

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

SCHIRLEI CARDOSO CIPRIANO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE: UM ESTUDO DOS DADOS DA
COMARCA DE CRICIÚMA/SC.**

CRICIÚMA/SC

2017

SCHIRLEI CARDOSO CIPRIANO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE: UM ESTUDO DOS DADOS DA
COMARCA DE CRICIÚMA/SC.**

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

Orientador: Profº. Leandro Alfredo da Rosa

CRICIÚMA/SC

2017

SCHIRLEI CARDOSO CIPRIANO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE: UM ESTUDO DOS DADOS DA
COMARCA DE CRICIÚMA/SC.**

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

Criciúma, 30 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro Alfredo da Rosa - Especialista - UNESC - Orientador

Prof. Anamara de Souza - Mestre - UNESC - Examinadora

Prof. Valter Cimolin - Mestre - UNESC – Examinador

À minha família e aos amigos que me apoiaram
nesta longa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e a família maravilhosa que possuo, e, por nunca ter me deixado desistir, por ter me dado muito força nesta minha longa trajetória acadêmica.

Ao meu pai, *in memoriam*, que sei e sinto que mesmo não presente fisicamente me enviou muita energia positiva, e o qual sei que está orgulhoso pela minha vitória.

À minha mãe, mulher de fé, amiga, amor da minha vida, por todo amor e educação que me concedeu, e por torcer sempre por mim, me incentivando e rezando para a realização de meus sonhos.

Ao meu esposo Fabiano, por todo companheirismo, pela paciência e força que tem demonstrado e me repassado principalmente nestes últimos meses, e por sempre estar ao meu lado me apoiando e me incentivando para nunca desistir mesmo em meio às adversidades.

À minha mais preciosa joia, minha filha Letícia, que mesmo criança me incentiva, reza por mim, e por ter sido tão paciente e carinhosa nos momentos em que não pude estar tão presente.

Às minhas irmãs que sempre me passam boas energias, confiança e sei que se orgulham de mim, seus incentivos foram imprescindíveis.

Agradeço aos meus amigos verdadeiros, que me apoiaram, me incentivaram muito nesta minha trajetória, sempre me animando quando o desânimo insistia em aparecer com seus tormentos.

Agradeço muito ao professor Leandro, meu Ilustre orientador, por aceitar este encargo, e por me dar todo o apoio, segurança, dedicação e respeito para a conclusão do presente trabalho monográfico.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou o que era antes”.

Marthin Luther King

RESUMO

O tema do presente trabalho trata-se da audiência de custódia à luz dos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, dando ênfase no estudo e análise dos dados coletados na Comarca de Criciúma/SC, no período compreendido entre maio e dezembro de 2016. Inicialmente, houve uma breve abordagem a respeito dos princípios constitucionais da presunção de inocência e proporcionalidade. Em seguida, foram verificadas as modalidades de prisão em nosso ordenamento pátrio, bem como as medidas cautelares diversas da prisão. Por conseguinte, passou-se a analisar a atual situação carcerária do Brasil, a sugestão do CNJ acerca das audiências de custódia, trazendo a baila a sua definição, previsão normativa, procedimentos e objetivos. O método de pesquisa utilizado fora o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Ao final, realizou-se um levantamento quantitativo dos dados coletados na Comarca de Criciúma/SC acerca das audiências de custódia realizadas, por meio do Sistema de Audiências de Custódia – SISTAC, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chaves: Princípio da presunção de inocência. Princípio da proporcionalidade. Modalidades de prisão. Cautelares. Audiência de custódia.

ABSTRACT

The theme of this paper is the custody hearing in light of the principles of presumption of innocence and proportionality, emphasizing the study and analysis of the data collected in the Region of Criciúma / SC, in the period between May and December 2016. Initially, there was a brief approach to the constitutional principles of presumption of innocence and proportionality. Next, the methods of imprisonment in our country order were verified, as well as the various precautionary measures of the prison. As a result, the current prison situation in Brazil was analyzed, the CNJ's suggestion about custody hearings, bringing its definition, normative forecast, procedures and objectives to bear. The research method used will be deductive, in theoretical and qualitative research using bibliographical material and legal documentar. In the end, a quantitative survey of the data collected in the Criciúma County / SC about the custody hearings was carried out, through the System of Hearings of Custody - SISTAC, made available by the National Council of Justice.

Keywords: The presumption of innocence principle. Principle of proportionality. Types of imprisonment. Cautelares. Custody hearing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|---|
| CADH | Convenção Americana sobre Direitos Humanos |
| CF | Constituição Federal |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CPP | Código de Processo Penal |
| DEPEN | Departamento Penitenciário Nacional |
| INFOPEN | Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias |
| PIDCP | Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| SISTAC | Sistema de Audiências de Custódia |
| TJSP | Tribunal de Justiça de São Paulo |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 O PRINCÍPIO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO | 14 |
| 2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO | 14 |
| 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS..... | 15 |
| 2.2.1 Conceito e origem | 15 |
| 2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 17 |
| 2.3.1 Princípio da proporcionalidade no direito penal | 19 |
| 2.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... | 22 |
| 3 MODALIDADES DE PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ... | 26 |
| 3.1 PRISÃO EM FLAGRANTE | 27 |
| 3.2 PRISÃO TEMPORÁRIA | 34 |
| 3.3 PRISÃO PREVENTIVA | 37 |
| 3.4 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO..... | 43 |
| 4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS NA COMARCA DE CRICIÚMA/SC DO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE MAIO E DEZEMBRO DO ANO DE 2016..... | 48 |
| 4.1 REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA: DADOS DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN..... | 48 |
| 4.2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DEFINIÇÃO E PREVISÃO NORMATIVA | 52 |
| 4.2.1 Procedimentos e objetivos da audiência de custódia | 58 |
| 4.3 LEVANTAMENTO E ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS NA COMARCA DE CRICIÚMA ACERCA DA REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA ENTRE MAIO A DEZEMBRO DE 2016..... | 64 |
| 5 CONCLUSÃO | 71 |
| REFERÊNCIAS..... | 73 |
| ANEXO A – Autorização das Varas Criminais da Comarca de Criciúma/SC para coletar os dados das audiências de custódia por meio do Sistema de Audiência de Custódia – SISTAC..... | 78 |
| ANEXO B – Resolução nº 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça | 82 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo verificar a eficácia da implantação da audiência de custódia na Comarca de Criciúma/SC à luz do princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade, pois segundo o artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal [...] ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança [...] (BRASIL, 2017b).

Para tanto, verificar-se-á a conceituação e origem de princípio constitucional, adentrando-se no princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade. Na sequência examinam-se os tipos de prisão em nosso sistema pátrio, aprofundando-se nos tipos de prisão em flagrante e na prisão preventiva, após será abordadas as medidas cautelares diversas da prisão, incluídas no CPP por meio da Lei 12.403/2011. E, por fim, serão analisadas as audiências de custódia, seu conceito, previsão normativa, objetivos e procedimentos, para ao final fazer a análise dos dados coletados no Município de Criