à presença de um juiz quase uma semana após a sua detenção. Na espécie, considerando que a legislação interna do Estado não dispunha expressamente um prazo para apresentação do detido à autoridade judicial – os artigos 2 e 6 do Código de *Procedimientos en Materia Penal* estabeleciam apenas que, uma vez detida, a pessoa deve ser *imediatamente* posta à disposição de um juiz competente, sem fixar um *quantum* objetivo de horas ou dias – a Corte julgou que quase uma semana após a captura não reflete um prazo razoavelmente condizente com a garantia de apresentação *sem demora* insculpida no texto convencional.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Páez vs. Perú**. San Jose, 3 de noviembre de 1997. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

<sup>329</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. San Jose, 30 de mayo de 1998. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

<sup>330</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**. San Jose, 30 de octubre de 2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

Destarte, à vista da jurisprudência firmada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, temos que esse tribunal internacional vem buscando estabelecer o conteúdo da expressão *sem demora* a partir de um exercício de proporcionalidade e razoabilidade casuisticamente. Por não haver um parâmetro objetivo expresso no texto convencional, as decisões da Corte em casos concretos têm seguido uma análise, primeiramente, da legislação interna do Estado-parte. Caso essa fixe um prazo para a apresentação do preso ao juiz, a Corte realiza dois juízos: *i*) um quanto ao respeito do prazo estabelecido pelo próprio país, obviamente de início já considerando violada a garantia quando descumprido esse e *ii*) outro quanto à compatibilidade desse prazo previsto na legislação doméstica do Estado-parte em face da CADH.<sup>331</sup>

Disso se extrai ainda que o juízo acerca da observância ou não da garantia do artigo 7.5 da Convenção não se encerra na legislação interna dos Estados signatários – quando essa expressamente dispõe de um prazo para o ato – senão que a expressão *sem demora* constitui um conceito autônomo da CADH<sup>332</sup>, que tem seu efetivo conteúdo normativo preenchido e desvelado em última instância pela competência interpretativa e jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, jamais ficando limitado ou restringido a *contrario sensu* pelas legislações ou jurisprudências domésticas.

Quando não há um prazo expressamente previsto no direito interno – como ocorre no Brasil e no caso *Bayarri vs. Argentina* – a Corte IDH tem considerado o tempo transcorrido da efetiva detenção da pessoa até a primeira apresentação do custodiado a um juiz, para, a partir de um raciocínio de razoabilidade e proporcionalidade, julgar se foi ou não atendida a garantia de apresentação *sem demora* perante uma autoridade judicial<sup>333</sup> de forma que tal ato constitua um meio efetivo de controle judicial da legalidade da prisão e de salvaguarda da integridade pessoal do custodiado<sup>334</sup>.

Até aqui se viram juízos negativo onde a Corte IDH considerou violada a garantia do artigo 7.5 da CADH. A relevância dessas sentenças está precisamente nos parâmetros de

---

<sup>331</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

<sup>332</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>333</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

<sup>334</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**. San Jose, 30 de octubre de 2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

juízo que elas fixam afim de estabelecer o que *não* atende ao conteúdo normativo da expressão *sem demora*. Contudo, tais julgados não esclarecem o que *é*, ou quando se deve considerar respeitado o conteúdo normativo da garantia.

Isso a Corte fez no caso *López Álvarez vs. Honduras*, ao julgar satisfeita a garantia do artigo 7.5 da CADH com a apresentação de preso dentro das 24 horas após ter sido colocado à disposição da autoridade judicial. No caso em tela, a vítima foi detida no dia 27 de abril de 1997, tendo sido colocada à disposição do juízo em 28 de abril e conduzido à sua presença em 29 de abril de 1997, tendo a Corte considerado que a apresentação pessoal do custodiado à autoridade judicial no dia seguinte atendeu à garantia convencional.<sup>335</sup>

O prazo de 24 horas como referência para a expressão *sem demora* parece se adequar à nossa cultura jurídica, já sendo o lapso temporal adotado pelo art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal para o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente para que esse possa conhecer da prisão efetuada. Como veremos adiante, também tem sido esse o prazo adotado pelas propostas legislativas e atos normativos que buscam a regulamentação da audiência de custódia no direito pátrio, com algumas particularidades que serão oportunamente abordadas.

A doutrina pátria também tem se posicionado no sentido da adoção do prazo máximo de 24 horas para a apresentação pessoal do preso ao juiz<sup>336</sup>, o fazendo a partir da leitura da jurisprudência da Corte IDH; contudo, não sem críticas. Há corrente que considere precipitada a fixação do prazo de 24 horas nas proposições legislativas e do CNJ para a realização da audiência de custódia, alegando a inexistência de estudos prévios que ateste a compatibilidade de tal lapso temporal para a inclusão do novo elemento que a apresentação do preso ao juiz, considerando as discrepâncias de disponibilidade estrutural e até de extensão territorial existentes entre as comarcas judiciais espalhadas pelo país.<sup>337</sup>

É inegável a relevância pragmática da questão colocada pela crítica, em relação às deficiências materiais do sistema de justiça criminal brasileiro. Contudo, essa tem sido a

---

<sup>335</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. San Jose, 01 de febrero de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

<sup>336</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012. p. 345.; e PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 57 ss.

<sup>337</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

*desculpa* historicamente adotada pelo país para se furtar de cumprir suas obrigações constitucionais, internacionais e evolutivas há décadas. Assim tem sido com a incorporação do juiz de garantias (ou da investigação) no processo penal, com a concretização de todos os direitos sociais previsto na Carta Constitucional de 1988 e também com a própria audiência de custódia, todas garantias fundamentais que encontram barreira na *falta de estrutura do Estado* brasileiro em atender essas demandas. Contudo, em se tratando de direitos humanos, como é caso da garantia do art. 7.5 da CADH, impõe-se ao Estado o dever de efetivá-los e, nesse objetivo, encontrar meios e condições de fornecer a estrutura necessária para sua concretização.

Nesse sentido, primeiro cabe ao Direito, através dos instrumentos internacionais e domésticos positivados e da jurisprudência das cortes internacionais e pátrias sobre a interpretação desses, bem como da doutrina especializada, definir o conteúdo e a dimensão da expressão *sem demora*, contida no art. 7.5 da Convenção. Depois, incumbe ao Estado brasileiro, como signatário da CADH, adimplir com às obrigações que assumiu com a comunidade internacional e criar as estruturas, físicas, logísticas e de pessoal necessária à efetivação do direito fundamental em análise.

Revisando, então, a jurisprudência da Corte IDH, no caso *López Álvarez vs. Honduras*, a rigor que se tem é que a corte estabeleceu que está preservada a garantia do art. 7.5 da CADH em a apresentação pessoal do preso se dando até dois dias após sua efetiva detenção. É que naquela casuística, a vítima López Álvarez havia sido detida pela polícia de Honduras em 27 de abril de 1997, sob a imputação de tráfico ilícito de entorpecentes, colocado à disposição do juízo competente em 28 de abril de 1997 e, finalmente, apresentado pessoalmente ao juízo em 29 de abril de 1997. Com efeito, a *condução do preso à presença do juiz* se deu no segundo dia (que tomar-se-á por 48 horas) após a sua efetiva detenção pelas autoridades policiais. Contudo, o que mais importa na análise do entendimento firmado nesse caso, para a fixação de uma regra hermenêutica para o que se deve entender por *sem demora*, é o marco inicial de contagem das 24 horas adotado pela Corte IDH. Nesse sentido, o que a Corte precisamente decidiu foi que não havia violação ao artigo 7.5 da CADH no caso de o *preso ter sido apresentado ao juiz 24 horas após ter sido colocado à disposição desse*.<sup>338</sup> Portanto, o marco inicial de contagem das 24 horas foi a *colocação do preso à disposição do juízo*, considerando-se ainda que, no total, a

---

<sup>338</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. San Jose, 01 de febrero de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018

apresentação pessoal do custodiado ante uma autoridade judicial se deu no prazo máximo 48 horas.

Na nossa sistemática, a *colocação do preso à disposição do juízo* deve ser considerada a partir da *comunicação da prisão ao juiz*, momento a partir do qual, de fato, a pessoa presa fica à disposição do juízo e esse já pode exercer o controle judicial sobre a prisão que lhe é comunicada. Esse ato está previsto no *rol* dos direitos e garantias fundamentais, insculpido no art. 5º, inc. LXII, da Constituição Federal, bem como no Art. 306, *caput*, do Código de Processo Penal, quando dispõem que “a prisão que qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados *imediatamente* ao juiz competente (...) e a família do preso ou a pessoa por ele indicada”. A *comunicação imediata* da prisão deve ser entendida como sendo o *primeiro ato* a ser tomado pela autoridade policial, tão logo se decida por efetivamente autuar o flagrante, e não deve se confundir com o prazo de 24 horas do § 1º, do art. 306, do CPP, para o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, aqui já concluído, ao juiz<sup>339</sup>.

Faz-se importante frisar a distinção entre a exigida *imediatez da comunicação* da prisão em relação ao *prazo de 24 hora para encaminhamento do APF*, ambos os atos endereçados ao juiz competente para conhecer da detenção, para que não se incorra no erro cometido pelo CNJ no que se refere à equivocada redação do art. 1º da Resolução nº 213/2015, sobre o qual teceremos comentários mais adiante. Aqui basta expormos a razão pela qual os atos e a exigência temporal para sua prática se distinguem; e isso se dá, por mais óbvio e desnecessário que parece se apontar, pela própria reação legal. Ora, se o *caput* do artigo 306 do CPP fala em *comunicação imediata da prisão* e, por sua vez, o § 1º do mesmo dispositivo legal se refere ao *encaminhamento do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas*, evidente que se está a falar de atos e prazos diversos.

Tais considerações são relevantes, em relação à temática em debate neste subcapítulo, pois precisam o termo inicial para a contagem do prazo de 24 hora para a apresentação pessoal do preso ao juiz.

Nesse passo, se o termo inicial das 24 horas para apresentação pessoal do preso ao juiz deve ser considerado o momento da comunicação da prisão, e tal ato, na sistemática legal brasileira, deve ser praticado *imediatamente* – devendo o termo *imediatamente* ser entendido

---

<sup>339</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

como o *primeiro ato* da autoridade policial diante da apresentação do preso pelo seu condutor – tem-se que a audiência de custódia deve ocorrer no máximo no dia seguinte ao da efetivação da prisão (contenção física do imputado). Opta-se por adotar o lapso de *até o dia seguinte* por considerar que a contagem em horas resulta em excessivo rigor cronológico, incompatível com a dinâmica dos atos oficiais que se sucedem entre a prisão em flagrante, a lavratura do auto respectivo, e a preparação e realização da audiência de custódia, bem como porque não se vislumbra, na adoção desse referencial, prejuízos à pessoa privada da liberdade.

Note-se que a realização dos atos necessários até a efetiva apresentação do preso em audiência de custódia podem superar em alguma (pequena) medida o prazo preciso de 24 horas, uma vez que é comum, na prática, que entre a efetiva detenção do flagrado e sua apresentação à autoridade policial, transcorram algumas horas entre deslocamento do local da captura até a delegacia de polícia e mesmo o tempo em habitual espera em fila para início da lavratura do APF<sup>340</sup>, momento no qual a autoridade policial tomara ciência da prisão e poderá, então, comunica-la ao juízo competente.

Destarte, na somatória do tempo para realização dos atos oficiais necessários, tem-se *algumas horas* entre a captura do flagrado e a comunicação da prisão ao juízo competente, mais as 24 horas a partir desse marco, resultando em que a apresentação do custodiado pessoalmente ao juiz deverá se dar em *até um pouco mais* que 24 horas, ou, ainda no dia seguinte ao da prisão; mas, em todo caso, pela dinâmica acima analisada, jamais a soma de tais atos poderão ou deverão, legalmente, alcançar 48 horas, ou dois dias, após a prisão.

Em resumo, sustenta-se que, tendo em conta a sistemática processual penal vigente no Brasil para prisão em flagrante, a comunicação dessa prisão e lavratura do respectivo auto, a expressão *sem demora* contida no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser interpretada como sendo a garantia de que o preso deverá ser conduzido à presença do juiz até o dia seguinte da efetiva privação da sua liberdade.

Dúvidas podem surgir, então, quanto à jurisprudência da Corte IDH constituir um permissivo para que a audiência de custódia se realize em prazo maior. Isso porque, lembrando, no caso *López Álvarez vs. Honduras* a Corte entendeu como não sendo violação a garantia em comento a apresentação ao juízo se dando dois dias após a prisão, ou seja, em 48

---

<sup>340</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

horas. Ocorre que, com máxima *vênia* ao julgado da Corte IDH nesse caso, a sistemática constitucional e processual penal brasileira assegura que a audiência de custódia se dê em prazo menor e, por isso, mais benéfico à pessoa privada da liberdade, devendo, em território nacional, essa ser a dinâmica procedimental adotada, por força do princípio *pro homine* ou *pro dignitatis*, que impõe a prevalência, em qualquer caso, da norma que for mais protetiva ao homem, sendo assim entendida aquela que de forma mais abrangente e intensa tutelar os direitos fundamentais, tanto em seu aspecto material quanto processual.

Isso não quer dizer que o estudo da jurisprudência da Corte IDH no caso *López Álvarez vs. Honduras* não tenha relevância para a solução ao debate hermenêutico acerca da expressão *sem demora*. Primeiro, porque é de tal julgado que se pode extrair o referencial teórico para o estabelecimento do marco inicial da contagem do prazo para a apresentação pessoal do preso ao juiz – qual seja, a *colocação do preso à disposição do juízo* ou, na dinâmica brasileira, a *comunicação da prisão*. Segundo, porque o prazo de 48 horas, ou dois dias, ali admitidos pela Corte como não sendo violador da garantia do art. 7.5 da CADH deve ser entendido como limite máximo para a realização da audiência de custódia em qualquer caso que se afigure excepcionalmente necessário dilação do prazo ordinário; ou mesmo para fins de controle de convencionalidade sobre qualquer alteração legislativa que, no âmbito doméstico, importe em a audiência de custódia se realizar em lapso maior que 48 horas da prisão. Seria o caso de eventual projeto de lei ou de emenda constitucional que alterasse a exigência da *comunicação da prisão* ao juiz competente se dar *imediatamente* para que passasse a se dar *em 24 horas*, por exemplo. Isso porque nesse caso, somando-se os prazos legais tem-se: *algumas horas* da captura do flagrado até a sua apresentação na delegacia de polícia, mais 24 horas para a comunicação dessa prisão pela autoridade policial ao juiz, mais 24 horas da comunicação até apresentação do preso em juízo; restando extrapolado o prazo máximo de 48 horas aceito pela Corte IDH. Tal modificação legislativa estaria em desacordo com o disposto no art. 7.5 da CADH, a partir da interpretação que lhe deu a jurisprudência vinculante<sup>341</sup> da Corte IDH, devendo, portanto, ser considerada inconstitucional.

O mesmo prazo e forma de contagem devem ser observados para a realização da audiência de custódia em casos onde a prisão não decorra de flagrante delito, uma vez que, como já visto, o artigo 7.5 da CADH, ao dispor que toda pessoa detida ou retida, não faz

---

<sup>341</sup> Por força do Dec. nº 4.463/2002, pelo qual o Brasil, soberanamente, se submeteu à jurisdição da Corte IDH.

qualquer distinção entre as diversas hipóteses de restrição da liberdade compreendida na expressão, tampouco limita à garantia à prisão em flagrante. Na mesma linha, em que pese ao art. 306 do CPP trate exclusivamente da prisão em flagrante, não se pode olvidar que a garantia de comunicação *imediata* da prisão ao juiz competente está insculpida também no art. 5º, inc. LXII, da Carta da República, sendo que em tal dispositivo constitucional não há nenhuma restrição ou distinção entre as diversas situações de prisão admitidas na legislação brasileira, sejam elas decorrentes de infração penal (podendo ser a título de prisão em flagrante, temporária, preventiva ou para cumprimento de pena), de alimentos, situação migratória etc. Assim, por força da disciplina constitucional vigente, efetuada qualquer espécie de prisão, seja de que natureza for a privação da liberdade, essa deve ser *imediatamente* comunicada a um juiz competente e, a partir desse marco, em 24 horas deve se dar a audiência de custódia respectiva, tudo num lapso temporal máximo de *até o dia seguinte* ao da prisão.

Por fim, é válido ressaltar que se tratou aqui de examinar o que se deve entender por *sem demora* como regra geral para a observância da garantia prevista no art. 7.5 da CADH, sendo certo que até mesmo a doutrina mais protetiva<sup>342</sup> reconhece que, na *law in action*, haverá casos onde essa regra será excepcionada, ressaltando que tal excepcionalidade deverá ser devidamente justificada e provada. Acrescenta-se ainda que não se deve aceitar como justificativa válida para o atraso na realização da audiência de custódia a falta de estrutura estatal (ainda que tal seja provado), seja para deslocamento dos custodiados, seja de espaço físico para realização do ato ou de falta de pessoal, seja pelo que for; pois, como já foi ressaltado, é passada a hora de não mais se admitir essa velha desculpa como empecilho à efetivação dos direitos humanos e ao cumprimento das obrigações com as quais Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional, sob pena de, como historicamente verificado, a exceção se tornar a regra, e a regra final ser a de não assegurar os direitos fundamentais.

#### 4.3.4 Juiz ou Outra Autoridade Judicial

A terceira expressão que caracteriza a audiência de custódia diz respeito a quem, ou a qual autoridade, o preso deve ser apresentado. A redação do art. 7.5 da CADH dita que a

---

<sup>342</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

apresentação deverá se dar ante *um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais*. Quanto ao termo *juiz*, maiores explanações são desnecessárias, sendo certo que se trata da autoridade dos magistrados membros do Poder Judiciário. A controvérsia surge acerca da *outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções jurisdicionais* e, portanto, de uma suposta possibilidade de se substituir, na presidência da audiência de custódia, o juiz por outra autoridade pública.

Contudo, como consideraram Weis e Junqueira, trata-se (ou deveria se tratar) de discussão de menor relevância no contexto brasileiro, ante o primado da jurisdição em nosso país<sup>343</sup>. É certo que a referência contida no texto convencional à *outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais* se deve a existência de sistemas nos quais há outras estruturas institucionais e hierárquicas onde eventualmente os membros do Ministério Público ou das polícias judiciárias possuem ligações mais estreitas com o Judiciário, o que não ocorre no Brasil.

De qualquer forma, oportuno examinar também nesse tema a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere ao critério adotado para se chegar à conclusão sobre a impossibilidade da substituição do juiz por outra autoridade como o delegado de polícia ou o promotor de justiça.

Com efeito, no caso *Cantoral Benavides vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou que a audiência onde se dê a apresentação pessoal do preso, para os fins do art. 7.5 da CADH, deve ser presidida por uma autoridade dotada dos atributos elencados no art. 8.1 da mesma Convenção, quais sejam, ser competente, independente e imparcial.

75. Además, se pronuncia la Corte en el sentido de que el proceso adelantado contra el señor Luis Alberto Cantoral Benavides por la justicia penal militar violó lo dispuesto por el artículo 8.1 de la Convención Americana, referente al enjuiciamiento por juez competente, independiente e imparcial (infra párr. 115). En consecuencia, el hecho de que Cantoral Benavides hubiera sido puesto a disposición de un juez penal militar, no satisfizo las exigencias del artículo 7.5 de la Convención. Asimismo, la continuación de la privación de su libertad por órdenes de los jueces militares constituyó una detención arbitraria, en el sentido del artículo 7.3 de la Convención.<sup>344</sup>

---

<sup>343</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

<sup>344</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cantoral Benavides vs. Perú**. San Jose, 03 de diciembre de 2001. p. 32. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018

O que a Corte fez foi buscar no próprio texto convencional os elementos para preenchimento do significado da expressão *juiz ou outra autoridade*, encontrando tal conteúdo no enunciado normativo do artigo 8.1, onde o diploma protetivo estabelece as garantias judiciais e define o que se deve entender por uma autoridade que exerce funções judiciais, ou seja, *um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei*.

Nesse sentido, aqui já se pode vislumbrar os motivos pelos quais o delegado de polícia e o promotor de justiça não atendem a exigência contida na expressão *outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*, referida no art. 7.5 da Convenção.

Quanto aos delgados de polícia, civis e federais, há que se reconhecer que, inobstante sua indispensável e fundamental função constitucionalmente prevista (art. 144, §§ 1º e 4º, CF), não se constituem em autoridades *independentes* na dicção do art. 8.1 da CADH. Quando a Corte IDH se reporta à *independência* prevista no art. 8.1 da Convenção está a exigir o “completo apartamento dessa autoridade, em relação aos demais poderes estatais, a fim de que ela possa exercer certas funções judiciais”<sup>345</sup>, o que evidentemente não se verifica na realidade brasileira das polícias judiciárias, vez que, em que pese a nomenclatura que levam, se encontram inseridas nas estruturas administrativas e vinculadas funcional e hierarquicamente aos Poderes Executivos dos estados e da União.

De outro lado, em relação aos promotores de justiça, membros do Ministério Público, em que pese nessa qualidade serem dotados de absoluta independência administrativa e funcional (art. 127, §§ 1º e 2º, da CF), não cumprem com o requisito da *imparcialidade*, para os fins do art. 8.1 e 7.5 da CADH. É que, por força do art. 129, inc. I, da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público, privativamente, promover a ação penal pública, ou seja, o exercício da pretensão acusatória, ocupando lugar de destacado envolvimento persecutório na relação processual penal; atividade que evidentemente se torna incompatível com a característica de *imparcialidade*, ao menos em um cenário em que vigore o processo penal acusatório (pretensamente) adotado pelo Brasil<sup>346</sup>. E ainda que se levante a vinculação dos membros do Ministério Público ao princípio da imparcialidade, no atual estágio de compreensão sobre a necessidade de um processo penal efetivamente acusatório, nos parece

---

<sup>345</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 90.

<sup>346</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

inconcebível admitir a contraditória figura do Ministério Público como *parte-imparcial*, sendo certo que as funções a cargo desta instituição, e de seus membros, no curso da persecução penal – desde a requisição de diligências investigatórias à autoridade policial ou da promoção de suas próprias investigações até o efetivo exercício da pretensão acusatória – à excluem definitivamente de qualquer possibilidade ser considerada a *outra autoridade imparcial* autorizada a presidir a audiência de custódia<sup>347</sup>.

Não bastassem esses motivos a afastar a competência dos delegados de polícia e dos promotores de justiça para a condução da audiência de custódia, a Corte IDH, no caso *Tibi vs. Ecuador*, ainda se pronunciou a respeito da impossibilidade dos membros do Ministério Público serem a *outra autoridade* referida no art. 7.5 da CADH, aprofundando-se no exame da insuficiente possibilidade do órgão ministerial assegurar o cumprimento das finalidades da apresentação pessoal do preso.

119. En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención<sup>139</sup>. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Tibi, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Asimismo, el agente fiscal no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.<sup>348</sup>

Destarte, o que a Corte decidiu, no caso *Tibi vs. Ecuador*, a respeito da (in)competência do Ministério Público para ser o endereçado da apresentação pessoa do preso foi, especificamente, que essa instituição não tem as facultades necessários para cumprir as finalidades da garantia do art. 7.5 da CADH, ou seja, que não está dotado de poderes judiciais para fazer cessar (imediatamente) situações de tortura ou maus tratos, bem como não pode assegurar a liberdade do imputado ante prisões ilegais ou arbitrárias. Com efeito, é precisamente

<sup>347</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>348</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. San Jose, 07 de septiembre 2004. p. 64. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

o que se verifica no cenário brasileiro, onde o promotor de justiça, diante de uma verificada situação de tortura, não está munido de autoridade mandamental para fazer cessar o ilícito; tampouco detêm parcela de poder jurisdicional para relaxar prisões ilegais ou conceder a liberdade provisória frente a uma prisão desnecessária.<sup>349</sup>

Da mesma sorte é a conclusão acerca da (in)competência do delegado de polícia para presidir a audiência de custódia, frente ao entendimento firmado na sentença do caso *Tibi vs. Equador*. Em que pese o julgado não tenha tratado especificamente da figura do delegado de polícia, o fundamento que afastou a possibilidade para o MP se aplica, no contexto pátrio, também à autoridade policial. Ora, se uma das finalidades essenciais da audiência de custódia é justamente combater e prevenir a tortura policial, evidentemente que não se afigura coerente confiar essa atribuição justamente à autoridade policial, não parecendo que tenha ela poderes para evitar ou fazer cessar tais violências. E não se trata de estabelecer uma presunção de abuso policial ou de fomentar a desconfiança para com a atuação das autoridades policiais brasileiras, mas apenas de reconhecer que a garantia da audiência de custódia busca a efetivação de um controle *judicial* de situações onde ocorram ou possam ocorrer atos de tortura e de maus tratos, em regra, como já visto, praticados por agentes policiais nas primeiras horas após a detenção dos indivíduos presos.<sup>350</sup>

Ademais, tem-se que, assim como os promotores de justiça, os delegados de polícia não possuem parcela de poderes judiciais que lhes outorguem efetividade na tutela do direito à liberdade, sendo, na verdade, autoridades administrativas despidas de autonomia para relaxar prisões ilegais ou conceder liberdade provisória.<sup>351</sup> Bem como, é impossível não lembrar que, ressalvado os casos de prisões por mandado (cautelares ou definitivas), de regra, a prisão de que tratará a audiência de custódia será proveniente de ato da própria autoridade policial, através da lavratura do auto de prisão em flagrante, sendo incoerente cogitar que possa o delegado de polícia exercer um juízo de controle de legalidade efetivo sobre seus próprios atos; ou, mais desarrazoado ainda, tentar igualar uma garantia de proteção da integridade pessoal e da liberdade, que o ato processual previsto no art. 7.5 da CADH, justamente a um ato onde,

---

<sup>349</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>350</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>351</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

justamente, se constitui e se formaliza uma privação da liberdade, como é o caso da lavratura do APF.

Por fim, vale salientar, assim como fez Paiva, que entende-se de menor relevância, no contexto processual penal brasileiro, que o art. 322 do CPP confira autonomia ao delegado de polícia para exercer uma pequena parcela de poder jurisdicional para fins de arbitrar fiança nos casos em que à infração penal seja cominada pena de até 04 (quatro) anos, sendo que tal competência, ainda que relevante, não o torna uma efetiva autoridade com poderes judiciais nos termos do art. 8.1 da CADH.<sup>352</sup>

Destarte, ainda que, sempre que reacquecidos os debates acerca da competência para presidir a audiência de custódia, teimosamente se levantem vozes a favor da atribuição de tal responsabilidade à outras autoridades públicas, do exame do conteúdo normativo da garantia prevista no texto convencional em conjunto com a interpretação que lhe dá a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Brasil, à outra autoridade não pode ser conferida da incumbência senão aos juízes, magistrados membros do Poder judiciário; ao menos enquanto vigente o presente modelo legal e constitucional de estruturação das instituições envolvidas.

#### **4.4 Audiência de Custódia no Direito Brasileiro**

Pois bem, como visto antes, passados mais de 25 anos da ratificação, pelo Brasil, dos principais tratados internacionais sobre direitos humanos, a audiência de custódia ainda não é uma realidade integral e efetiva no cotidiano da justiça criminal brasileira. Nesse *difícil caminho* que a audiência custódia trilha no país, Lopes Jr. e Morais da Rosa bem apontam que a defesa do *status quo* é o tom daqueles que tem resistido à implantação universal da garantia, que se recusam a enfrentar o breve esforço de modificar padrões a bem de novas, necessárias e obrigatórias rotinas. “A ideia de manter as coisas como estão (bem ou mal) é demasiadamente humana. O imobilismo de sempre fazer o mesmo acaba tomando o lugar do cumprimento da lei”.<sup>353</sup> E nesse *esforço hercúleo em não fazer* o Judiciário brasileiro tem fechado os olhos para todas as normas de direito internacional, ignorando as regras da Convenção de Viena sobre

---

<sup>352</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>353</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 19.

Direito dos Tratados, também ratificada pelo Brasil, chegando ao cúmulo de se firmar, nas cortes estaduais, jurisprudência que rechaça a obrigatoriedade da audiência de custódia invocando o procedimento (anacrônico) do Código de Processo Penal de 41.<sup>354</sup>

Vale salientar que atos processuais *assemelhados* que por ventura restem contemplados no ordenamento pátrio, evidentemente, não satisfazem os requisitos da garantia prevista no art. 7.5 da CADH, não cabendo qualquer comparação ou tentativa de equivalência entre esses e a audiência de custódia. São os casos da apresentação do preso em flagrante ao juiz eleitoral, prevista no art. 236, § 2º, do Código Eleitoral<sup>355</sup>; do menor apreendido em flagrante, nos artigos 171, 174 e 175 do ECA; ou do preso por força de prisão temporária, conforme art. 2º, § 3º, da Lei nº 7.960/89. Em que pese a apresentação prevista no Código Eleitoral e no art. 171 do ECA se aproximem mais de uma forma de audiência de custódia, por representarem um efetivo controle judicial da legalidade da prisão<sup>356</sup>, não se pode esquecer que são garantias que tem seu âmbito de proteção extremamente restrito; uma, afeta apenas em caso de ilícitos cometidos por menores, e outra, no esteiro período compreendido entre os 05 dias anteriores e as 48 horas posteriores às eleições. De outro lado, a apresentação de que tratam os artigos 174 e 175 do ECA não se compara à garantia do art. 7.5 da CADH uma vez que a autoridade competente para a presidência do ato é o promotor de justiça, sendo certo, como já visto, que tal autoridade não dispõe dos poderes jurisdicionais necessários para garantir a liberdade e a integridade (art. 8.1 CADH) do menor ali apreendido; bem como, a facultatividade da apresentação ao juiz cabível no contexto da prisão temporária não corresponde à obrigatoriedade da audiência de custódia. Destarte, não há, no âmbito legislativo infraconstitucional, regulamentação específica da audiência de custódia tal qual assegurada no plano convencional.

Não que tal disciplina legal fosse necessária. Como visto, a incorporação da CADH e do PIDCP, por força dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, por si só já confere aplicabilidade imediata à audiência de custódia. Contudo, conforme lembra Paiva, a regulamentação interna do instituto é conveniente por dois motivos: *i*) dar definição objetiva às expressões abertas do art. 7.5 (observada a jurisprudência da Corte IDH) e *ii*) responder a

---

<sup>354</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>355</sup> Art. 239, § 2º, L. 4.737/65. 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.

<sup>356</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

(anti)cultura, social e jurídica que vige no Brasil em não dar cumprimento aos tratados internacionais de direitos humanos.<sup>357</sup>

É nesse cenário que, pontual e eventualmente o Legislativo ensaiou algumas proposições de regulamentar na ordem interna a audiência de custódia, nenhuma delas ainda definitivamente aprovadas, o que resultou numa tentativa de resposta, também pontual, embora inegavelmente mais efetiva, por parte do Judiciário, por via de regulamentação administrativa, conforme adiante analisado.

#### 4.4.1 Projetos Legislativos e Precedentes Normativos

No âmbito da atividade legislativa iniciamos, apenas a título de informação, pelas propostas que receberam menor relevância política, quais sejam, o PL nº 7.871/2014 e o PL nº 470/2015. O PL 7.871/2014, de autoria do Deputado Federal Jorginho de Mello, se limitava a propor a apresentação do preso em 24 horas, sem dar qualquer regulamentação complementar ao ato, nos moldes do PLS 554/2011, que analisar-se-á a seguir em detalhes, sendo que esse projeto oriundo do Senado, justamente por ser originalmente muito *econômico* na regulamentação da audiência de custódia, sofreu diversas alterações no decorrer de sua tramitação. Assim, o PL 7.871/2014, da Câmara, não recebeu maior atenção política, por representar um retrocesso nas discussões já avançadas no PLS 554/2011. De outro lado, o PL 470/2015, de autoria do Deputado Federal Laerte Bessa, tinha evidentes objetivos de defesa da pauta de classe dos delegados de polícia, profissão de origem do parlamentar, por tentar equiparar a autoridade policial à autoridade judicial prevista nos textos convencionais, além de conceber a audiência de custódia como facultativa, ambas proposições, como já visto, absolutamente contrárias aos entendimentos já firmado no âmbito da Corte IDH.<sup>358</sup>

No Senado se destacam os PLS 156/2009 e 554/2011, sendo que o PLS 156/2009 trata do projeto do novo Código de Processo Penal, sendo oriundo das deliberações da comissão de juristas formada pelo então Presidente do Senado, José Sarney, para redigir o texto do anteprojeto. O texto aprovado no Senado, que atualmente tramita na Casa revisora como PL

---

<sup>357</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>358</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

8.045/2010, na verdade não trata de inserir a audiência de custódia na codificação ordinária do processo penal. O mais próximo disso que se extrai do projeto é a discreta referência, no capítulo destinado ao juiz das garantias – art. 14, inciso III – a possibilidade dessa (nova) autoridade judicial determinar que o preso lhe seja apresentado<sup>359</sup>. O projeto de novo código de processo penal representa um grande avanço com a inserção do juiz das garantias, contudo, de outro lado, não evoluiu em nada na regulamentação da garantia prevista no art. 7.5 da CADH, inclusive mantendo a sistemática cartorial do procedimento de análise do auto de prisão em flagrante atualmente vigente no CPP de 41.<sup>360</sup>

Por fim, antes de se falar do PLS 554/2011 e nas regulamentações administrativas promovidas pelo CNJ, cabe referir ainda no âmbito das proposições legislativas as Propostas de Emenda à Constituição nº 112/2011 e 89/2015. Ambas as PEC's, que não tiveram continuado seu trânsito no processo legislativo, propunham a simples inserção do direito de apresentação do preso ao juiz, sem conferir à garantia qualquer regulamentação; com os destaques de que, na PEC 112/2011 o prazo para a apresentação seria de 48 horas, ou seja, dando regulamentação à expressão *sem demora* de forma menos protetiva que a atual sistemática vigente; e para a PEC 89/2015, que representa uma tentativa de inserir no sistema de justiça criminal brasileiro a obsoleta figura do *juiz de instrução*, que seria, ainda, exercida pelo delegado de polícia, que ficaria, então, alçado à categoria de integrante do Judiciário.<sup>361</sup> Agora o fato de que ambas as PEC's configurariam retrocessos na regulamentação da audiência de custódia, o fato de não preverem qualquer regulamentação procedimental para o ato torna as propostas absolutamente desnecessárias, face a natureza materialmente constitucional que a garantia prevista em tratados internacionais sobre direitos humanos já tem assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF. Embora a técnica de projetar expressamente no texto constitucional a obrigatoriedade de apresentação, sem demora, do preso à autoridade judicial potencialize a importância da audiência de custódia, a relevância da regulamentação interna da garantia, conforme defendida

---

<sup>359</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 8.045, de 2010**. Código de Processo Penal. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>360</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>361</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

por Caio Paiva<sup>362</sup>, somente se efetiva se essa regulamentação doméstica do art. 7.5 da CADH der definição às questões que ensejam debates na doutrina e jurisprudência, como o conteúdo das expressões abertas e a dinâmica procedimental do ato processual.

Essa regulamentação é justamente o que o PLS 554/2011 prevê, embora não imune às críticas. A regulamentação do procedimento a ser adotado na audiência de custódia é o grande diferencial do PLS 554/2011, sendo, por isso, a mais relevante proposição legislativa na matéria. Atualmente o projeto tramita como PL 6.620/2016, na Câmara dos Deputados, apensado ao PL 8.045/2010, projeto do Novo Código de Processo Penal, sendo tendência que passe, assim, finalmente, a inserir a audiência de custódia no futuro NCPP.

Tendo sido concebido originalmente não como parte do projeto de NCPP, o texto do PLS 554/2011 propõe alterações na redação dos artigos 304 e 306 do atual CPP, incluindo, nesse último, parágrafos onde regulamentam a audiência de custódia. É no novo parágrafo 4º do art. 306 que aparece a previsão de apresentação do preso ao juiz no prazo de 24 horas da lavratura do auto de prisão em flagrante, para os fins de exercer o controle judicial da detenção e verificar se estão sendo respeitados os direitos fundamentais da pessoa presa.<sup>363</sup>

O parágrafo 5º por sua vez assegura o atendimento reservado com advogado ou defensor público, previamente à apresentação do preso ao juiz.<sup>364</sup>

No parágrafo 6º o projeto disciplina a dinâmica procedimental da audiência de custódia, que dar-se-ia da seguinte forma: primeiro *i*) faria uso da palavra o Ministério Público, para requerer, se entender necessário, a prisão preventiva ou outras medidas cautelares alternativas à prisão; em seguida *ii*) tomando, o juiz, as declarações do preso, que pode ainda ser questionado pelo MP e pela defesa (§ 8º), sempre exclusivamente sobre a legalidade e a necessidade da prisão e a respeito da ocorrência de tortura ou maus-tratos (§ 7º); prosseguindo *iii*) com a

---

<sup>362</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>363</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>364</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

manifestação da defesa técnica; e, ao final, *iv*) a decisão do juiz, nos termos do art. 310 do CPP.<sup>365</sup>

O projeto atenta ainda para o risco de indevida antecipação da instrução criminal, vendando, no parágrafo 7º, a utilização da oitiva do preso como meio de prova, que deverá ainda ser registra em autos apartados dos da persecução propriamente dita.<sup>366</sup>

Nos parágrafos 10 e 12 o projeto excepciona o prazo de 24 horas para a apresentação do preso. O parágrafo 10 autoriza que a apresentação do preso se dê em até 72 horas em decorrência de dificuldades operacionais da autoridade policial, devidamente justificadas em decisão fundamentada proferida pelo juiz competente. Já o parágrafo 12 traz ainda maior distanciamento do prazo ordinário de 24 horas, prevendo a apresentação do preso em até 05 dias, mediante acordo entre a autoridade policial e o juiz competente quando se tratar de situação que envolva organização criminosa.<sup>367</sup>

Por fim, o parágrafo 11 trata da possibilidade de realização da audiência de custódia por vídeo conferência ou outro recurso tecnológico equivalente, mediante decisão fundamentada do juiz competente justificando a impossibilidade de apresentação pessoal do preso. Nesse caso a audiência deve se realizar no prazo de 72 horas.<sup>368</sup>

É indiscutível o avanço que o PLS 554/2011 representa ao propor efetiva regulamentação da audiência custódia no âmbito da normatividade interna ordinária, definindo as expressões abertas, como *sem demora* e limitando a autoridade competente para o ato apenas

---

<sup>365</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>366</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>367</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

<sup>368</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

ao juiz, solvendo tais discussões. Bem como ao estabelecer um procedimento específico para a realização do ato processual e regulamentando outras questões periféricas, mas de grande relevância prática. Nesse ponto vai muito bem o projeto ao assegurar expressamente o direito ao contato prévio e reservado do preso com a defesa técnica (§ 5º); o efetivo contraditório, com participação do MP e da Defesa (§ 6º); e a vedação ao uso da entrevista com o preso como meio de prova no processo acusatório futuro (§ 7º).

De outra banda, ver-se-á com muita preocupação as possibilidades de prorrogação do prazo para apresentação do preso para mais do que as 24 horas originalmente previstas no parágrafo 4º e além, ultrapassando inclusive o prazo de dois dias da prisão, limite reconhecido pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a possibilidade de o juiz prorrogar porá até 72 horas a apresentação do custodiado em razão de *dificuldades operacionais da autoridade policial* (§ 10) abre as portas para que a exceção se torne a regra, na medida em que a falta de estrutura e condições operacionais das polícias e do sistema de justiça criminal brasileiro como um todo é sistêmica, sendo a *desculpa* historicamente invocada para justificar o descumprimento de direitos fundamentais há muito previstos no ordenamento.

Mais desarrazoado ainda nos parece a possibilidade de prorrogação da apresentação do preso à autoridade judicial por injustificáveis 05 dias quando se tratar de situação relativa a organizações criminosas. Aqui a proposta de texto legal não exige qualquer justificativa de ordem operacional, estrutural ou situação de força maior ao caso fortuito que impossibilite de se assegurar o direito de apresentação do preso *sem demora* ao juiz. A única *justificativa* para o descumprimento do direito fundamental é a relação da prisão em flagrante com atividades de organização criminosa. A primeira coisa que se deve perguntar é em que a suposta relação com organização criminosa em si mesma somente, sem arguição de qualquer outra circunstância concreta que prejudique a logística de apresentação do preso, demanda a prorrogação da audiência de custódia por 05 exagerados dias? Ora, há que se lembrar que se está a tratar de um flagrante e, portanto, ainda de uma hipótese inculpatória, a ser tencionada e debatida no curso do devido processo legal, antes do que ao preso lhe é devido o *dever de tratamento* igual ao de qualquer outro imputado, independente do delito ou do contexto, abstratamente considerados, sob pena de desrespeito à presunção de inocência, conforme já exaustivamente examinado neste trabalho. A segunda questão que inspira atenção é o questionamento de *para que* se faz necessária a custódia do preso em flagrante no contexto de organização criminosa por 05 dias, ficando ele à disposição da autoridade policial, sem a sua apresentação ao juiz *sem demora*?

Aqui nos parece impossível não relacionar esse permissivo legal com a já aqui também examinada herança inquisitória da prisão temporária, no sentido de se deter o *corpo do herege* à disposição da *conveniência* do *inquisidor*, para que dele *disponha* para a *descoberta da verdade*, livre do *molesto* controle judicial de proteção de seus direitos fundamentais. Evidente que o parágrafo 12 da proposta legislativa abre uma perigosa porta aos maus-tratos e à tortura policial, mazelas que a audiência de custódia justamente também vem para combater.

Por fim, a expressa autorização para realização da audiência de custódia por videoconferência, quando fundamentadamente o juiz justifica a impossibilidade de apresentação pessoal do preso (§ 11), da mesma forma que ocorre no parágrafo 10, representa um enorme risco de tornar a exceção em regra, visto que a retórica argumentativa sobre a falta de estrutura e recurso, sempre ajustável à *fundamentação* das decisões judiciais, sabidamente é o que vem servindo historicamente de *desculpa oficial* para, sem maior pudor, se normalizar o desrespeito aos direitos fundamentais. Sem olvidar ainda que a simples possibilidade de realização da audiência de custódia por vídeo conferência fere de morte o caráter antropológico da garantia, descumprindo totalmente a literalidade do texto convencional, visto que, nessa modalidade de audiência, não há *condução* do preso, tampouco a sua oitiva que se dá na *presença* do juiz, conforme também já antes pontuado nesta pesquisa.

Todavia, inobstante os já avançados debates travados no âmbito do processo legislativo, o (não muito efetivo) esforço até aqui feito pelo Congresso Nacional ainda não foi capaz de transformar em lei nenhum dos projetos apresentados nas duas Casas. Essa *mora* legislativa abriu caminho para que a efetivação da audiência de custódia no processo penal brasileiro viesse por meio da ação de outro Poder da República, o Judiciário.

Em 2015 o Conselho Nacional de Justiça, sob a presidência do Min. Ricardo Lewandowski, deu início ao *Projeto Audiência de Custódia*. A iniciativa que busca combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil reuniu o CNJ, o Ministério da Justiça o Instituto de Defesa do Direito de Defesa no intuito de difundir a audiência de custódia em todo o país. O projeto teve início a partir de sua pioneira implementação em São Paulo, a partir do convênio firmado entre o CNJ e o Tribunal de Justiça de São Paulo em 24/02/2015, tendo sido editado o Provimento Conjunto nº 03/2015, que figura como o primeiro instrumento normativo a regulamentar a audiência de custódia. A expansão do projeto seguiu rapidamente, tendo

alcançado todas as unidades da Federação em 14/10/2015, com a instituição do projeto no Distrito Federal.<sup>369</sup>

Esse projeto-piloto implementado no TJSP marcou a posição do CNJ no sentido de a instituição estar determinada a fazer da audiência de custódia, num curto ou médio espaço de tempo, uma realidade na rotina processual penal brasileira. Como projeto-piloto, o modelo adotado pela experiência em São Paulo visava observar os problemas decorrentes da implantação do *novel* ato processual no âmbito local, corrigi-los e aprimorar o projeto, com vistas à sua paulatina expansão. Nesse passo, no decorrer do ano de 2015, especialmente após o julgamento do STF pela improcedência da ADI 5.240, ajuizada em face do modelo de regulamentação da audiência de custódia por ato administrativo, o que consolidou o modelo do projeto capitaneado pelo CNJ, até os mais reticentes tribunais estaduais acabaram por aderir ao projeto.<sup>370</sup>

Uma vez atingida e consolidada a meta de implantação do projeto em todo o país ou, ao menos em todas as capitais, e já sendo visíveis os problemas decorrentes da ausência de uniformidade entre as diversas regulamentações locais, mostrou-se necessária a unificação normativa da regulamentação da audiência de custódia.

#### 4.4.2 Resolução nº 213/2015 do CNJ

A unificação da regulamentação administrativa do procedimento a ser adotado na audiência de custódia veio em 15 de dezembro de 2015, com a edição da Resolução nº 213 pelo Conselho Nacional de Justiça. A norma unificadora veio após a validação constitucional da sistemática regulamentadora do Projeto Audiência de Custódia, por atos administrativos, bem como da relevância e imprescindibilidade da implementação da garantia nas práticas processuais penais brasileiras. Isso é o que se verifica da leitura do extenso *considerando* a Resolução 213/2015, ao fazer referência aos julgamentos da ADI 5240 e da ADPF 347, bem

---

<sup>369</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Brasília, [2018?]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>370</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

como aos artigos 9.3 do PIDCP e 7.5 da CADH, ao caráter excepcional da prisão provisória e, ainda, a relatórios sobre a tortura.<sup>371</sup>

No artigo 1º e seus parágrafos a resolução dá a definição de audiência de custódia. O dispositivo regulamentador determina que toda pessoa presa em flagrante seja apresentada à autoridade judicial competente em até 24 horas da comunicação da prisão em flagrante e ouvida sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão. Aqui cabe uma breve análise da interpretação que o CNJ deu às características expressas nas fórmulas abertas dos textos convencionais

Com efeito, no que tange a expressão *sem demora*, o CNJ adotou o prazo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante ao juiz. Parte da doutrina considera indevida discricionariedade a adoção do prazo de 24 horas, posicionando-se no sentido de que as regulamentações administrativas, tanto dos TJs quanto do CNJ deveria optar por repetir a fórmula aberta dos tratados ou prazo menos exíguos.<sup>372</sup> Contudo, pensamos não proceder tal crítica, haja vista que o prazo de 24 horas já estar inserido na rotina processual penal brasileira, já contando com a familiaridade dos operadores do direito, inclusive já tendo sido nesse sentido a sinalização dos principais projetos de lei sobre o tema. Ademais, de pouca validade teria uma regulamentação que se limitasse a repetir o texto original da CADH, justamente naquilo que demanda a regulamentação. Inobstante isso, o parágrafo 5º do art. 1º ainda prevê a possibilidade de o CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editar normas complementares que, excepcionalmente, prazos maiores para a realização da apresentação, o que entende-se salutar precaução num necessário processo de adaptação da implementação do novo ato processual nas rotinas e logísticas locais, controlável pela regulamentação oficial, ressaltando que sempre deve ser observado, ainda que nesse caráter de exceção, o prazo máximo de até dois dias da prisão, aceito pela jurisprudência da Corte IDH para que seja efetivamente assegurada a garantia à liberdade e a integridade do preso.

Der outro lado, temos de concordar com a crítica de Andrade e Alflen quanto à inovação trazida no art. 1º c/c § 1º, da Resolução 213/2015, do CNJ, ao fixar o termo inicial desse prazo de 24 horas para apresentação do preso na comunicação da prisão em flagrante ao juiz e, ainda,

---

<sup>371</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_213\\_15122015\\_12012016161831.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>372</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

definindo tal ato como sendo o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao Judiciário.<sup>373</sup> Como já visto antes, quando se trata da definição da expressão *sem demora* na jurisprudência da Corte IDH, há que se reconhecer a distinção entre os momentos da prisão em flagrante, propriamente dita, ou captura; da *comunicação* dessa prisão ao juiz, que deve ser imediata; e da *remessa* do auto de prisão em flagrante ao Judiciário para controle de legalidade e necessidade da manutenção da custódia (art. 310 do CPP), que deve se dar em até 24 horas da prisão, captura. Ora, como visto, a compreensão da distinção desses atos e a correta definição de qual deles deve figurar como termo inicial do prazo para apresentação do preso ao juiz é fundamental para que seja respeitada a jurisprudência da Corte IDH no que se refere ao lapso temporal aceito como sendo compatível com a efetiva proteção da liberdade e da integridade do preso. Nesse passo, como visto anteriormente, o prazo de 24 horas deve ser contado da *comunicação* da prisão em flagrante, e não da *remessa* ou *encaminhamento* do APF ao juiz, que não se confundem. Problema que demanda reparo via controle de convencionalidade do ato normativo editado pelo CNJ para adequá-lo à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Quanto à definição da *autoridade judicial* o art. 1º, § 2º, da Resolução não deixa dúvidas de que como tal somente pode ser considerado o juiz competente, incluindo aí o plantonista, de acordo com as leis de organização judiciária locais e atos normativos dos tribunais, não abrindo qualquer margem para discussão acerca da incompetência por qualquer outra autoridade pública.

No que se refere ao elemento *apresentação*, a resolução é clara ao determinar a condução do preso à presença do juiz, não autorizando, embora também não vede expressamente, a realização de audiência por vídeo conferência. Contudo, ainda que não vede expressamente a vídeo conferência, as disposições contidas no § 4º, do artigo 1º, e no artigo 3º, expressam que a regulamentação prima pela *apresentação pessoal* do preso, pelo caráter antropológico e humanitário da garantia convencional. Isso porque, especialmente o referido parágrafo 4º, determina que, na impossibilidade de o preso ser apresentado ao juiz no prazo de 24 horas, deverá esse, o juiz – juntamente com os demais atores processuais envolvidos, obviamente – se deslocar ao local em que se encontre o preso, para realização da audiência de

---

<sup>373</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

custódia. E mais. Se se mostrar inviável o deslocamento, o dispositivo ainda assim não fala em autorizar a vídeo conferência, senão que em se assegurar a realização da audiência de custódia imediatamente após cessado o motivo da impossibilidade de realização no prazo ordinário. É claro que dependendo do tempo que se faça necessário para o reestabelecimento das condições de saúde ou de apresentação do preso se fará necessário exercer o controle judicial da prisão de alguma outra forma antes da realização da audiência de custódia, assegurando-se o exercício da ampla defesa e do contraditório como seria na situação de normalidade de realização da solenidade.

O artigo 4º e seu parágrafo único tratam de assegurar a presença do Ministério Público e da defesa técnica na audiência de custódia, bem como a ausência dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou investigação durante a audiência de custódia. Medidas importante na consolidação do caráter acusatório e de espaço de contraditório da solenidade; e também da finalidade de proteção da integridade do preso contra maus-tratos e tortura, eventualmente praticadas no âmbito policial.

Os artigos 5º e 6º versam da garantia do direito à ampla defesa na audiência de custódia, prevendo a obrigatoriedade de intimação do advogado constituído pelo preso, ou, na ausência de defensor constituído, assegurando a representação pela Defensoria Pública; bem como o direito à comunicar-se com seu defensor de forma reservada previamente à audiência, em local apropriado, sem a presença de agentes policiais, assegurada a confidencialidade do atendimento.

No artigo 8º a resolução trata do procedimento a ser adotado na audiência de custódia. Nos dez incisos do *caput* a resolução disciplina as atribuições do juiz na entrevista da pessoa presa, como: o dever de esclarecer ao custodiado a natureza e finalidade da audiência de custódia (inciso I); assegura o cumprimento da Súmula Vinculante nº 11<sup>374</sup> (inciso II); cientificar e assegurar-se de que foram respeitados os direitos do imputado, inclusive em relação ao tratamento a ele dispensado durante sua custódia (incisos III, IV e VI); verificar a realização de exame de corpo de delito e determinar sua realização ou complementação quando necessário (inciso VII); indagar o preso sobre as circunstância de sua prisão e abster-se de formular

---

<sup>374</sup> Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

perguntas tendentes a constituir prova para a investigação ou para a ação penal (incisos V e VIII); e averiguar a ocorrência de hipóteses de gravidez, existência de dependentes sob os cuidados da pessoa presa ou de doenças graves, para fins de análise da adequação de concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, e encaminhamento assistencial. Com efeito, o CNJ buscou efetivamente fazer da audiência de custódia um ato com potencialidade de humanizar o processo penal, aproximando o juiz da realidade da pessoa sob custódia que lhe é apresentada.<sup>375</sup>

Ato contínuo, o parágrafo 1º do artigo 8º, ainda na entrevista com o preso, prevê que o juiz deve passar a palavra ao Ministério Público e à defesa, que poderão fazer perguntas compatíveis com a natureza do ato, indeferindo aquelas que eventualmente forem relativas ao mérito dos fatos que possam eventualmente constituir imputação. Finda a entrevista, o MP e a defesa poderão se manifestar para: requerer o relaxamento da prisão ilegal; a concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares; a decretação de prisão preventiva; e a adoção de outras medidas necessárias à preservação dos direitos do preso. Aqui se perfectibiliza o necessário exercício do contraditório sobre a prisão, há tempos advogado pela doutrina, em audiência, respeitado o sistema acusatório e sob a égide da oralidade.<sup>376</sup>

Cabe referir ainda que essa dinâmica prevista na Resolução 213/2015, do CNJ, difere da proposta no PLS 554/2011, que coloca a manifestação do MP antes da entrevista com o conduzido. Pensa-se que a formatação apresentada pelo CNJ é a que melhor atende à finalidade do ato, visto que assim melhor poderá o MP subsidiar seu requerimento, seja pela prisão preventiva ou pelo relaxamento da prisão ou concessão de liberdade provisória, tendo por base, além dos termos do APF encaminhado, as informações colhidas da entrevista prévia com o preso.

Em seguida deve o juiz proferir a decisão sobre a liberdade ou a manutenção da prisão do custodiado, considerando-se, para isso, os pedidos formulados pelas partes (§ 3º). Importante salientar que a decisão deve ser proferida em audiência, sem que seja determinada conclusão dos autos para posterior decisão,<sup>377</sup> sendo isso que se extrai na redação do parágrafo 3º ao referir

---

<sup>375</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>376</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>377</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

que a ata da audiência conterà a *deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão ou ao cabimento de liberdade provisória*.

A resolução ainda atenta para a regulamentação de algumas providencias importantes, como o arquivamento da mídia em que registrada a oitiva do preso, dispensada a formalização de termo das declarações (art. 8º, § 2º) e a consignação em ata, *resumidamente*, apenas da *deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão ou ao cabimento de liberdade provisória, como também das providências em caso de constatação de indícios de tortura e maus tratos* (art. 8º, §3º), sendo apenas esse termo de audiência de custódia apensado ao inquérito ou à ação penal (art. 12). Cautelas necessárias a evitar a utilização das declarações do preso em audiência de custódia como prova na fase de instrução em eventual ação penal futura, haja vista que por (muitas) vezes poderá ocorrer de o custodiado tecer declarações acerca do mérito dos fatos objetos da imputação, seja por não compreensão perfeita da específica finalidade do ato, seja porque pode interessar a sua defesa que esclareça questões de fato relevantes a demonstrar a inexistência de *fumus comissi delicti*, que necessariamente deverá ser enfrentado pelo juiz ao decidir sobre a manutenção ou não da prisão provisória. Salienta-se aqui ainda que parece indispensável que sobrevenha regulamentação complementar a disciplinar a proibição ou, ao menos, rigorosa restrição, do desarquivamento da mídia de que trata o parágrafo 2º no curso da investigação ou instrução criminal, sob pena de se facilitar sua utilização como meio de prova pré-constituída.

A resolução ainda trata do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), que consiste num sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, destinado a facilitar a coleta de dados produzidos nas audiências realizadas (art. 7º). Regulamenta a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão (arts. 9º e 10), prevendo hipóteses de cabimento e reavaliações periódicas. E disciplina as providências a serem tomadas quando a pessoa presa declarar ou a autoridade judicial entender presentes indícios de que foi vítima de tortura ou maus tratos (art. 11).

Por fim, merece nota as disposições dos art. 13 e 15 da Resolução 213/2015 do CNJ, que tratam, respectivamente, de assegurar o direito à apresentação pessoal, em 24 horas, ao juiz competente, também para aquelas pessoas presas em decorrência do cumprimento de mandado judicial, ou seja, fora das situações de flagrante delito; e da implementação integral da audiência de custódia em todo o território nacional no prazo de 90 dias da vigência do ato normativo. Ambas as disposições tratam da universalização do direito à audiência de custódia

no Brasil nos termos e na amplitude prevista nos textos internacionais, especialmente na CADH, que não restringe a garantia apenas ao preso em flagrante, mas assegura à toda pessoa presa.

Andou muito bem o CNJ ao incluir esses dois artigos no texto da resolução, dando concretude normativa a essas aspirações. Um grande passo, mas que não está sendo ainda suficiente para superar o *hercúleo esforço em não fazer*, a latente *má vontade* política das instituições jurídicas brasileiras que marca o *difícil caminho da audiência* de custódia no país. Isso porque o quadro real da audiência de custódia no Brasil é de um acintoso desrespeito à Resolução 213/2015 e às decisões proferidas pela Suprema Corte nacional, adiante examinadas, quando verifica-se que, passados mais de dois anos do prazo estabelecido, as audiências de custódias seguem sendo realizadas, salvo situações pontuais em uma ou outra comarca do interior, apenas em situações de prisão em flagrante ocorridas nas capitais dos estados e do Distrito Federal.

#### 4.4.3 Jurisprudência do STF

Em meio a esse complexo e polêmico processo de implementação da audiência de custódia no Brasil, como não poderia deixar de ser, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a intervir no debate político, institucional e jurídico que se formou em torno do tema. E assim o fez ao menos em duas oportunidades em que endossou a constitucionalidade da audiência de custódia e do modelo de regulamentação promovido pelo CNJ.

A primeira dessas oportunidades foi quando o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240/SP, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), que pedia, em suma, a declaração de inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP, que regulamentou o projeto-piloto do CNJ para implantação da audiência de custódia no estado. A ADEPOL arguiu que o ato normativo impugnado extrapolava a competência regulamentar do Tribunal de Justiça, invadindo a competência do Poder Legislativo Federal, visto que audiência de custódia, sendo prevista em um tratado internacional recebido na ordem interna com natureza *supralegal*, somente poderia ser

regulamentado por lei. Assim, o ato impugnado estaria inovando da ordem jurídica e não apenas regulamentando.<sup>378</sup>

Em 20 agosto de 2015 o Plenário do Supremo julgou a ADI 5240/SP, por maioria, não conhecendo de parte do pedido e, na parte conhecida, negando procedência, nos termos do voto do relator, o Ministro Luiz Fux. Em sua fundamentação o relator retoma à origem e o rito do *habeas corpus*, para concluir que a garantia convencional à audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a autoridade judicial de primeiro grau. Desse modo, o ato normativo impugnado em nada inovara na ordem jurídica, apenas regulamentando de forma sistemática o procedimento de *habeas corpus* perante o juízo de primeiro grau, que se inicia com a apresentação do preso ao juiz, conforme previsto no CPP. Desse modo, o Provimento Conjunto nº 03/2015, do TJSP, regulamentou matéria em relação à lei federal ou, no máximo, em relação à tratado internacional recebido com *status de supralegalidade*, o que, segundo o entendimento firmado naquele julgado, não abre possibilidade para o controle concentrado de constitucionalidade; razão pela qual a ADI não foi conhecida na parte em que impugnava os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto nº 03/2015, do TJSP, que estritamente regulamentava o procedimento da audiência de custódia.<sup>379</sup>

Com essa decisão o STF afastou as contestações lançadas à forma de regulamentação da audiência de custódia por atos administrativos, o que conferiu segurança jurídica ao modelo e abriu caminho para que até o final de 2015 todos os tribunais estaduais tivessem aderido ao projeto do CNJ.

Num segundo momento o STF posicionou-se no sentido da imprescindibilidade da implementação da audiência de custódia como mecanismo de resposta ao caos instalado no sistema prisional brasileiro.

Trata-se do julgamento do pedido de medidas cautelares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e

---

<sup>378</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240 - SP**. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3880754&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>379</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240 - SP**. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3880754&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

Liberdade (PSOL), em que se pleiteia a declaração do *estado de coisas inconstitucionais* relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais. Forte em argumentação sobre a necessidade de adoção de medidas urgentes o PSOL pleiteou a concessão de liminar para que fossem implementadas diversas medidas cautelares tendentes a equacionar o problema relatado na ADPF. Nessa argumentação o autor faz referência ao uso abusivo das prisões provisórias como uma das causas que contribui para a superlotação do sistema prisional.<sup>380</sup>

No julgamento encerrado em 09/09/2015 o Plenário do Supremo, por maioria e nos termos do voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, deferiu quase todas as medidas cautelares postuladas pelo PSOL, dentre elas a de determinar aos juízes e tribunais, observando o art. 9.3 do PIDCP e o art. 7.5 da CADH, que passassem a realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.<sup>381</sup>

Importante salientar que o Supremo, ao definir o prazo de 24 horas para apresentação do preso ao juiz, o fez fixando o termo inicial no momento da prisão, o que entende ter sido mais acertado, em relação à jurisprudência da Corte IDH, que a disciplina da Resolução nº 213/2015, do CNJ, que estabeleceu como marco inicial das 24 horas a remessa do auto de prisão em flagrante para o Judiciário.

O certo que ao deferir a medida cautelar postulada na ADPF nº 347/DF, para determinar a realização de audiências de custódia por todos os juízes e tribunais do país em 90 dias, o STF ratificou, com a força de decisão judicial da mais alta corte, a iniciativa do Judiciário no sentido de fazer da audiência de custódia uma realidade na prática processual penal brasileira. Inobstante isso, em afrontoso desrespeito à decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, os tribunais estaduais têm resistido a dar pleno cumprimento à medida cautelar deferida, mantendo a histórica postura de *má vontade institucional* com a audiência de custódia.

---

<sup>380</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 - DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>381</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 - DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

É nesse contexto de superar essa resistência à humanização do processo penal brasileiro que se justifica ainda a necessidade de trabalhos como este, de defesa da obrigatoriedade e relevância da implementação integral da audiência de custódia na praxe forense brasileira.

## 5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E PRISÕES CAUTELARES: UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA

Pois bem, até aqui observou-se o problema da restrição da liberdade no curso do processo, a teoria das prisões cautelares e, pormenorizadamente, o instituto da audiência de custódia. Este capítulo tem o objetivo de examinar a interação deste último objeto de estudo, a audiência de custódia, com a teoria das prisões cautelares e o impacto disso na solução ou amenização do problema do abuso das prisões processuais no Brasil.

Para isso escolher-se-á o método empírico de análise de dados concretos obtidos a partir de relatórios de pesquisa oficiais, institucionais e acadêmicas a seguir examinados. Os resultados obtidos nas referidas pesquisas são de natureza quantitativas e qualitativa, resultantes tanto de procedimentos estatísticos quanto de observações de campo, o que permitirá vislumbrar um panorama dos impactos da implementação da audiência de custódia nas prisões cautelares, e de seus motivos, nesses mais de dois anos de implementação do instituto processual penal nas principais comarcas do Brasil.

Com efeito, umas das principais fontes de dados é o relatório analítico propositivo produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2018. A pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com coordenação do prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, buscou analisar as modificações implementadas no âmbito Poder Judiciário para a implementação das audiências de custódia, bem como a percepção dos operadores jurídicos envolvidos com o projeto. O estudo se realizou em seis estados, sendo: Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo; mais especificamente em suas capitais, onde se encontram em funcionamento as audiências de custódia<sup>382</sup>.

Outra relevante pesquisa foi o estudo publicado em 2017 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), que traça um panorama nacional sobre o primeiro ano de implementação da audiência de custódia. O instituto buscou replicar o estudo que realizou sobre o tema primeiro na cidade de São Paulo através da formação de parcerias com pesquisadores e grupos de pesquisa independentes que atuaram de forma voluntária em outros estados da Federação na coleta dos dados a partir da metodologia previamente estabelecida pelo IDDD;

---

<sup>382</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

bem como recebeu dados de colaboradores não vinculados à metodologia que compuseram o relatório final, apresentando um panorama que abarca 12 unidades federativas: São Paulo, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Maranhão e Rondônia.<sup>383</sup>

Evidentemente que outro relatório fundamental para o presente estudo é o periodicamente realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, sendo o mais atualizado até a conclusão dessa dissertação o Infopen publicado em 2017, com dados do sistema carcerário brasileiro atualizado até junho de 2016.<sup>384</sup>

Além dos referidos relatórios, dados complementares foram extraídos de outras pesquisas acadêmicas que também realizaram estudos empíricos, como os trabalhos de Laís Boás Figueiredo Küller e Maria Gorete Marques de Jesus, que lançaram importantes olhares de campo sobre os impactos e as interações relacionadas à audiência de custódia, ambos trabalhos realizados na cidade de São Paulo.

Por fim, o presente capítulo também se compõe de dados pelo autor coletados em pesquisa de campo realizada no projeto Audiência de Custódia implementado na comarca de Porto Alegre. Trata-se de amostra colhida através da observação direta de audiências de custódia que, em Porto Alegre, se realizam em uma sala na Cadeia Pública de Porto Alegre (antigo Presídio Central de Porto Alegre). Fala-se em amostra devido aos números quantitativos apregoados, que formam o total de 25 audiências de custódia observadas no período de maio, junho e outubro de 2016; nas quais, inobstante se tratar números reduzidos, foi possível encontrar padrões. Essa pesquisa de campo incluía dados de formulários fechados de pesquisa, onde se registraram parâmetros relevantes da pessoa apresentada, do caso penal e da decisão proferida em audiência, em um modelo quantitativo dos resultados acumulados; contudo, ante a possibilidade de acesso a dados oficiais mais robustos, como os disponibilizados pelo relatório do CNJ, optou-se, ao final, por limitar a utilização da pesquisa ora mencionada apenas no que

---

<sup>383</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>384</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

se refere às percepções e considerações relevantes de nota e registradas pelo pesquisador a partir na observação direta das solenidades.

Destarte, cabe ainda pontuar que o trabalho que a seguir se fará com os dados apresentados pelas fontes acima citadas terá um viés de abrangência nacional ou regional, em geral, quando manejados dados estatísticos. De outro lado, quando trabalhados dados concretos relativos às observações de campo ou entrevistas com operadores jurídicos, esses serão de abrangência local, limitados aos resultados obtidos nas comarcas de São Paulo e Porto Alegre, haja vista o relativamente reduzido espaço e tempo disponíveis, próprias da presente espécie de pesquisa, para uma abordagem mais totalizante.

A eleição dessas duas cidades para a presente pesquisa levou em consideração alguns aspectos considerados relevantes e convenientes ao estudo proposto. Quanto à comarca de São Paulo, evidentemente por se tratar da capital brasileira que pioneiramente implantou o projeto Audiência de Custódia, do CNJ, contando com mais tempo de funcionamento das apresentações do que qualquer outra cidade, além de ser a capital do estado que concentra a maior população carcerária do país, tendo ela mesma, como o maior centro urbano da América Latina, um intenso fluxo de prisões em flagrante, desponta com um necessário objeto de análise da presente pesquisa.

Porto Alegre, por sua vez, também figura como um indispensável observatório para coleta de dados empíricos, haja vista a facilidade espacial de acesso ao objeto de pesquisa, uma vez que a presente pesquisa se desenvolveu no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, sediado em Porto Alegre; bem como porque o programa Audiência de Custódia implantado na capital gaúcha traz em si uma singularidade no que diz respeito a altíssima taxa de manutenção das prisões em comparação com a média nacional apurada pelo CNJ. Uma característica resultante do singular procedimento adotado pelos magistrados do Serviço de Plantão do Foro Central de Porto Alegre no exame dos APF e na apresentação da pessoa custódia que chama a atenção e, considera-se, demanda um exame mais acurado.

Por fim, uma consideração que parece conveniente reiterar antes do exame das pesquisas acima referidas é no sentido de que todos os dados empíricos delas extraídos se referem sempre às prisões em flagrante, uma vez que, como já visto, as determinações convencionais, da Resolução 213/2015 do CNJ e mesmo dos julgados do STF seguem sendo apenas parcialmente cumpridas em solo brasileiro. Isso porque, na prática, apenas têm sido apresentadas em

audiência de custódia as pessoas presas em flagrante delito, permanecendo alijadas desta garantia fundamental todas as demais pessoas privadas da liberdade por outras hipóteses jurídicas de prisão.

### 5.1 Estado de Coisas do Sistema Prisional Brasileiro

Um primeiro olhar sobre a situação concreta do abuso das prisões cautelares no Brasil necessariamente remete a examinar o sistema prisional brasileiro. Nesse tema, não é novidade que a situação é de absoluta falência estrutural, tendo o próprio Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do estado de coisas dos cárceres brasileiros<sup>385</sup>.

Os dados do último Infopen, atualizados até junho de 2016, retratam esse duro cenário. Com efeito, o relatório do Departamento Penitenciário Nacional da conta de o Brasil alcançou, em junho de 2016, a negativamente impressionante cifra de 726.712 presos. O grau da conhecida calamidade em que se encontra o país se verifica quando se tem o tamanho dessa população prisional literalmente amontoada em apenas 368.049 vagas no sistema, um déficit de 97,4% de vagas.

Tabela 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016<sup>386</sup>

Brasil - Junho de 2016	
<b>População prisional</b>	<b>726.712</b>
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
<b>Vagas</b>	<b>368.049</b>
<b>Déficit de vagas</b>	<b>358.663</b>
<b>Taxa de ocupação</b>	<b>197,4%</b>
<b>Taxa de aprisionamento</b>	<b>352,6</b>

<sup>385</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito Fundamental nº 347 - DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>386</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 7.

Ainda conforme a tabela acima, a taxa de aprisionamento brasileira, que corresponde ao número de presos para cada grupo de 100 mil habitantes, é de 352,6. Dados do Geopresídios, banco de dados mantido pelo CNJ e alimentado mensalmente pelos juízes(as) das Varas de Execução Criminal de todo o país, com base em inspeções nas unidades prisionais sob suas jurisdições, tais como penitenciárias, cadeias públicas, delegacias, hospitais de custódia, entre outras, com alguma divergência quanto aos números do DEPEN, calculam a população prisional brasileira em 683.987 presos.<sup>387</sup>

Com base nesses números o *World Prison Brief*, que é um banco de dados sobre os sistemas prisionais de todo o mundo, vinculado ao *Institute for Criminal Policy Research*, da *Birkbeck University of London*<sup>388</sup>, coloca o Brasil na terceira posição mundial em termos de população carcerária total.<sup>389</sup>

Tabela 2 – População prisional total no mundo<sup>390</sup>

Ranking	Title	Prison Population Total
1	United States of America	2 121 600
2	China	1 649 804
3	Brazil	682 901
4	Russian Federation	595 728
5	India	419 623

Em termos de taxa de aprisionamento, o Brasil está na 27ª posição mundial, a frente apenas dos Estados Unidos, com 655 presos para cada 100 mil habitantes, e da Rússia, com 411 presos para cada 100 mil habitantes, dentre os cinco países com maior população carcerária

<sup>387</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais: Geopresídios é uma Radiografia do Sistema Prisional.** Brasília, DF [2018?]. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>388</sup> WORLD PRISON BRIEF. **About the World Prison Brief.** London, [201-?]. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/about-us>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

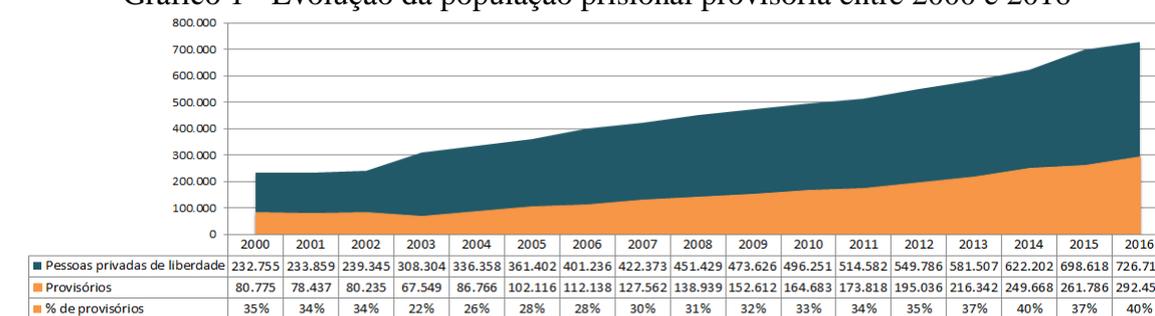
<sup>389</sup> O WPF considera, em seu ranking, dados enviados pelo CNJ até maio de 2018. (WORLD PRISON BRIEF. **Brazil.** London, [2018]. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 23 ago. 2018.)

<sup>390</sup> WORLD PRISON BRIEF. **Highest to lowest - prison population total.** London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

total<sup>391</sup>. Isso quer dizer que cai por terra o discurso da corrente de céticos que tenta amenizar o caos do insustentável superencarceramento brasileiro alegando que o país figura *bem* (ou *mal*, para os que dizem ainda que, com base nessa taxa de aprisionamento, *se prende é pouco*) nesse *ranking*, vez que o Brasil é a quinta maior população mundial, de modo que a população prisional seria proporcional a população total do país; e que, por isso, não haveria nada de extraordinário na situação brasileira. Contudo, a variação da taxa de encarceramento do Brasil é a única entre os países com maior população prisional em números totais que manteve um alarmante crescimento de 33% entre os anos de 2008 e 2014, sendo que os outros países com maior população carcerária apresentam taxas de drástica redução de aprisionamento.<sup>392</sup> Tal compreensão demonstra que o tamanho da população prisional não é um simples reflexo em escala da população total do país, senão que um reflexo dos acertos e desacertos de sua política criminal, que no Brasil, sabe-se que é direcionada pelo conceito de emergência e de um direito penal simbólico.

Quanto a população prisional provisória, o DEPEN calcula que em junho de 2016 era de 292.450 pessoas, no percentual de 40% do total da população carcerária nacional. Chama a atenção que desde o começo da implantação das audiências de custódia até o encerramento do relatório Infopen, houve um crescimento de 3% da população de presos provisórios no país, entre 2015 e 2016, num total de 30.664 pessoal presas cautelarmente, cifra que corresponde a quase toda a população prisional do estado do Rio Grande do Sul em junho de 2016.

Gráfico 1 - Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016<sup>393</sup>



<sup>391</sup> WORLD PRISION BRIEF. **Highest to lowest - prison population rate**. London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>392</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 29.

<sup>393</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 14.

Os números mais atualizados do Geopresídios, do CNJ, contam 249.104 pessoas privadas da liberdade sem uma condenação transitada em julgado.<sup>394</sup>

Segundo o *World Prison Brief*, em termos de presos provisórios, o Brasil ocupa a 79ª posição, com 36,6% da população carcerária aguardando sentença, sendo superado, nesse quesito, apenas pela Índia, com 67,2% de presos sem condenação, entre os cinco países com maior população carcerária total. Os Estados Unidos figuram em 137º, com 21,6% de presos provisórios; a Rússia em 159º, com 17,6%. A China não disponibiliza dados oficiais nesse particular, mas o WPB estima que a população prisional provisória do país é de aproximadamente 200.000 detidos.<sup>395</sup>

Em relação aos dois estados em que se foca a presente análise de dados, os dados do DEPEN indicam que: o Rio Grande do Sul soma 12.777 presos sem condenação, que representam 37,7% da população carcerária do estado e São Paulo possui 75.862 presos provisórios, correspondente a 31,6% do total de presos do estado.<sup>396</sup>

Considerando que o déficit de vagas no Rio Grande do Sul é na ordem 12.226 vagas, temos que sozinha a população de provisórios do estado representa 104,5% da demanda de vagas no sistema prisional gaúcho. Em São Paulo o déficit é de 108.902, sendo que a população provisória corresponde a 69,6% da demanda de vagas do estado que detém, isolado, a maior população carcerária nacional.<sup>397</sup>

No Brasil inteiro, o déficit é de 359.058 vagas. De modo que a população de presos provisórios significa uma demanda de vagas de 81,4% desse déficit estrutural.<sup>398</sup> Esse constante aumento da opção pelo encarceramento não foi acompanhado pela garantia das condições carcerárias, contribuindo para o descontrole da violência, disseminação de doenças e

---

<sup>394</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais: Geopresídios é uma Radiografia do Sistema Prisional.** Brasília, DF [2018?]. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 23 ago. 2018

<sup>395</sup> WORLD PRISON BRIEF. **Highest to lowest - pre-trial detainees / remand prisoners.** London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

<sup>396</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – junho de 2016.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

<sup>397</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – junho de 2016.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

<sup>398</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – junho de 2016.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

crescimento das facções criminosas dentro dos estabelecimentos penais<sup>399</sup>, sendo inegável o impacto do uso abusivo das prisões cautelares no atual estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; é urgente a adoção de práticas efetivas na redução do encarceramento provisório como medida a reduzir a superlotação dos estabelecimentos prisionais do país.

## 5.2 Um Panorama da Implantação da Audiência de Custódia

É nesse contexto que (finalmente) surgiu, em 2015, no cenário processual penal brasileiro a audiência de custódia, a partir da iniciativa política do CNJ, conforme visto no capítulo anterior. O instituto processual que tem como uma de suas precípuas finalidades o controle judicial da legalidade das prisões, mormente no intuito de evitar e sanar prisões ilegais ou arbitrárias, figura com um latente potencial de ser uma das medidas efetivas possíveis de reduzir o problema que o uso exacerbado da restrição da liberdade no curso do processo causa no já combalido sistema prisional brasileiro.

Contudo, aqui força-se a fazer novamente a ressalva de que, até o momento da conclusão deste trabalho, o instituto que já foi regulamentado como de realização obrigatória em todo o território nacional, tanto nos casos de prisões provisórias originadas de flagrante delito quanto nas decorrentes de mandado judicial, seja preventiva ou temporária, nas comarcas em que efetivamente implantado, apenas vem sendo assegurado nos casos de prisão em flagrante.

Essa ressalva quanto à limitação da garantia no Brasil se justifica tanto para fins de pontuar a delimitação que impõe aos dados a seguir analisados, quanto para compreensão do papel que a audiência de custódia tem num sistema de justiça criminal pautado por um estado penal de emergência e nos reflexos da dinâmica própria desse estado nos resultados ao final percebidos em termos de excesso de prisões provisórias, conforme premissas examinadas no capítulo inicial deste trabalho.

É que se, como já visto, num estado penal de emergência a Justiça adota práticas policiais, tendencialmente inquisitoriais e persecutórias, deturpando o papel da jurisdição imparcial esperada em um estado democrático de direito, é fundamental compreender o papel

---

<sup>399</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

exercido pelas próprias polícias nesse cenário e as relações de interdependência entre Justiça e polícia, nas quais a primeira funciona como uma instância de ratificação e de legitimação de uma verdade produzida pela segunda.

Nesse sentido, percebe-se que o sistema de justiça criminal no Brasil se estrutura de uma forma muito singular. Apesar de todo o aparato judicial, processual e investigatório previsto em lei (juízes, promotores, defensores, polícia judiciária, polícia técnica etc), o protagonismo do sistema é exercido pela atuação das polícias militares, que compete o policiamento ostensivo, realizando a vigilância cotidiana das ruas e realizando a filtragem de que tipos de crimes e de criminosos irão compor a clientela do sistema de justiça criminal. Em última análise, da forma como o sistema se estrutura e funciona atualmente, incumbe às polícias militares definir o conteúdo de ordem pública e de distinguir, na origem, no fato, na rua, o que é considerado legal e o que é considerado ilegal.<sup>400</sup>

Soma-se a isso a histórica falta de estrutura das polícias civis para exercer uma efetiva e robusta atividade investigatória, acabando por se limitar a serem o receptáculo da atividade ostensiva das polícias militares, competindo à autoridade policial ratificar o trabalho do policial militar, lavrando o flagrante e, eventualmente, complementando com outras diligências secundárias o inquérito policial que, de regra, se instaura a partir do APF. A polícia judiciária, nessa estrutura funcional, se converte em *cartório* da polícia militar, num sistema que privilegia a forma escrita, burocrática e anacrônica do inquérito ao conteúdo produto da *investigação*.<sup>401</sup>

De outro lado, o Ministério Público e o próprio Judiciário renunciam aos seus papéis institucionais no controle social a partir do sistema de justiça criminal ao manterem essa delegação de protagonismo à atividade ostensiva policial, na ponta da relação. Isso se dá, como bem examinado por Maria Gorete Marques de Jesus, pela validação da verdade policial em seus dois momentos de entrada no universo do direito. Validação essa exercida a partir de um conjunto de *crenças* enraizadas nessas instituições jurídicas acerca da função policial como representantes de uma instituição de Estado; num saber policial, legítimo e habilidoso; na conduta do policial, que agiria sempre legitimamente para defender a sociedade; bem como na

---

<sup>400</sup> SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. **Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime**. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2015, pp. 119-141.

<sup>401</sup> SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. **Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime**. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2015, pp. 119-141.

descrença sobre a palavra dos imputados, presumidamente mentirosos. Quadro agravado ainda nas consolidadas ideias de uma pretensa relação entre criminalidade e fatores socioeconômicos e na verdadeira *crença* na prisão como uma solução, visível, para o objetivo da proteção da sociedade em face do crime.<sup>402</sup>

Esse modelo que privilegia a prisão em flagrante e valida uma verdade produzida pela polícia ostensiva, uma narrativa tendencialmente acusatória – visto que o policial que servirá de testemunha do APF naturalmente buscará legitimar sua atuação – favorece a conversão da custódia em prisão cautelar, haja vista a ausência de participação efetiva do imputado ou de oportunidade de exercício do contraditório por sua defesa técnica. O resultado óbvio é uma excessiva conversão de prisões em flagrante em preventiva.

Em 2011 a edição da Lei nº 12.403/11 veio romper com o sistema binário até então vigente, que só admitia que o réu respondesse ao processo preso, com total privação da liberdade, ou em liberdade (provisória ou plena). A nova legislação inaugurava então o modelo pautado na *poliformologia cautelar*, trazendo na nova redação do art. 319 do CPP um *rol* de medidas alternativas à prisão. A modificação legislativa tinha como finalidade amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, trazendo as novas medidas cautelares à disponibilidade dos juízes criminais, priorizando seu caráter alternativo à prisão. Isso significa dizer que as medidas alternativas ao cárcere não poderiam ser utilizadas na ausência dos requisitos para as prisões cautelares, senão quando, na presença desses, fosse possível, por critérios de proporcionalidade, alcançar a tutela da situação processual com outras medidas menos onerosas à liberdade do imputado. Se tratam, portanto, de medidas substitutivas da prisão provisória, e não expansivas do poder de controle penal do Estado.<sup>403</sup>

Contudo, a inovação legislativa não surtiu os efeitos almejados, na medida em que, conforme os dados analisados do DEPEN, a tendências de crescimento da população de presos provisórios não refreou após a edição da Lei das Cautelares, tendo aumentado de 34% em 2011 para 40% em 2016, indicando ainda que receio da doutrina especializada se confirmou, num uso demasiado de medidas cautelares alternativas à prisão, conforme aponta o IDDD<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. f. 275. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

<sup>403</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>404</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia**: panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. Disponível em:

A audiência de custódia surge nesse cenário em 2015, com um novo potencial de liberdade, trazendo para a decisão judicial mais do que alternativas à prisão, mas uma possibilidade efetiva de intervenção das partes na formação do convencimento do juízo, uma possibilidade de debate sobre a necessidade e adequação da medida extrema ou da proporcionalidade de sua substituição; um espaço para o direito de defesa e de contraditório.

Contudo, os primeiros dados concretos de um panorama da implantação do novo instituto processual, como o relatório Justiça Pesquisa produzido pelo CNJ, dá conta de que, em todos os estados pesquisados houve aumento nas prisões cautelares, sendo que em São Paulo foi de 29,2% para 32% e no Rio Grande do Sul de 34,5% para 38%. Destarte, considerando a contínua elevação da população carcerária na última década, que compreende a entrada em vigor da Lei das Cautelares e, em especial, mais recentemente entre os anos de 2015 e 2016, que coincidem com o começo da implantação da audiência de custódia no Brasil, resta em xeque a efetividade dessas medidas no objetivo de reduzir o número de prisões cautelares no país.<sup>405</sup>

Os dados do Geopresídios, do CNJ, indicam que mais recentemente o quadro pode estar tendo uma bem-vinda melhora, com a redução do percentual de presos provisórios em ambos os estados, sendo que o Rio Grande do Sul figura com 35,94% e São Paulo com 27,39% de pessoas presas sem condenação.

Os dados disponibilizados pelo CNJ sobre o projeto Audiência de Custódia consolidam informações acerca da implantação do instituto no Brasil e, individualmente, em cada um dos 27 estados brasileiros. Acerca dos dados nacionais temos:

**Total no Brasil até junho/17:**

Total de audiências de custódia realizadas: **258.485**

Casos que resultaram em liberdade: **115.497 (44,68%)**

Casos que resultaram em prisão preventiva: **142.988 (55,32%)**

---

<[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>405</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: **12.665 (4,90%)**

Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: **27.669 (10,70%)** (grifo do autor) <sup>406</sup>

De outro lado, os dados mais detalhados constantes do relatório *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares*, consolida dados de seis estados da Federação. Contudo, por ser a pesquisa oficial que projeta o panorama mais abrangente nesse nível de aprofundamento, e com um rigorismo metodológico mais seguro, poder trata-lo como uma confiável amostra do cenário nacional acerca do projeto de implantação da audiência de custódia.

Desse modo, a pesquisa que seguiu os mesmos padrões metodológicos em todos os estados investigados, coletou dados em formulários preenchidos mediante a presença dos pesquisadores nas salas de audiência. Apesar de ser possível uma quantificação, a amostra obedece a critérios qualitativos, com a utilidade para confirmar/demonstrar tendências observadas e hipóteses de trabalho que podem ser corroboradas ou não em futuras pesquisas.<sup>407</sup>

Na relação audiência de custódia e raça, observou-se que 65,2% das pessoas apresentadas foram identificadas como sendo negras e 32,7% como brancas. O restante, em muito menor frequência, se dividiu entre indígenas, amarelos e não identificados.

Tabela 3 - Pessoas detidas apresentadas à audiência de custódia segundo cor/raça

COR/RAÇA	FREQ	%
BRANCA	312	32,7%
NEGRA	623	65,2%

<sup>406</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos / Mapa de Implantação:** audiência de custódia. Brasília: CNJ, [2018]. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>407</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>408</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 56. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

INDÍGENA	4	0,4%
AMARELO	2	0,2%
NI	14	1,5%
<b>TOTAL</b>	<b>955</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Outro dado relevante é referente à idade, sendo que 51% dos custodiados apresentados tinham até 25 anos, sendo que 25% desses eram menores de 20 anos.<sup>409</sup> A conjugação desses dados obtidos a partir da observação direta das audiências de custódia corrobora a já há muito denunciada maior vulnerabilidade dos jovens negros à prisão. Considerando que nesse universo de observação todas as prisões se deram pelo flagrante, resultado do protagonismo da atividade ostensiva dos policiais militares, que essa agência estatal de segurança, no seu papel *delegado* de filtrar o tipo de criminoso que será alvo da persecução criminal segue reforçando as práticas que fazem da juventude negra a clientela preferencial do sistema de justiça criminal. O que, como se verá adiante, terá relevante intersecção com a ainda prevalência das decisões optantes pelo encarceramento.

Mostrou-se comum o juiz perguntar ao detido sobre local e condição de residência, sendo que 72,3% responderam possuir residência fixa, e 7,7% se declararam em situação de rua. Contudo, em 20% dos casos essa circunstância não foi esclarecida.<sup>410</sup>

Quanto a antecedentes criminais, apurou-se que 51,1% dos custodiados apresentados ostentavam antecedentes, e um expressivo número de 39,1% não registravam passagens anteriores pelo sistema de justiça criminal. Em 9,9% dos casos não restou esclarecida tal circunstância.

<sup>409</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>410</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Tabela 4 - Pessoas detidas apresentadas à audiência de custódia segundo antecedentes criminais<sup>411</sup>

<b>PRESO TINHA ANTECEDENTES</b>	<b>FREQ</b>	<b>%</b>
SIM	488	51,1%
NÃO	373	39,1%
NI	94	9,8%
<b>TOTAL</b>	<b>955</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Quanto à capitulação da imputação feita em face dos custodiados, verificou-se uma alargada prevalência de crimes contra o patrimônio, sendo na ordem de 48,9%, com majoritária ocorrência de roubo, 22,1%, e de furto, 14%. Aos delitos contra o patrimônio se seguiram os de drogas, com ocorrência de 16,9% de imputações por tráfico. Homicídios tentados e consumados somaram 3% das apresentações, delitos de lesões corporais, 1,8%, e violência doméstica 7,8%.

Tabela 5 - Crimes de que são acusadas as pessoas detidas apresentadas às audiências de custódia<sup>412</sup>

<b>CRIMES</b>	<b>FREQ</b>	<b>%</b>
ROUBO	235	22,1%
FURTO	149	14,0%
TRÁFICO	180	16,9%
LESÃO CORPORAL	19	1,8%
LATROCÍNIO	2	0,2%
HOMICÍDIO TENTADO	23	2,2%
HOMICÍDIO CONSUMADO	8	0,8%

<sup>411</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 60. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>412</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 61. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	83	7,8%
ESTELIONATO	17	1,6%
RECEPTAÇÃO	117	11,0%
OUTROS	229	21,6%
<b>TOTAL</b>	<b>1062</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Nota: a cada pessoa pode ser imputado mais de um crime, por isso o total (1062) é superior ao número de presos (955). A unidade de análise desta tabela é o crime imputado.

Os delitos cometidos mediante violência presumida ou exercida somaram 34,8% do total de apresentações. De outro lado, os delitos em que não há o exercício de violência em suas elementares típicas, somaram 43,6% das prisões em flagrante, sendo ainda que tal característica prevaleceu na categoria *outras*, que agrupou capitulações de menor expressividade quantitativa, somando a incidência de 21,6%. Esses números tornam evidente a necessidade da realização das audiências de custódia para melhor e efetivo controle judicial sobre a legalidade, necessidade e adequação das prisões provisórias, uma vez que em torno ou mais da metade das prisões em flagrante efetuadas no Brasil e que resultaram em apresentação em audiência de custódia se originaram de imputações por delitos não violentos, demonstrando que a liberdade segue sendo exceção, e a prisão, por crimes patrimoniais e de drogas, a regra nas práticas policiais.<sup>413</sup>

A pesquisa ainda levantou a distribuição das decisões proferidas em audiências de custódia segundo o tipo de imputação que ensejou a apresentação. Nesse contexto, dois delitos que somaram menor frequência ostentam as maiores taxas de conversão da prisão em preventiva, sendo o latrocínio, na ordem de 100%, e o homicídio tentado, com 87,1%. O delito de roubo, que teve a frequência mais recorrente de apresentações de flagrados, também se destaca como um dos que mais teve como resposta a conversão da detenção em prisão preventiva, alcançando 86,8%. O homicídio consumado figura com taxa de conversão em prisão em flagrante inferior ao roubo, com 75%. Em seguida, os flagrantes pelo crime de tráfico ensejaram 57,2% de conversão em prisão provisória.

<sup>413</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Tabela 6 - Distribuição das decisões das audiências de custódia segundo o tipo de crime, em porcentagem<sup>414</sup>

TIPO DE CRIME	DECISÃO									TOTAL GERAL
	CONVERSÃO EM PREVENTIVA	RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	IP SEM CAUTELAR	IP COM CAUTELAR	IP E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E DECRETAÇÃO DE PREVENTIVA	RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	IP COM CAUTELAR E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	NI	
<b>ROUBO</b>	86,8%	0,9%	0,9%	10,6%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,8%	100%
<b>FURTO</b>	30,2%	3,4%	2,7%	52,3%	2,7%	0,0%	0,0%	8,7%	0,0%	100%
<b>TRÁFICO</b>	57,2%	7,8%	1,1%	31,1%	1,1%	0,0%	1,1%	0,6%	0,0%	100%
<b>LESÃO CORPORAL</b>	26,3%	10,5%	0,0%	63,2%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
<b>LATROCÍNIO</b>	100,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
<b>HOMICÍDIO TENTADO</b>	87,1%	4,3%	0,0%	4,3%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	4,3%	100%
<b>HOMICÍDIO CONSUMADO</b>	75,0%	0,0%	0,0%	25,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
<b>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA</b>	39,8%	2,4%	1,2%	53,0%	1,2%	0,0%	0,0%	2,4%	0,0%	100%
<b>ESTELIONATO</b>	5,9%	0,0%	0,0%	70,6%	0,0%	23,5%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
<b>RECEPTAÇÃO</b>	36,8%	7,7%	0,0%	53,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,9%	1,6%	100%
<b>OUTROS</b>	43,7%	3,9%	3,1%	47,2%	0,0%	1,3%	0,0%	0,4%	0,4%	100%

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Dessa tabela se extrai uma conhecida realidade que reflete, na audiência de custódia, o quadro que há muito se conhece do universo maior do sistema carcerário: o que realmente prende no Brasil são os crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas. As ocorrências de roubo e tráfico somam as maiores taxas de conversão em prisão preventiva, com 86,8% e 57,2%, respectivamente. Vale salientar que o latrocínio (que de qualquer forma integra o conceito amplo de roubo) e o homicídio tentado que figuram também com altas taxas de conversão da custódia em prisão provisória representam, juntos, menos de 3% do total de prisões em flagrante efetuadas no contexto global pesquisado.

<sup>414</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 70. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

As ocorrências que mais resultaram em relaxamento do flagrante foram as envolvendo os delitos de lesão corporal (10,5%), receptação (7,7%) e tráfico de drogas (7,8%).<sup>415</sup> Nesse sentido, o tráfico figura como um aparente paradoxo. Ao mesmo tempo em que representa uma das espécies de ocorrências onde mais os juízes vislumbram ilegalidades na prisão (relaxamento), é também a segunda menor onde os magistrados (em não havendo ilegalidade) consideram não haver arbitrariedade na privação da liberdade, ou, de forma mais clara, onde menos se reconhece a desproporcionalidade da *extrema ratio*.

Os juízes demonstraram maior tendência em conceder a liberdade provisória em audiência de custódia para acusações de receptação (36,8%) e furto (30,2%).<sup>416</sup>

A relação entre as decisões tomadas e a categorização em crimes violentos e não violentos revelou que para 65,1% dos crimes violentos tiveram a audiência de custódia resultou em conversão da prisão em preventiva. O que chama atenção é o elevado número de manutenção da segregação cautelar também dentre os delitos não violentos, que foi na ordem de 40%.

Tabela 7 - Crimes violentos e não violentos segundo a decisão na audiência de custódia<sup>417</sup>

DECISÃO	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO CRIME VIOLENTO	
	SIM	NÃO
Relaxamento do flagrante	1,6%	6,5%
Conversão em Preventiva	65,1%	40,0%
LP sem cautelar	2,0%	1,6%
LP com cautelar	30,0%	45,6%
LP e encaminhamento à assistência	0,2%	1,4%

<sup>415</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>416</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>417</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 71. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

NI	0,7%	0,2%
Relaxamento e Conversão	0,0%	0,9%
Relaxamento e encaminhamento à assistência	0,0%	0,4%
LP com cautelar e encaminhamento à assistência	0,4%	3,4%
<b>TOTAL</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Quanto a verificação de antecedentes criminais, a existência desses parece ser um fator importante para a tomada de decisão pela manutenção da prisão cautelar, sendo que 65,4% dos indiciados que apresentavam antecedentes tiveram a detenção convertida em preventiva. Para aqueles flagrados que não ostentaram antecedentes a maior parte das decisões foi pela concessão de liberdade provisória com cautelares (52,8%).

Tabela 8 - Antecedentes criminais do custodiado segundo decisão em audiência de custódia<sup>418</sup>

DECISÃO	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS ANTECEDENTES	
	SIM	NÃO
CONVERSÃO EM PREVENTIVA	65,4%	37,3%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	3,5%	4,3%
LP SEM CAUTELAR	1,4%	2,4%
LP COM CAUTELAR	26,0%	52,8%
LP E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,6%	0,5%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E DECRETAÇÃO DE PREVENTIVA	0,2%	0,8%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,2%	0,3%
LP COM CAUTELAR E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	2,0%	1,6%
NI	0,7%	0,0%
<b>TOTAL</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

<sup>418</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 72. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Quando o critério analisado foi a situação de residência do custodiado, não se verificou grande discrepância entre o tratamento dispensado para os presos que declararam ter residência fixa e os que se declararam em situação de rua. Com efeito, não se depreende um maior rigor do que o ordinário em face da população sem residência, tampouco um especial favorecimento aos com endereço fixo, não se refletindo, na audiência de custódia, a tendência discriminatória da atividade policial que torna a população de rua mais vulnerável à prisão em flagrante.<sup>419</sup>

A questão racial mostra ainda uma tendência de desigualdade no tratamento conferido a brancos e negros quando da tomada de decisões na audiência de custódia. No comparativo entre todas as hipóteses que representaram um gravame ao *status libertatis* dos custodiados, o rigor maior dos juízes recaiu sobre a população negra. Nesse sentido, brancos ficaram menos sujeitos à conversão da prisão em preventiva, 49,4%, contra 55,5% dos negros que restaram mantidos segregados cautelarmente. O relaxamento do flagrante também foi maior para brancos (4,5%) do que para negros (3,5%). Do mesmo modo a liberdade provisória (com ou sem cautelares) foi concedida mais a brancos (43,6%) do que a negros (36,8%).

Tabela 9 - Pessoas presas segundo cor/raça de acordo com a decisão da audiência de custódia<sup>420</sup>

DECISÃO	PERCENTUAL EM RELAÇÃO À COR/RAÇA	
	BRANCA	NEGRA
CONVERSÃO EM PREVENTIVA	49,4%	55,5%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	4,5%	3,5%
LP SEM CAUTELAR	2,6%	1,6%
LP COM CAUTELAR	41,0%	35,2%
LP E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,6%	0,8%

<sup>419</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>420</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 74. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E DECRETAÇÃO DE PREVENTIVA	1,0%	0,2%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,0%	0,3%
LP COM CAUTELAR E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,6%	2,4%
NI	0,3%	0,5%
<b>TOTAL</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Nesse aspecto parece relevante ainda pontuar que as entrevistas realizadas na pesquisa demonstraram ser considerado importante, para a finalidade da audiência de custódia, *ver a* pessoa detida, mas isso com base na *crença* de um *saber profissional* pelo qual os operadores da justiça criminal seriam capazes de *bater o olho* e reconhecer, na aparência e apresentação corporal do custodiado, informações relevantes para a decisão. Esse procedimento de reconhecimento, que é tratado no âmbito policial pela denominação de *tirocínio*, é apontado na literatura que trata do tema polícia e racismo como responsável por produzir a filtragem racial e reproduzir o tratamento desigual entre negros e brancos, e que parece refletir a mesma crítica também, em alguma medida, ainda que possivelmente de forma não consciente e deliberada, nas audiências de custódia.<sup>421</sup>

Quanto a garantia de direitos das pessoas detidas, esses previstos inclusive na Resolução 213/2015 de CNJ, verificou-se que em 81% das audiências realizadas a pessoa custodiada foi mantida sob o uso de algemas, mesmo diante de ausência de periculosidade e risco de fuga, ante o efetivo de segurança suficiente.<sup>422</sup>

Em 86,2% das audiências ainda se verificou a presença de polícias militares ou civis dentro das salas no momento da solenidade.<sup>423</sup>

<sup>421</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>422</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>423</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Quanto às explicações e orientações aos custodiados sobre a realização do ato processual, constatou-se que 26% deles não foram informados da finalidade da audiência de custódia e que 49,9% não foram cientificados do direito constitucional ao silêncio no momento da tomada das declarações. O teor das imputações que ensejaram as prisões foi explicitado para apenas 21,5% dos custodiados.<sup>424</sup>

Foi apontado ainda pelos pesquisadores que em muitos casos foi possível perceber dificuldade, pela pessoa presa, de compreender a linguagem jurídica utilizada pelos operadores do direito e falta de entendimento em relação ao que foi discutido na audiência e mesmo sobre seu resultado. Conjunto de dados que mostra uma não compreensão do papel humanizador do instituto na incorporação da pessoa detida como efetivo sujeito do processo e de direitos, e não como mero objeto da persecução.<sup>425</sup>

Ainda, em 59,6% dos casos não houve exploração do mérito das imputações pelos juízes, em atenção ao disposto na Resolução 213/2015 do CNJ. Contudo, em um total de 25,8% o total de apresentações o juiz que presidia o ato ao menos perguntou ao custodiado sobre o mérito das acusações.<sup>426</sup>

Quanto ao cenário nos dois estados investigados neste trabalho, em São Paulo as audiências de custódia, que ocorrem no Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães, localizado no bairro da Barra Funda, se dão apenas de segundas as sextas-feiras, a partir das 10 horas. Não são realizadas audiências de custódia aos finais de semana e feriados, sendo que os autos de prisão em flagrante lavrados nesses dias analisados pelos juízes em regime de plantão, de modo que as pessoas presas durante os finais de semana e feriados não são apresentadas em audiência de custódia.<sup>427</sup>

---

<sup>424</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>425</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

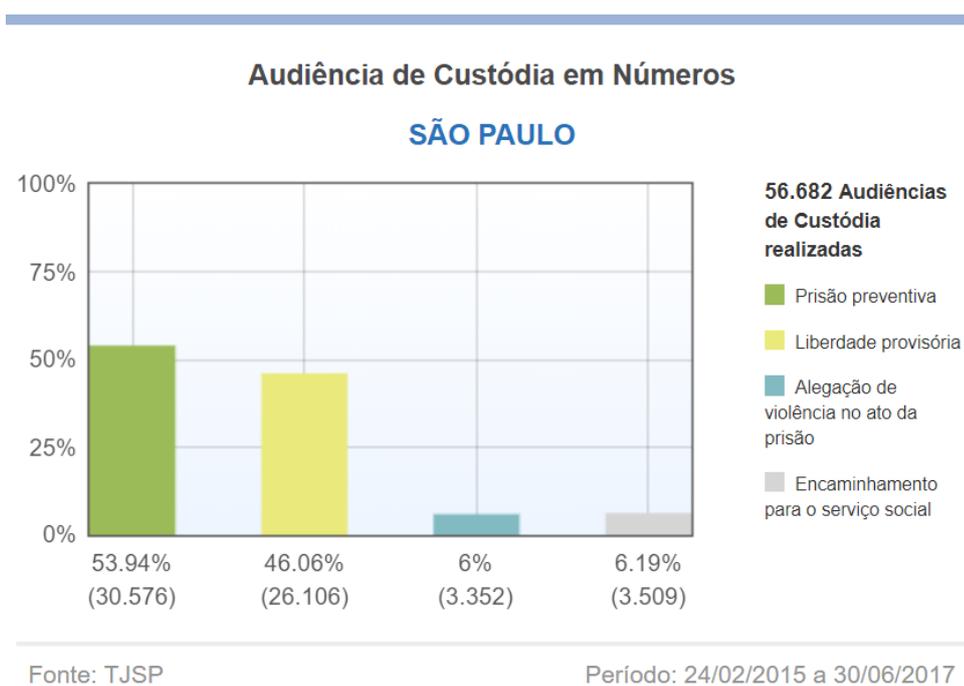
<sup>426</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>427</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível

São Paulo já contava com um departamento no foro criminal especializado na análise de inquéritos policiais, o DIPO – Departamento de Inquéritos Policiais – que tem em sua composição 12 juízes designados para a apreciação dos APF e pedidos de liberdade que eram ali centralizados e julgados antes de serem distribuídos às varas criminais. Com a implementação da audiência de custódia esses magistrados incorporaram a atribuição de presidir as solenidades, revezando com o serviço nos gabinetes. O Ministério Público e a Defensoria Pública também dispõem de agentes lotados no DIPO para o exercício das respectivas funções.<sup>428</sup>

Em São Paulo, o projeto já contabiliza 56.682 audiências de custódia realizadas e um percentual de 46,6% de liberdades concedidas.

Gráfico 2 – Audiência de custódia em números: São Paulo<sup>429</sup>



em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>428</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

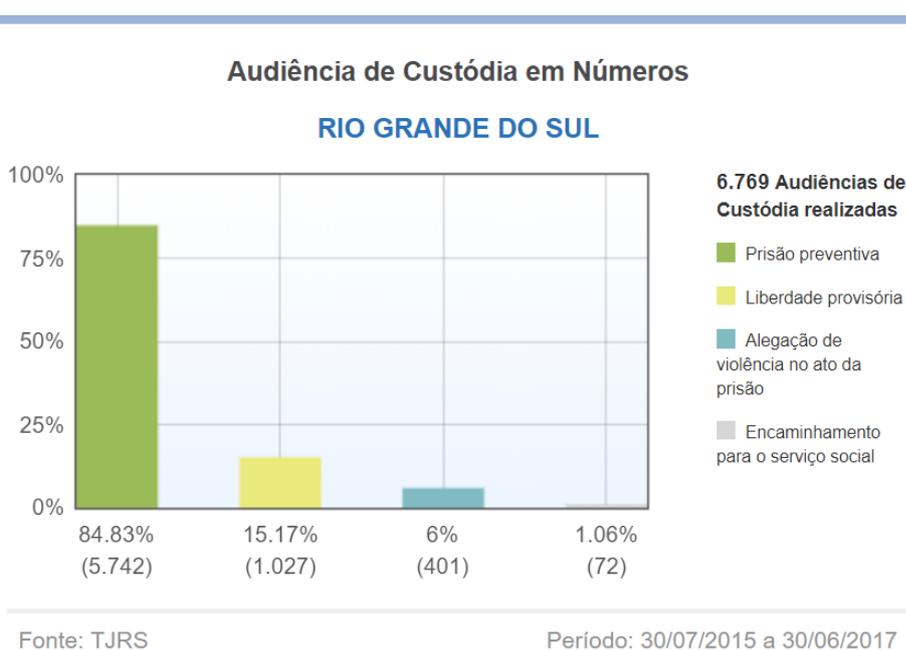
<sup>429</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos / Mapa de Implantação: audiência de custódia**. Brasília: CNJ, [2018]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Os dados indicam que São Paulo se encontra próximo à média nacional em termos de concessão de liberdade provisória e decretação de prisões preventivas, com uma variação de aproximadamente apenas 1% em cada indicador.

Em Porto Alegre as audiências de custódia ocorrem na Cadeia Pública de Porto Alegre (antigo Presídio Central), para os detidos do sexo masculino, e na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, para as flagradas do sexo feminino (a pesquisa do CNJ conseguiu acompanhar apenas as audiências na Cadeia Pública). As audiências ocorrem todos os dias da semana, a partir das 9h30min, e atuam nelas todos os juízes que atuam no plantão judiciário do foro de Porto Alegre, em forma de rodízio. Da mesma forma se dividem na atuação nas audiências de custódia os membros do Ministério Público da Promotoria de Justiça de Plantão e os Defensores Públicos.<sup>430</sup>

Na capital gaúcha já foram realizadas 6.769 audiências de custódia, com apenas 15,17% de concessão de liberdades.

Gráfico 3 – Audiência de custódia em números: Rio Grande do Sul<sup>431</sup>



<sup>430</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>431</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos / Mapa de Implantação: audiência de custódia.** Brasília: CNJ, [2018]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

O Rio Grande do Sul destoa como ponto fora da curva. Segundo o relatório do CNJ, o elevadíssimo, para a média nacional, índice de conversões da custódia em prisão preventiva se atribui ao fato de que, na Comarca de Porto Alegre, ocorre uma análise prévia do auto de prisão em flagrante pelo juiz do plantão judiciário, que antecede a audiência de custódia, reduzindo sensivelmente o número de casos encaminhados à pauta diária de apresentações.<sup>432</sup>

A alta manutenção de prisões em audiência de custódia não é único indicador em que a jurisdição criminal gaúcha demonstra inspirar maior atenção. O Rio Grande do Sul também é o estado que soma a maior quantidade de presos provisórios dentre os da região sul.<sup>433</sup> Isso aponta para que a simples adoção do singular procedimento prévio à audiência de custódia pode não ser a única justificativa para o excesso de prisões cautelares decretadas em audiência de custódia no estado, sendo um dado que demanda maior exame.

A peculiaridade nas audiências de custódia em Porto Alegre consiste no prévio encaminhamento dos autos de prisão em flagrantes à análise *em gabinete*, pelo Serviço de Plantão Judiciário, que, só após uma filtragem inicial, encaminha para as audiências de custódia apenas os flagrados que não receberam a liberdade provisória ou tiveram relaxado o flagrante nesse primeiro exame do APF.<sup>434</sup> Dados fornecidos pelo Serviço de Plantão do Foro Central de Porto Alegre noticiam que cerca de 1/3 dos flagrados na comarca, entre janeiro de 2016 e janeiro de 2017, receberam liberdade provisória antes de serem encaminhados à audiência de custódia.

---

<sup>432</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>433</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>434</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Tabela 10 - Dados do plantão do Fórum Central em Porto Alegre de janeiro de 2016 a janeiro de 2017<sup>435</sup>

ANO/MÊS	FLAGRADOS PLANTÃO	ALVARÁ OCONCEDIDOS NO PLANTÃO E FIANÇA	FLAGRADOS CONDUZIDOS P/ AUDIÊNCIA CUSTÓDIA	NÃO FORAM OUVIDOS	ALVARÁS CONCEDIDOS NAS AUDIÊNCIAS	FIANÇAS	VIOLÊNCIA POLICIAL OFÍCIOS EXPEDIDOS
JAN/2016 - 01 A 31	423		271	48	37	9	24
FEV/2016 - 01 A 29	547		336	78 *	17	5	20
MAR/2016 - 01 A 31	618		464	138	20	12	11
ABRIL/2016 - 01 A 30	515		357	103	23	02	32
MAIO/2016 - 01 A 31	506	155 ALVARÁ - 34 FIANÇA	317	69	29	04	04
JUN/2016 - 01 A 30	535	187 ALVARÁ - 37 FIANÇA	311	71	25	09	44
JUL/2016 - 01 A 31	517	157 ALVARÁ - 41 FIANÇA	319	111	28	10	33
AGO/2016 - 01 A 31	410	122 ALVARÁ - 23 FIANÇA	265	83	16	01	37
SET/2016 - 01 A 30	386	101 ALVARÁ - 19 FIANÇA	266	83	22	05	42
OUT/2016 - 01 A 31	460	127 ALVARÁ - 31 FIANÇA	302	102	24	06	29
NOV/2016 - 01 A 30	270	65 ALVARÁ - 13 FIANÇA	192	72	22	01	27
DEZ/2016 - 01 A 31	243	79 ALVARÁ - 15 FIANÇA	209	71	21	0	29
JAN/2017 - 01 A 31	355	99 ALVARÁ - 11 FIANÇA	245	82	28	03	20

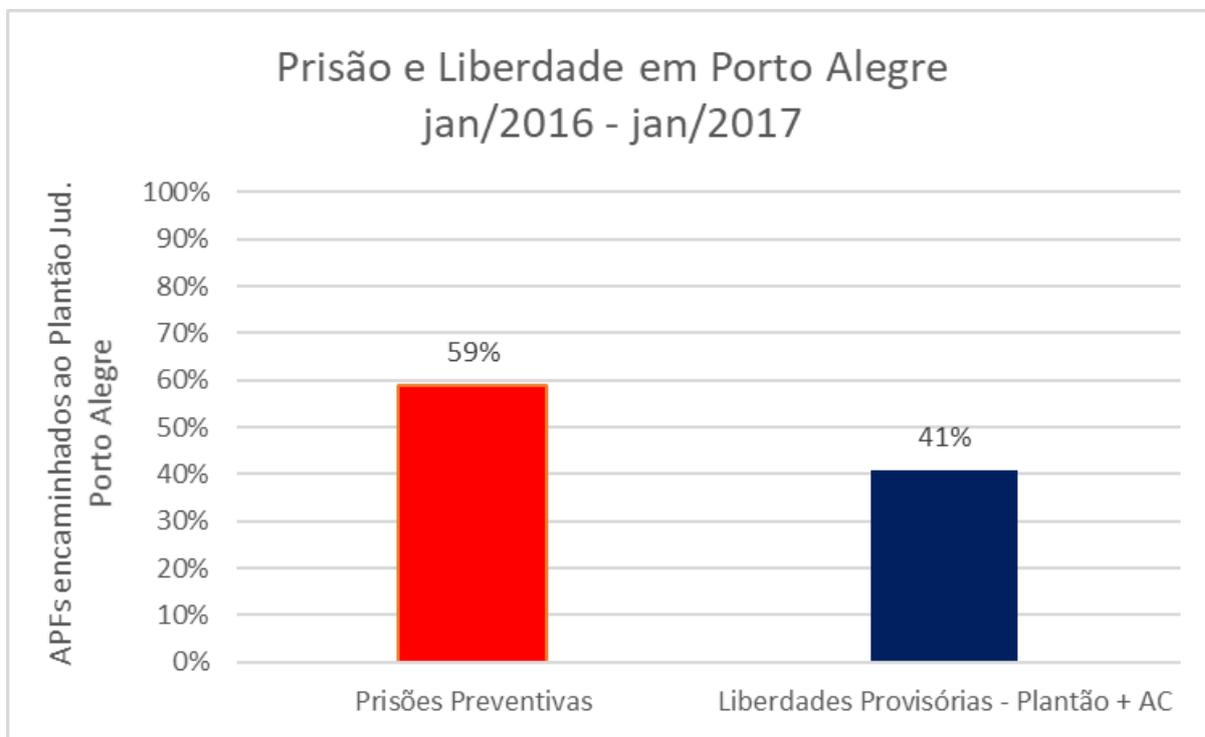
\* Hospitalizados, PEC ativo, não apresentados e outros.

Fonte: Plantão do Fórum Central de Porto Alegre.

Combinando os números de liberdades provisórias e fianças concedidas no *regime de plantão* com as deferidas em audiência de custódia, no período de janeiro de 2016 a janeiro de 2017, tem-se um gráfico mais aproximado do impacto total das audiências de custódia na relação prisão vs. liberdade no contexto do total de prisões em flagrantes ocorridas na capital gaúcha no citado período.

<sup>435</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 136. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Gráfico 4 – Prisão e liberdade em Porto Alegre: jan/2016 – jan/2017



Destarte, tem-se que em Porto Alegre, do universo integral de prisões em flagrantes ocorridas entre janeiro de 2016 e janeiro de 2017, foram convertidas e prisões preventivas 59%; e 41% tiveram concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, seja no regime de plantão ou em apresentação do flagrado em juízo. Um panorama consideravelmente mais animador que o refletido pelos dados restritos aos resultados diretamente obtidos em audiências de custódia, mas, ainda assim, sensivelmente abaixo da média nacional para concessão de liberdade provisória, que é de quase 45%.

### 5.3 Impacto da Audiência de Custódia no Problema das Prisões Provisórias

Vê-se, portanto, os dados empiricamente colhidos acerca dos primeiros resultados da implantação da audiência de custódia nas práticas processuais penais brasileiras, com o objetivo de verificar o impacto do *novo* instituto no problema do uso excessivo das prisões cautelares.

Pois bem, considerando objetivamente os números do Infopen acerca do crescimento da população prisional provisória no Brasil entre 2015 e 2016, ou mesmo os dados do

Geopresídios, do CNJ, que aparentemente demonstram alguma redução desse índice, ainda assim colocam o Brasil na incômoda e preocupante 2ª posição em termos de pessoas presas sem condenação transitada em julgado, dentre os cinco países com maior população carcerária total, atrás apenas da Índia, nesse quesito. Um panorama que aponta para a não realização, até aqui, do grande potencial racionalizador do uso das prisões provisórias que a audiência de custódia pode trazer à realidade processual penal pátria.

Inobstante isso, como visto, a relação entre a audiência de custódia e as prisões (cautelares) não se resume apenas à concessão da liberdade à pessoa presa, senão que importa em um feixe mais amplo e complexo de direitos e garantias fundamentais da pessoa detida. Nesse aspecto, nem tudo é desanimador no cenário.

Destarte, o presente tópico será reservado à uma análise crítica desses dados, a partir do cotejamento dos resultados acima expostos com as premissas teóricas antes trabalhadas e aquelas que agora vierem a ser contributivas; mas, principalmente, também a partir ainda dos resultados das pesquisas empíricas já citadas, no que se refere às percepções dos operadores jurídicos envolvidos no ato processual, extraídas de entrevistados com esses realizadas; bem como de observações *in loco*.

### 5.3.1 Algumas Evoluções: Um Passo no Caminho da Humanização do Processo Penal

A primeira grande inflexão que o começo da implantação da audiência de custódia representa em contexto nacional é o ajuste do processo penal brasileiro ao direito internacional dos direitos humanos, com os reflexos que isso importa nos desdobramentos que a garantia permite assegurar em termos de respeito à dignidade humana e presunção de inocência, enquanto norma de tratamento destinada a tutelar a pessoa submetida à persecução penal. Mesmo que tardio e ainda incompleto, não há como não admitir que o simples movimento político que o CNJ promoveu ao finalmente dar início às audiências de custódia representa um relevante passo na humanização da jurisdição criminal.<sup>436</sup>

Nesse sentido, a presença do imputado ante a autoridade em momento tão liminar da persecução penal traz para a prática forense uma série de novas perspectivas, variáveis e

---

<sup>436</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

condicionantes a serem observadas e melhor compreendidas para que se possibilite a concreta efetivação de todo o potencial progressista do instituto.

Uma primeira percepção evidente é que a presença do custodiado em audiência para o debate e decisão sobre seus *status libertatis* durante o vindouro processo penal significa a ruptura com o modelo asséptico do mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juízo. A superação da fronteira do papel se concretiza na mitigação do efeito *priming*, ou “o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso”<sup>437</sup>. Esse é o efeito que se opera no psicológico do julgador e que é responsável por, quando recebe a auto de prisão em flagrante, ou qualquer outra peça documental acusatória, construir mentalmente a imagem do imputado, ainda que nunca tenha tido contato direto com esse. Portanto, trata-se de um comportamento humano inconsciente, pelo qual se preenchem as lacunas sobre as informações que são apresentadas limitadamente em um auto de prisão em flagrante, por exemplo, com referenciais semelhantes que já foram apreendidas pela experiência anteriormente.

Todavia, de regra, tal efeito se mostra prejudicial ao cidadão acusado, na medida que a associação de significantes oriundos dos relatos de crimes que contêm as peças de imputação enseja a construção da imagem de um indivíduo que congrega em si os atributos do mal, perigoso, e nunca de um ser humano merecedor de ser posto em liberdade provisória ou, no máximo, submetido às cautelares diversas do art. 319 do CPP<sup>438</sup>.

O contato direto, que preenche as lacunas que advém dos frios e burocráticos autos de prisão em flagrante, denúncias e/ou representações pela prisão, resgata o caráter antropológico do próprio rito judicial. A presença física dos imputados em frente ao juiz contrasta com a assepsia dos documentos pelos quais tramitam os processos penais, onde se decide sobre a liberdade (e sobre a vida) de cidadãos sob custódia em flagrante.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. já asseverou sobre como a ausência do acusado no ritual judicial contribui para a desumanização do processo penal. A distância física entre os atores

---

<sup>437</sup> LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. Garantias constitucionais e o difícil caminho da audiência de custódia. In: PRADO, Geraldo (org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 46;52.

<sup>438</sup> LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. Garantias constitucionais e o difícil caminho da audiência de custódia. In: PRADO, Geraldo (org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 46;52.

processuais aumenta a indiferença (e até a crueldade) para com o outro, tornando muito mais fácil produzir sofrimento sem culpa (ou pelo menos sem o peso da responsabilidade de tal decisão) quando não se tem presente o destinatário da violência.<sup>439</sup>

Assim, a audiência de custódia, através da apresentação pessoal do preso e da oportunidade desse de prestar pessoalmente suas declarações, surge como um elemento de superação da assepsia do procedimento judicial pelo rito do APF, com um claro intuito de valorizar a percepção subjetiva – com o que o julgador pode melhor formar seu convencimento, ao ter em sua frente o jurisdicionado – para o ato da tomada de decisão.

Considerações essas empiricamente corroboradas pelas manifestações dos atores jurídicos que já atuam diariamente nas audiências de custódia em São Paulo e Porto Alegre.

Para juízes e promotores paulistas a audiência de custódia desempenha um importante papel para *separar o joio do trigo*, expressão usada diversas vezes pelos profissionais, segundo apurados pelos pesquisadores do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. No entender dos profissionais, o contato direto com a pessoa presa é essencial para a *separação do joio do trigo*, uma vez que o papel representa uma interação *fria, distante*. Essa *separação*, vista como grande finalidade pelos operadores entrevistados, corresponde ao princípio da individualização do tratamento judicial. Mas é importante considerar que, na prática, ela opera a partir de um *saber profissional* adquirido ao longo da carreira, que possibilita, pelo contato com a pessoa do custodiado, auferir elementos que, supostamente, possibilitam distinguir *criminosos contumazes* de pessoas que *não precisam estar presas*;<sup>440</sup> discurso que evidentemente guarda uma complexa problemática, a qual retomar-se-á no capítulo seguinte.

Em resposta ao pesquisador entrevistador sobre a relevância da presença pessoal do custodiado, um magistrado de São Paulo declarou o seguinte:

Acho muito bom, porque você tem contato direto com a pessoa que foi presa, tira aquela coisa fria do papel, você lê o que está escrito na delegacia e você às vezes não consegue personificar. E já tem o preconceito, você acha que fazendo audiência de custódia não vai entrar no mérito da coisa, não vai julgar a pessoa, mas você percebe muitos aspectos pessoais dela. Você consegue nitidamente notar se aquela pessoa é

---

<sup>439</sup> LOPES JR., Aury. O interrogatório On Line no processo penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 154, set 2005.

<sup>440</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

criminosa e se cometeu um crime, se ela é hipossuficiente, se ela tem uma cara acabada de um ‘craqueiro’, se é possível que aquela pessoa seja dona de uma boca ou se é uma pessoa que está levando a droguinha para um canto. Dá para você fazer uma pequena separação do joio do trigo. Esse contato eu acho fundamental para não colocar na cadeia quem não precisa e colocar quem efetivamente precisa ir para a cadeia. (Juiz, SP)<sup>441</sup>

As entrevistas realizadas pelo IDDD em Porto Alegre ainda revelaram que os magistrados gaúchos consideram que a apresentação também se traduz em maior qualificação das decisões por possibilitar a oitiva das pessoas detidas, uma vez que verificam que a regra nas delegacias de polícia é o silenciamento dos detidos.<sup>442</sup>

A fala dos juízes ouvidos em Porto Alegre demonstra que a magistratura gaúcha também reconhece a relevância do contato pessoal com o preso nesse momento liminar da persecução, bem como que tem ciência de que os procedimentos havidos nas delegacias no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante nem sempre correspondem à previsão legal e, portanto, ao devido processo legal.

Porque não é uma questão de soltar preso ou prender preso, é uma questão de qualidade na jurisdição. [...] Às vezes o que está reduzido a termo, numa simples conversa com a pessoa que está presa você verifica que às vezes as coisas não fecham em relação ao que está. (Juiz, RS)<sup>443</sup>

[e] a outra situação, quando eu digo que qualifica, é porque existe uma prática já reiterada nos inquéritos, no sentido de que o réu não fala. O flagrado não fala, o indiciado não fala. Ele não fala por várias razões: muitos não falam porque não é dada a oportunidade dele falar. Embora digam que ele usou o direito, só quis falar em juízo, mas na verdade nem foi dado o direito dele se manifestar. (juiz 1)<sup>444</sup>

---

<sup>441</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 106. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>442</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>443</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 159. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>444</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. p. 22. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

De modo geral, os operadores jurídicos reconheceram a importância da empatia que se cria com a apresentação pessoal da pessoa presa. Contudo, o IDDD ressalva que esse contato pessoal se reverterá em benefício da justiça se os operadores aproveitarem o momento para compreender melhor a realidade da pessoa que está sob seu julgamento. Destaca, nesse sentido, que a oportunidade para colheita de informações sobre a rotina do imputado enseja a possibilidade da construção de uma alternativa processual penal em conjunto com o custodiado, dando efetividade ao cumprimento das alternativas ao cárcere.<sup>445</sup>

Mais do que as percepções dos operadores jurídicos entrevistados, alguns dados objetivos parecem confirmar o potencial da audiência de custódia em qualificar a jurisdição penal sobre a liberdade ou restrição dela, num sentido de reduzir os índices de encarceramento no momento inicial de deflagração da persecução penal inaugurada pelo flagrante.

Em que pese seja prejudicada a avaliação efetiva do impacto da audiência de custódia em relação à uma possível redução do número de decretação de prisões provisórias, em face da precariedade de dados disponível em relação ao período anterior ao instituto, o IDDD refere duas pesquisas produzidas antes do início da realização das audiências de custódia, uma pelo Instituto Sou da Paz e outra pelo próprio IDDD, ambas na cidade de São Paulo, que examinaram a relação entre prisões em flagrante, cautelares alternativas e liberdades provisórias na comarca da capital paulista.<sup>446</sup>

O estudo realizado pelo Sou da Paz comparou o número de prisões preventivas decretadas e de liberdades provisórias concedidas a partir da análise de uma amostra limitada de autos de prisão em flagrante autuados entre os anos de 2011 e 2012 numa determinada delegacia de polícia da capital paulista. Os resultados da pesquisa, que visava demonstrar o

---

<sup>445</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>446</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

impactado (ou não) da recém editada Lei das Cautelares, concluiu que 61,3% dos casos analisados resultaram em conversão do flagrante em prisão preventiva.<sup>447</sup>

Mais recente, a pesquisa do IDDD, apresentada no relatório *Liberdade em Foco*, também sobre uma amostra limitada de APF autuados em São Paulo, demonstrou que no primeiro semestre de 2015, logo antes da efetiva consolidação do pioneiro projeto do CNJ com o TJSP para implantação da audiência de custódia, nada menos do que 94,8% dos APF catalogados resultaram em prisão preventiva na cidade de São Paulo.<sup>448</sup>

Inobstante os relatórios citados terem adotado metodologias, períodos e quantidade de dados diferentes, considerando que buscaram a observação do mesmo objeto na cidade de São Paulo, qual seja, a taxa de restrição da liberdade decorrentes dos APF, é possível compará-los aos dados atuais disponibilizados pelo CNJ quanto aos resultados decorrentes da realização da audiência de custódia. Nesse aspecto, parece claro que houve uma sensível redução nos números de conversão do flagrante em preventiva com a implantação da garantia na capital paulista, visto que em junho de 2017 a taxa de prisões cautelares reduziu para 53,94% dos flagrantes apresentados em audiência.<sup>449</sup>

Em que pese não se tenha localizados dado sobre o período anterior à realização das audiências de custódia na capital gaúcha, nesse particular ainda cabe nota a respeito do singular procedimento adotado na comarca de Porto Alegre, consistente no filtro prévio feito pelo plantão judiciário nos APF encaminhados. Inobstante a pesquisa encomendada pelo CNJ considere a peculiaridade uma anormalidade, ressalta que ela traz dados importante no sentidos de confirmar a importância do instituto numa melhor jurisdição sobre prisão e liberdade, uma vez demonstrado que 14% das pessoas que tiveram decretada a prisão preventiva apenas em sede de análise do APF *em gabinete*, receberam a liberdade provisória após a apresentação pessoal ao juiz em audiência de custódia.<sup>450</sup>

---

<sup>447</sup> INSTITUTO SOU DA PAZ. **O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo.** Sou da Paz: São Paulo, 2014. Disponível em: <[http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>448</sup> INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Liberdade em foco:** redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo. IDDD: São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>449</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos / Mapa de Implantação:** audiência de custódia. Brasília: CNJ, [2018]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>450</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível

Evidentemente que a extração dessa reflexão positiva sobre a potencialidade libertadora da audiência de custódia não significa dizer que o procedimento *sui generis* praticado na comarca de Porto Alegre se apresenta justificável ou mesmo de qualquer maneira benéfico. Muito antes pelo contrário, como adiante se verá.

Além da simples presença física do preso ante a autoridade judicial, a possibilidade do exercício do direito de audiência, através do interrogatório, compreendido como meio de autodefesa, é outro elemento que compõem o ato da audiência de custódia e pode exercer relevante impacto na realidade processual penal brasileira.

O direito de audiência se insere no contexto da ampla defesa, especificamente no viés autodefesa, e garante ao acusado o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal. É um direito proclamado em diversos diplomas internacionais de direitos humanos<sup>451</sup>, e é exercido através do interrogatório. Esse, por sua vez, consiste na oportunidade em que o imputado assume efetivamente posição de sujeito do processo. Trata-se, portanto, de uma garantia fundamental no devido processo criminal desde o momento em que se passou a entendê-lo como a oportunidade em que o réu pode apresentar a versão dos fatos em sua própria defesa e, com isso, influenciar ativamente na formação da convicção do juiz;<sup>452</sup> valendo pontuar que, na hipótese de se tratar de audiência de custódia, se limitará à definição sobre a restrição ou não da liberdade do réu no curso do processo.

O reconhecimento do direito de audiência e ao contraditório, por meio da implementação da audiência de custódia, como condição de legitimidade para decretação da prisão cautelar, importa ainda na incorporação integral do paradigma antropológico no processo penal, porque traz para o centro do sistema de justiça criminal a noção do ser humano, do indivíduo acusado como destinatário final de todo sistema protetivo de direitos humanos.

A possibilidade de oitiva do preso interage diretamente com a efetivação dos princípios que devem nortear a jurisdição penal em tema de prisões cautelares. Nesse sentido a fala dos operadores jurídicos acima trabalhadas revelam que o contato direto com o custodiado possibilita, a partir da melhor compreensão de sua realidade, de suas características pessoais e

---

em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>451</sup> Vide: Arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e Arts. 9.3 e 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

<sup>452</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

sociais, através das declarações por ele prestadas, a construção de alternativas cautelares penais diversas da prisão e adequadas, tanto à realidade pessoal do sujeito submetido à pretensão acusatória quanto à tutela dos interesses a serem preservados para o devido desenvolvimento do processo penal. Com isso, se evitam as segregações desnecessárias, ou arbitrárias, cumprindo-se precisamente com os objetivos dos princípios da situacionalidade e da proporcionalidade.

No mesmo sentido a entrevista com o preso *sem demora* após efetivada a prisão em flagrante demonstra ser capaz de esclarecer fatos e circunstâncias relevantes quanto à (i)legalidade da prisão efetuada.

Esse potencial aparece na fala dos operadores paulistas, especialmente na preocupação em corrigir certos resultados da atuação policial pautada no cumprimento de metas de produtividade, inclusive de prisões, no sentido de que a audiência de custódia também aí possibilita *separar o joio do trigo*.

Ela [a audiência de custódia] tem uma função de correção... não vou dizer de abuso policial, que seria até muito forte... mas vou dizer de erro, de erro de enquadramento, às vezes existem operações policiais que são feitas para coibir determinado tipo de crime, mas fatalmente acabam, principalmente de tráfico, pegando muito usuário que você percebe que a condição é de usuário, mas acabam enquadrando o sujeito como tráfico. Então aqui você consegue minimizar o efeito colateral, que seria de uma prisão tecnicamente injusta. (Promotor, SP)<sup>453</sup>

Chama a atenção a especial preocupação dos operadores jurídicos de São Paulo com ilegalidade nas prisões em flagrante por tráfico, sendo que tais detenções figuram na segunda posição, no contexto dos seis estados pesquisados, entre os delitos que mais resultaram em relaxamento da prisão ilegal.<sup>454</sup>

Os números do CNJ, quanto à amostra nacional, dão conta de que 3,8% das audiências de custódia observadas nos seis estados pesquisados foram capazes de demonstrar alguma

<sup>453</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 107. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>454</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

irregularidade na prisão em flagrante, resultando em relaxamentos da prisão ilegal. Em São Paulo o percentual desse resultado foi de 9,8% das decisões proferidas em audiência.<sup>455</sup>

Em Porto Alegre apenas 1% das audiências de custódia resultaram em relaxamento da prisão por ilegalidade dessa. Contudo, a apuração da real ocorrência do relaxamento na capital gaúcha resta prejudicada pela análise prévia dos APF pelo plantão judiciário, visto que nos dados disponibilizados desse primeiro momento de decisão não há distinção entre concessão de liberdade provisória e relaxamento da prisão ilegal.<sup>456</sup>

Destarte, o percentual de liberdades concedidas em audiências de custódia no Brasil, desde o começo da implantação do projeto, representa todas as ocasiões onde o contato direto com o flagrado influenciou no encontro de uma solução cautelar adequada e menos gravosa que o cárcere, dando cumprimento à principiologia que legítima constitucionalmente a aplicação das cautelares penais.

Por parte dos defensores, em especial os defensores públicos, que atuam nas audiências de custódia é marcante a percepção de que o contato célere com a defesa técnica possibilita uma melhor atuação dessa, por representar a superação de alguns obstáculos práticos que decorriam simplesmente da segregação do assistido.

Os defensores públicos ouvidos na pesquisa do CNJ apontaram essa importância da audiência de custódia em tornar efetiva a individualização da jurisdição criminal, ampliar o acesso à justiça e o exercício do direito de defesa.

Então, primeiro, a custódia já tem para a defesa uma novidade, uma grande medida favorável ao indiciado preso que nos permite um contato inicial e nos permite fazer o contato com família. Então, primeiramente, fazer um contato com a família, pedir que a família nos procure e que nos traga documentos para que nós possamos com os documentos, estou falando de uma forma mais robusta agora, insistir no pedido junto do DIPO ou entrar com Habeas Corpus e de maneira documentada que em tese torna mais possível a obtenção de uma decisão favorável com pedido documentado. (Defensor, SP)<sup>457</sup>

---

<sup>455</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>456</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>457</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 107.

No mesmo sentido Badaró sustenta que a audiência de custódia implementa importante instrumento dialético de controle da legalidade da prisão cautelar, uma vez que a apresentação pessoal ao juiz mitiga, de alguma forma, as dificuldades que o *contraditório diferido* representa, em especial para a pessoa presa, na efetiva confrontação de argumentos e apresentação de documentos e outros meios de prova que possam demonstrar a ilegalidade ou a desnecessidade da segregação do conduzido.<sup>458</sup>

Aqui trata-se ainda da confirmação do potencial da audiência de custódia em dar efetividade ao princípio do contraditório como condição de legitimidade constitucional das cautelares penais. Giacomolli, quanto à possibilidade (necessidade) do *contraditório possível* nas cautelares penais, leciona que a estrutura do processo penal é eminentemente dialética e que, assim, salvo as hipóteses em que tornaria inócua a medida cautelar, deve ser assegurado o contraditório prévio. A dispensa do contraditório antecipado à decisão deve ser considerada no plano da excepcionalidade, e, ainda assim, deve ser garantido o contraditório diferido, postergado ou posterior à execução da cautelar.<sup>459</sup>

No contexto limitado em que ainda vem se realizando a audiência de custódia, ou seja, apenas nos casos de prisão em flagrante, a importância do instituto, nesse particular, se concretiza inclusive na solução de uma antiga crítica ao procedimento comumente adotado em todo o país na homologação do APF e decisão sobre conversão em prisão preventiva. Trata-se da *conversão de ofício*, tema já tratado quando do exame da prisão em flagrante, e que consiste na interpretação equivocada que se faz do art. 310, II, do CPP, no sentido de se permitir ao juízo que converta, sem prévio pedido do Ministério Público, a prisão em flagrante em prisão preventiva, em direto desrespeito ao art. 311, que permite a decretação da preventiva de ofício apenas no curso da ação penal, jamais na fase pré-processual.

---

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>458</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer ao IDD sobre audiência de custódia**. São Paulo, 2014, p. 11. Disponível em: [https://www.academia.edu/9457415/Parecer\\_-\\_Pris%C3%A3o\\_em\\_flagrante\\_delito\\_e\\_direito\\_%C3%A0\\_audi%C3%A2ncia\\_de\\_cust%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia). Acesso em: 12 out 2015.

<sup>459</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Pois bem, se observado o correto procedimento para a audiência de custódia até aqui vigente, regulamentado pela Res. nº 213/2015 do CNJ, resta superada a polêmica. Isso porque deverão estar presente em audiência todos os atores jurídicos envolvidos no ato, inclusive o Ministério Público, não restando mais sentido em haver conversão de ofício pelo juiz, uma vez que, presente a promotoria, poderá essa, se for do seu entendimento, postular a prisão preventiva do flagrado e, em audiência, sob a égide da oralidade, estabelecer o devido contraditório com a defesa, também necessariamente presente ao ato.<sup>460</sup>

Importante aqui ainda frisar o potencial de amplificação do contraditório na cautelar em debate. Se a doutrina sempre defendeu o *contraditório possível* às prisões cautelares, referindo à garantia ao menos do contraditório diferido ou postergado, a audiência de custódia se constitui em um espaço de possibilidade do exercício pleno desse princípio, de forma prévia. Isso porque os debates entre Ministério Público e Defesa sobre a legalidade do flagrante e necessidade da preventiva é que devem subsidiar a convicção judicial sobre a imposição da prisão provisória ou de outras medidas alternativas ao cárcere, sendo, obviamente, anteriores ao momento da tomada de decisão pelo magistrado que preside a solenidade.

E mesmo nas situações em que a audiência de custódia se realiza após a existência de uma decisão que impõe a prisão cautelar, como seria caso estivesse ocorrendo como determina a CADH e a própria Resolução 213/2015, do CNJ – em todas as prisões efetuadas, seja por flagrante delito ou decorrentes de cumprimento de mandado judicial – ou ainda como indevidamente ocorre na comarca de Porto Alegre – pela decretação da preventiva em gabinete antes da apresentação do custódia em audiência – ainda assim a garantia representa a possibilidade célere, *sem demora*, do contraditório diferido, sendo inegavelmente uma situação mais consonante com a humanização do processo penal e favorável à pessoa segregada cautelarmente, visto que na sistemática anterior, tal contraditório e decisão somente se perfectibilizaria dias após a detenção, com a formulação e apresentação de pedido escrito de liberdade pela defesa ao juízo de origem ou mesmo semanas ou meses após a prisão do imputado, via *habeas corpus*.

Destarte, dos dados e observações empíricas acerca dos primeiros dois anos de implantação da audiência de custódia no Brasil já é possível extrair conclusões que indicam o impacto positivo da garantia no cenário das prisões provisórias, podendo-se dizer que, apesar

---

<sup>460</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

das dificuldades e distorções para sua plena e correta efetivação em todo o território nacional, a medida já aponta para uma melhoria no quadro do abuso da privação da liberdade no curso do processo, no caminho da humanização das práticas processuais penais brasileiras.

### 5.3.2 As Continuidades: Nova Solução, Velhos Obstáculos

Mas se as considerações antes apresentadas indicam tais sensíveis evoluções no cenário, porque, em termo objetivos, a audiência de custódia ainda não conseguiu efetivar seu potencial de racionalizar as decisões sobre prisões cautelares e modificar radicalmente o uso desses institutos nas práticas processuais penais brasileiras? Em especial quanto a redução dos números de presos sem condenação em nosso sistema carcerário?

A discreta redução do número de presos provisórios verificada entre os dados do Infopen e do Geopresídios, entre 2016 e 2017, é ainda insuficiente para melhorar efetivamente a caótica situação de déficit estrutural do sistema penitenciário brasileiro. Como visto, segundo os dados mais atualizados enviados ao *World Prison Brief*, o Brasil ainda sustenta o percentual de 36,6% de presos sem condenação<sup>461</sup>, o que, somado a marca de 55,35% de prisões preventivas decretadas em audiência de custódia desde 2015, evidentemente não se compactua com o objetivo de efetivar o conceito da prisão como exceção e da liberdade como regra.

Importante lembrar que a análise fica restrita ao contexto de um momento processual específico: a análise da legalidade da prisão em flagrante e da possibilidade/necessidade de sua conversão em prisão preventiva. Nesse quadro, o baixo índice de relaxamentos de prisões por constatação de ilegalidades remete para uma demanda especial de atenção às decisões de conversão em preventiva, sendo, assim, esse o mais relevante ponto nevrálgico no problema do abuso das prisões provisórias onde a audiência de custódia pode impactar.

Para tentarmos estabelecer uma possível compreensão sobre o que está causando o entrave na efetivação do potencial de liberdade do instituto é preciso lançar um olhar crítico para o efeito reverso da apresentação pessoal do preso à autoridade judicial, que foi possível verificar também a partir das pesquisas empíricas em exame.

---

<sup>461</sup> WORLD PRISION BRIEF. **Highest to lowest - pre-trial detainees / remand prisoners**. London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

De forma geral, os resultados das pesquisas apontam que a classificação jurídica da imputação lavrada em flagrante tem central relevância para a manutenção da prisão processual, com especial rigor para os crimes de roubo e tráfico. A tipificação do crime é mais importante ainda que o uso (presumido) de violência no seu cometimento, para fins de decisões sobre prisão e liberdade.<sup>462</sup>

Verifica-se também que os atributos pessoais e sociais dos flagrados são relevantes também no resultado da audiência de custódia, sendo que apresentar antecedentes criminais e ser negro são fatores que favorecem a permanência no cárcere.<sup>463</sup>

Como visto antes, na percepção dos operadores jurídicos atuantes nas audiências de custódia o instituto se mostrou um importante instrumento de *separação do joio do trigo*, expressão surgida na fala principalmente de juízes e promotores. Contudo, aqui cabe pontuar que essa *separação*, na prática, opera a partir de um *saber profissional* adquirido ao longo da carreira, segundo o qual tais agentes seriam capazes de *bater o olho* e, pelo contato com a pessoa do custodiado, auferir elementos que, supostamente, possibilitam distinguir *criminosos contumazes* de pessoas que *não precisam estar presas*. Esse procedimento de reconhecimento, que é tratado no âmbito policial pela denominação de tirocínio, é apontado na literatura que trata do tema polícia e racismo como responsável por produzir a filtragem racial e reproduzir o funcionamento seletivo e discriminatório do sistema de justiça criminal.<sup>464</sup>

Esse pensamento aparece literalmente na resposta de um promotor de justiça entrevistado por pesquisador do Fórum Brasileiro de Segurança Pública em São Paulo.

E muitas vezes à audiência de custódia chegam fatos que a gente a princípio olha assim fala: “Ah, isso aqui é uma bobagem”. Quando chega o indiciado, senta na sua frente, você fala: “Esse cara é bandido”, não é? E, ao mesmo tempo, quando chega um fato você até lê e fala: “Nossa, fato grave”. Aí você olha: “Esse cara é um

<sup>462</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>463</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>464</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

coitadinho”, não é? Então acho isso muito bacana, achei muito positivo. (Promotor, SP) <sup>465</sup>

O paradoxo é que justamente a garantia convencional do contato pessoal com o preso, ao mesmo tempo que possibilita uma maior aproximação e uma melhor compreensão e percepção das reais condições do indivíduo acusado e de sua trajetória de vida, também demonstra uma tendência em não analisar focadamente o caso criminal em si, podendo configurar um espaço impróprio de discricionariedade judicial, no qual um juízo sobre o autor eventualmente supera o juízo sobre o fato.<sup>466</sup>

A preocupação com essa faceta reversa da apresentação pessoal do custodiado à autoridade judicial aparece também no trabalho de Küller, que através da pesquisa de campo buscou verificar se a audiência de custódia representa, afinal, um ponto de virada no sistema de justiça criminal, também apontado essa circunstância como um empecilho para a efetivação do potencial de inflexão da garantia.

Küller considera ainda que a audiência de custódia, ou trazer a presença do preso e a sua narrativa para o centro do ato processual, possui um relevante potencial de desconstruir as narrativas policiais e acusatórias historicamente prevalentes nessa fase de persecução penal. No entanto, a autora ressalva que esse potencial será mais ou menos exitoso a depender das características do indivíduo apresentado, especialmente as relativas à sua biografia que seja revelada a partir dos autos ou das suas declarações e resposta as perguntas que lhe forem feitas na solenidade. Nesse contexto é que a qualificação em audiência, o histórico da vida pregressa e os antecedentes do detido funcionam como fontes de informações que revelam aquilo que não é visível à primeira vista aos atores jurídicos envolvidos no ato processual. “Na maioria das vezes mais relevante do que o crime em si é a capacidade dos atores jurídicos de mensurar,

---

<sup>465</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 106. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>466</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

imaginar, o grau de periculosidade do indivíduo preso para a sociedade e a partir de um cálculo pouco claro ou preciso, decidir sobre a necessidade de manutenção da prisão”.<sup>467</sup>

Essa percepção dos pesquisadores é refletida nos números acima já expostos, no sentido de que para a decretação da prisão preventiva é mais relevante a classificação jurídica do fato do que a prática de violência; bem como de que ser negro e apresentar antecedentes torna a pessoa mais sujeita a ter imposta uma prisão provisória; do que riscos mais objetivos e concretos à ensejar uma verdadeira situação de cautelaridade processual, como não possuir residência fixa.<sup>468</sup>

Nesse contexto, essas controversas circunstâncias que se mostram primordialmente relevantes para a decretação da prisão preventiva se traduzem em fundamentação nas decisões judiciais pelo conceito aberto de *ordem pública*.

Como também já examinamos mais detidamente neste trabalho, o risco à ordem pública é um dos requisitos previstos no art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva. Contudo, trata-se de uma expressão vaga e de conteúdo indeterminado, que não guarda um referencial semântico minimamente seguro para que se possa lhe atribuir um significado objetivamente delimitado,<sup>469</sup> ou, como leciona Lopes Jr., uma fórmula abstrata que se presta a servir diferentes *senhores* adeptos de discursos autoritários e utilitaristas.<sup>470</sup>

Corroborando com dados esse posicionamento da doutrina, o relatório do CNJ, analisando acórdãos proferidos em julgamento de *habeas corpus* pelos tribunais de justiça dos seis estados pesquisados constatou que a larga utilização de conceitos de alta carga de abstração semântica e baixa concretude verificável constitui um obstáculo à concretização de direitos individuais, como a liberdade, e reforça a impermeabilidade e a seletividade da justiça criminal.<sup>471</sup>

<sup>467</sup> KÜLLER, Laís Boás Figueiredo. **Audiências de custódia: um ponto de inflexão no sistema de justiça criminal?**. 2016. f. 151. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2016. p. 88.

<sup>468</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>469</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

<sup>470</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>471</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

A pesquisa que analisou acórdão prolatados em sede de *habeas corpus* que versavam sobre medidas cautelares e liberdade provisória, nas comarcas das capitais dos estados, no período de 01/01 a 31/12/2016 – período que coincide com a coleta de dados das audiências de custódia – permite verificar a relação entre as circunstâncias relevantes para a decisão de manutenção da segregação e a ordem pública.

Em relação aos tipos penais que mais resultaram em prisão preventiva nas audiências de custódia, especificamente quanto ao tráfico de drogas, se verificou que a maior parte das decisões que mantiveram a segregação processual justificaram na garantia da ordem pública, nesses casos identificado o risco à essa por conceitos ainda mais subjetivos, como a *gravidade concreta do crime* – em geral relativa à quantidade de droga apreendida – e a *proteção do coletivo*.<sup>472</sup>

Da mesma forma nos casos que mantiveram a prisão por imputações de roubo, majoritariamente sob o fundamento da tutela da ordem pública, que albergou conceitos subjetivos como a *gravidade delitiva* e a *periculosidade do agente*, em regra relacionadas a prática presumida de violência contra a pessoa.<sup>473</sup>

Quanto à presença de antecedentes criminais, esses foram considerados em prejuízo dos pacientes nos *habeas corpus* analisados mesmo quando se tratavam de investigações ou ações penais em curso e de processos sobre fatos praticados na menoridade, afetos à competência do Juizado da Infância e Juventude. Essas circunstâncias configuraram risco à ordem pública, sob fórmulas como *periculosidade do agente* e *risco de reiteração criminosa*.<sup>474</sup>

Acerca desse quadro sobre o uso massivo do conceito aberto de ordem pública para justificar prisões cautelares, o relatório do CNJ arremata no seguinte sentido.

---

<sup>472</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>473</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>474</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Nos diferentes enunciados utilizados como justificativas para a decretação da prisão provisória é possível identificar um elemento unificador, capaz de desvelar sentidos ocultos e subliminares. A tradução interpretativa das assertivas utilizadas nas peças decisórias, não obstante sua forte carga de abstração, remetem a um postulado mais abrangente, denominado ‘defesa social’. Nessa perspectiva, inverte-se a função jurisdicional do processo penal, ou seja, diferente da utilização dos preceitos e normas penais como sistema de segurança dos direitos do cidadão contra o arbítrio estatal, cria-se um sistema de garantias de segurança do estado e da sociedade contra o cidadão.<sup>475</sup>

O risco é de que a nova garantia convencional em implementação no Brasil acabe por reforçar velhas práticas que sustentam o funcionamento seletivo e discriminatório do processo penal; fazendo isso a partir da continuidade do uso do argumento coringa da ordem pública, que, na falta de densidade semântica, pode ser preenchido, rigorosamente, com qualquer fórmula com a qual o magistrado queira justificar a decisão pela segregação provisória do custodiado que lhe é apresentado, assegurando abrigo aos *tirocínios* viciados dos operadores do sistema de justiça criminal.

Outra continuidade verificada nos estudos, específica, mas que demanda atenção, pelo potencial de desvirtuar a garantia da audiência de custódia, é a resistência do Judiciário gaúcho em superar integralmente a *fronteira do papel* na análise do flagrante. Como visto, na comarca de Porto Alegre o procedimento adotado pelos magistrados que atuam no plantão judiciário, serviço responsável pela realização das audiências de custódia, é o de seguir analisando os autos de prisão em flagrante em gabinete, decidindo sobre a homologação do APF e mesmo sobre a conversão da prisão em preventiva.

Os profissionais ouvidos em Porto Alegre, especialmente os juízes, esclareceram a dinâmica da peculiaridade da comarca na análise prévia dos APF’s pelo plantão judiciário, relatando que nesse primeiro filtro o magistrado já decide sobre a liberdade provisória, imposição de outras cautelares ou conversão em prisão preventiva. De tal modo que os detidos em flagrante que vão à audiência de custódia já se encontram presos preventivamente por decisão proferida no regime de plantão.

Todos os flagrantes em Porto Alegre estão caindo no plantão, todos. Muitas vezes, em boa parte dos casos, o juiz plantonista resolve não os homologar ou conceder medidas

---

<sup>475</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 275. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

cautelares, e a audiência de custódia é no outro dia, de manhã. Por exemplo, agora são 17h, eu recebo um flagrante agora e vejo que não é o caso de prisão e concedo a liberdade provisória. Entendo que não seria justo fazê-lo esperar até a audiência de custódia, às 9h, porque daí seria injusto a pessoa ficar presa para ser ouvida pelo juiz, quando ela poderia estar solta. Então nós acabamos soltando essas pessoas. E elas acabam indo embora. Presas em flagrante acabam não sendo submetidas à custódia, porque não seria justo deixar elas passarem a noite presas para fazer a audiência. Então esse é o primeiro problema. E isso também acaba prejudicando uma análise mais efetiva das estatísticas das audiências de custódia do Rio Grande do Sul, porque só vão para as custódias aquelas pessoas que o juiz, em princípio, deixou presas. (Juiz, RS)<sup>476</sup>

Em que pese aparente se tratar de uma bem-intencionada medida, não representa um grande ganho em termos de custo-benefício para os detidos que são liberados sem encaminhamento à audiência de custódia. O singular procedimento adotado em Porto Alegre mata o potencial humanizador do instituto, vez que *dispensa* o cidadão do contato célere e direto com o juízo e a defesa técnica, mitigando, em última análise, o direito de audiência e mesmo de defesa, fundamentais, como visto, no momento inicial da persecução. Os promotores de justiça entrevistados consideram que a prática esvazia a finalidade do ato processual no combate e prevenção à tortura e maus tratos, configurando um obstáculo a verificação da violência policial nos casos em que o flagrado acaba sendo solto antes do encaminhamento à audiência e só vai ter contato com o juiz meses ou anos depois, quando do interrogatório em sede de instrução processual.<sup>477</sup>

Sobre a questão é precisa a fala de um dos promotores entrevistado na pesquisa no CNJ em Porto Alegre.

Colocar as audiências de custódia dentro do Presídio Central e do Madre Pelletier é um erro grave, mais do que um erro grave, é uma posição que se choca com a resolução do CNJ. A posição do CNJ é de que os presos não podem ingressar em casas prisionais, a não ser quando já tenha decretada a prisão preventiva. O que se faz aqui: se encaminha esse pessoal para o Presídio Central, para não ficarem nas delegacias, e o juiz plantonista vai analisar depois os autos de prisão em flagrante. O outro erro que tem na atual resolução daqui é permitir que o juiz plantonista avalie a necessidade ou

<sup>476</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. p. 158. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>477</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

não de prisão preventiva, se homologa ou não o flagrante, se decreta prisão preventiva ou se concede liberdade provisória ou relaxamento de prisão antes da audiência de custódia, o que é uma subversão à lógica da audiência de custódia. Então o que o Tribunal de Justiça está fazendo aqui é um boicote claro à resolução do CNJ. (Promotor, RS)<sup>478</sup>

Se por um lado o benefício da soltura antecipada parece relevante, de outro os custos do procedimento de análise do APF antes da apresentação pessoal do preso são altos para o cumprimento das finalidades da audiência de custódia. Contudo, essa não há de ser a única opção viável, podendo, e devendo, as autoridades públicas buscarem alternativas que garantam a mais célere apresentação do custodiado sem esvaziar ou deturpar os efeitos do instituto. As soluções são sugeridas pelos próprios agentes das três instituições mais envolvidas no ato processual, juízes, promotores e defensores públicos concordam que as apresentações deveriam ser realizadas em períodos menores, de seis em seis horas; ou nas dependências das delegacias de polícia; ou, ainda, de forma mais definitiva, em centrais de custódia a serem construídas, onde deveriam funcionar os plantões do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, bem como dispor de assistência médica e social aos detidos.<sup>479</sup> Evidente que tais sugestões dependem de investimentos em estrutura e pessoal. Contudo, como já afirmamos, não se pode mais aceitar que o discurso da escassez de recurso justifique a perene inércia dos poderes públicos em efetivar da forma correta os direitos fundamentais com os quais o Estado brasileiro se comprometeu.

De outro lado, se para os flagrados que se livram soltos antes da apresentação ao juízo os custos são relevantes, para os custodiados que são apresentados em audiência de custódia já com a prisão preventiva decretada os ônus suportados são quase insuperáveis.

Com efeito, a continuidade da prática burocrática e asséptica do *papel* – da mesma forma como era realizado o exame da legalidade e necessidade da segregação cautelar anteriormente a implementação da audiência de custódia – mostrou, na observação de campo feita em Porto Alegre, que os pedidos da defesa, mesmo que subsidiados pelas declarações do preso e do

---

<sup>478</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. p. 159-160. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>479</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

embate em contraditório, tiveram reduzido potencial de alterar o quadro já circunscrito; ou seja, prevaleceu a conhecida fórmula do: *não se vislumbraram elementos capazes de modificar a decisão* (vez que essa já estava tomada).

Aqui nos parece adequado ainda propor uma análise do quadro a partir das conclusões obtidas por Schünemann no seu conhecido experimento acerca da dissonância cognitiva no processo penal. Segundo o estudo, a Teoria da Dissonância Cognitiva importa na busca de toda pessoa pela harmonia cognitiva entre o seu conhecimento e sua opinião, através da mais fácil resolução das contradições.<sup>480</sup> É que, guardadas as proporções quanto ao momento processual e a diferença de complexidade das decisões estudadas – num caso a sentença penal e no outro uma decisão sobre imposição de prisão cautelar – nos parece haver aqui também um padrão.

Schünemann demonstrou que o julgador que tem acesso aos autos e que decide previamente algo sobre o caso que importe na aceitação (ainda que provisória) da tese acusatória tende à confirmá-la nos atos subsequentes. É o efeito perseverança.<sup>481</sup> Nesse passo, a tendência (mais fácil cognitivamente) é de reafirmar a linha decisória já adotada, tornando consideravelmente mais difícil para o sujeito que sofre a persecução criminal lograr uma decisão em seu favor, seja uma sentença absolutória ou, como no caso do objeto ora estudado, a concessão de liberdade provisória ou mesmo outras medidas cautelares diversas da prisão.

Mais que isso, o doutrinador alemão comprovou também que nessas situações opera o princípio da busca seletiva de informações.<sup>482</sup> Em que pese não se trate de uma audiência para colheita de provas, a audiência de custódia se presta, a partir da entrevista e do contato direto com o custodiado, à colheita de elementos de convicção de que embasem a tomada de decisão acerca da prisão ou liberdade processual do detido. Nesse passo, havendo uma tomada de decisão prévia pela prisão, a partir do *papel* do APF, a tendência do julgador é de supervalorizar as informações que lhe corroborem e desconsiderar aquelas que servissem a um juízo de liberdade; porque essas causam *dissonância cognitiva*, ou, em outras palavras, contradição entre o conhecimento (não) apreendido e a opinião (já formada). Isso pode ser considerada uma causa para a observada pouca (ou nenhuma) capacidade da palavra do custodiado e da atuação da

---

<sup>480</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>481</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>482</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

defesa durante as audiências de custódia, em Porto Alegre, em desfazer a narrativa acusatória advinda da lavratura do auto de prisão em flagrante, na medida que tendem a justificar a liberdade, quando o juízo já decidiu previamente pela prisão.

Destarte, o fato de os juízes(as) que presidem as audiências de custódia na comarca de Porto Alegre já terem prévio conhecimento dos autos de prisão em flagrante e, mais que isso, já terem tomado, previamente à audiência, suas decisões acerca da homologação da detenção e pela decretação da prisão preventiva, a luz dos estudos acerca da dissonância cognitiva, a implantação da garantia convencional na capital gaúcha se mostra absolutamente desconectada com as finalidades da apresentação, sem demora, do preso à autoridade judicial. Mais que configurar uma indesejada continuidade de velhas práticas, importa no esvaziamento e deturpação do que deveria constituir uma garantia de liberdade aos custodiados, sob o prisma dos direitos humanos convencionalmente assegurados.

Em suma, o que importa compreender aqui é que, ao fim e ao cabo, o desfecho da audiência de custódia se trata de um ato processual decisório, mais especificamente de uma decisão sobre decretação ou não de prisão preventiva, que necessariamente vai ter de legitimar a medida adotada na fundamentação jurídica possível a partir das opções legais de requisitos específicos dispostos no art. 312 do CPP; o qual ainda, infeliz e inconstitucionalmente, ainda autoriza a medida extrema *para garantia da ordem pública*.

## 6 CONCLUSÃO

A vigência de um Estado Penal de Emergência reflete seus resultados nas mazelas encontradas no caótico sistema penitenciário brasileiro. A busca de um ideal de justiça sumária descamba no abuso da utilização das prisões cautelares, no mais das vezes à revelia de qualquer critério técnico de cautelaridade processual, servindo mesmo a atender o crescente populismo punitivo.

Nesse contexto somente o resgate da importância fundamental da presunção de inocência e dos postulados da teoria das prisões cautelares podem, de alguma forma, equacionar o problema do excesso de restrição da liberdade no curso do processo, como medida tendente a adequar o processo penal ao modelo constitucional.

É nesse cenário que a audiência de custódia surge, ainda que com inegável atraso, como instrumento a viabilizar a imposição de limites ao uso inadequado das prisões provisórias, configurando-se num, até então, *sui generis* espaço de efetivação dos princípios que devem regular e nortear a eventual imposição de uma segregação cautelar. Além, é claro, da sua, infelizmente ainda indispensável, finalidade no combate e prevenção à tortura e aos maus tratos a pessoa presa.

Em que pese a audiência de custódia não seja nenhuma novidade, sendo um instituto processual penal já inserido na ordem jurídica brasileira desde a ratificação do PIDCP e da CADH, há mais de 20 anos, portanto, ainda é uma ilustre desconhecida nas rotinas forenses e carente de regulamentação infraconstitucional adequada. Inobstante não seja necessária a regulamentação específica, uma vez que a garantia figura dos textos de tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil, possuindo, assim, aplicabilidade imediata (art. 5º, §§ 1º e 2º, CF), o disciplinamento via legislação ordinária se mostra conveniente a fim de dar definição às expressões abertas da redação original dos tratados, de acordo com a realidade local, bem como para dirimir questões laterais relevantes à efetivação da garantia na sistemática processual penal doméstica. Vale ressaltar a relevância da regulamentação se dar por lei, com o objetivo de força na natureza resultante do debate político democrático e plural, vencer-se a resistência ainda oposta à regulamentação por atos administrativos dos tribunais e do CNJ, ponto onde até então se conseguiu avançar.

Nesse aspecto, o caminho a ser trilhado ainda até a conclusão desse debate político acerca da regulamentação da audiência de custódia inspira atenção, haja vista a necessidade de

intervenção de setores da sociedade civil, da academia e dos atores da justiça criminal, direcionada à correção de rumos para os quais algumas propostas de regulamentação sinalizam, afim de assegurar a efetivação das finalidades da audiência de custódia em termos de racionalização do uso das prisões provisórias e do potencial humanizador do ato processual. Salienta-se, a esse respeito, a importância de *i*) fixação precisa do termo inicial do prazo 24 horas para apresentação da pessoa presa ao juiz, de forma a observar a jurisprudência da Corte IDH, no sentido de o ato se dar, no máximo, no dia seguinte ao da prisão, em sintonia com sistemática processual penal brasileira; *ii*) restrição à vídeo conferência, suprimindo a possibilidade de sua realização no contexto da apresentação sem demora do preso ao juiz, por representar o absoluto esvaziamento do conteúdo da garantia convencional; *iii*) assegurar a superação da *fronteira do papel*, garantindo que o debate acerca do *status libertatis* do imputado seja realizado sob a égide da oralidade e em contraditório, bem como a decisão fundamentada se dê em audiência, respeitando o caráter antropológico e humanizador do instituto e *iv*) principalmente, garantir a realização de audiência de custódia para todas as pessoas presas, sem distinção quanto à espécie de restrição da liberdade, e em todo o território nacional, de forma efetiva e integral.

Não obstante o difícil caminho para implementação integral da audiência de custódia no país, os mais de dois anos do início de sua inserção na realidade processual penal brasileira já permite extrair algumas conclusões da relação entre a garantia prevista no art. 7.5 da CADH e as prisões cautelares.

Com efeito, a realização das audiências de custódia se mostrou muito salutar no tratamento do caos penitenciário nacional, demonstrando que o instituto carrega um relevante potencial de enfrentamento ao abuso das prisões provisórias, atacando e resolvendo diversas demandas antigas de adequação do uso das cautelares a um paradigma constitucional-democrático.

Contudo, a realização efetiva desse potencial esbarra em velhas continuidades e resistências que marcam o sistema processual penal anacrônico vigente no Brasil, de todo incompatível com a ordem constitucional estatuída com a Carta de 1988. A plena efetivação do potencial da audiência de custódia passa necessariamente pela reformulação do processo penal brasileiro, superando os resquícios autoritários de sua origem histórica, reafirmados nas sucessivas minirreformas operadas durante sua vigência.

Ponto indispensável nesse caminho é o definitivo afastamento do (não) conceito aberto, vago, sem nenhuma densidade semântica de *ordem pública* como fundamento para a prisão cautelar. Evidente que tal objetivo não se apresenta alcançável num futuro próximo ou mesmo a médio prazo, face o difícil estágio histórico pelo qual passam as pautas progressistas em matéria de liberdades e redução da intervenção penal do Estado. Contudo, a resistência ao punitivismo exacerbado deve se pautar por uma redução de danos, no sentido de, no mínimo, alcançar uma definição objetiva e restritiva do conteúdo de *ordem pública*, de forma a superar o seu (ab)uso como *fórmula coringa*, acolhedora das mais diversas arbitrariedades e discriminações praticadas na praxe processual sob o manto de decisão judicial fundamentada, viabilizando o exercício de algum controle racional.

A mutação que permeia a ciência jurídica faz com que o estudo acerca da relação entre prisões provisórias e a audiência de custódia seja tema dinâmico, motivo pelo qual não seja possível, a *prima facie*, evidenciar todas as respostas, ante a diversidade de questionamentos sobre a temática. No entanto, é certo que sozinha a audiência de custódia não representará a milagrosa cura para o problema do estado de coisas das prisões cautelares no Brasil; sendo verdade também que, de outro lado, não é mais possível ignorar que a garantia convencional é uma relevante ferramenta de transformação da realidade do processo penal brasileiro, especialmente na defesa da liberdade e da presunção de inocência enquanto direitos fundamentais de qualquer processo penal que se pretenda democrático.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer ao IDD sobre audiência de custódia**. São Paulo, 2014. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9457415/Parecer\\_-\\_Pris%C3%A3o\\_em\\_flagrante\\_delito\\_e\\_direito\\_%C3%A0\\_audi%C3%Aancia\\_de\\_cust%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia)>. Acesso em: 12 out 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Relatório sobre tortura no Brasil**. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 12 out 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 470, de 2015**. Altera o Código de Processo Penal para estabelecer a audiência de custódia, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1303512&filename=PL+470/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1303512&filename=PL+470/2015)>. Acesso em: 10 jun 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.620, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016)>. Acesso em: 23 ago 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 7.871, de 2014**. Altera o Decreto-Lei nº 3689, de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E362A05C335EE6DF30D815BF5E983E18.proposicoesWebExterno1?codteor=1270488&filename=PL+7871/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E362A05C335EE6DF30D815BF5E983E18.proposicoesWebExterno1?codteor=1270488&filename=PL+7871/2014)>. Acesso em: 10 jun 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 8.045, de 2010**. Código de Processo Penal. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 23 ago 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**.

Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Brasília, [2018?]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais: Geopresídios é uma Radiografia do Sistema Prisional**. Brasília, DF [2018?]. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos / Mapa de Implantação: audiência de custódia**. Brasília: CNJ, [2018]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: CNJ, 2015. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_213\\_15122015\\_12012016161831.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 66, de 27 de janeiro de 2009**. Brasília, DF: CNJ, 2009. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_66.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_66.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Decreto n. 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. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> . Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 10 jun 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.** Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4574315&ts=1540315298311&disposition=inline>>. Acesso em 12 out 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011.** Altera o Decreto-Lei nº. 3.689, e 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo máximo de vinte e quatro horas para apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante pela autoridade policial competente e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178359&tp=1>>. Acesso em 12 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240 - SP.** Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3880754&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 - DF.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004. 2 v.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). San José: Corte IDH, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cantoral Benavides vs. Perú**. San Jose, 03 de diciembre de 2001. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**. San Jose, 30 de octubre de 2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Páez vs. Perú**. San Jose, 3 de noviembre de 1997. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. San Jose, 30 de mayo de 1998. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. San Jose, 01 de febrero de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. San Jose, 07 de septiembre 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4 edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. 2. ed. Trad. Maria Lucia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. IDDD: São Paulo, [2017?]. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Liberdade em foco:** redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo. IDDD: São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo.** Sou da Paz: São Paulo, 2014. Disponível em: <[http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos:** a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. f. 275. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

KÜLLER, Laís Boás Figueiredo. **Audiências de custódia:** um ponto de inflexão no sistema de justiça criminal? 2016. f. 151. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares.** 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. O interrogatório On Line no processo penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, n. 154, set 2005.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Garantias constitucionais e o difícil caminho da audiência de custódia. In: PRADO, Geraldo (org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209)>. Acesso em: 12 out 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 107, out 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. **Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime**. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2015, p. 119-141.

STRECK, Lenio Luiz. Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações? **Consultor Jurídico**, [S.l], 23 jul 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em: 12 out 2015.

TATIM DA CRUZ, Jorge Henrique; PAVANATTO, Pedro Henrique. Audiência de custódia na teoria e na prática: análise de amostra de campo na comarca de Porto Alegre. In: GIACOMOLLI, Nereu José; STEIN, Carolina; SAIBRO, Henrique (Org.). **Processo penal contemporâneo em debate**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 2 v.

VOLPE FILHO, Clóvis Alberto; ARAUJO, Lucas. O (óbvio) direito personalíssimo à autodefesa. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 263, out 2014. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5203-O-obvio-direito-personalssimo-autodefesa](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5203-O-obvio-direito-personalssimo-autodefesa)>. Acesso em: 27 set 2015.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 921, p. 331-355, 2012.

WORLD PRISION BRIEF. **About the World Prison Brief**. London, [201-?]. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/about-us>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

WORLD PRISION BRIEF. **Highest to lowest - pre-trial detainees / remand prisoners**. London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

WORLD PRISION BRIEF. **Highest to lowest - prison population rate**. London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

WORLD PRISION BRIEF. **Highest to lowest - prison population total**. London, [2018]. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo Saraiva 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Madrid: Dykinson, 2006.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)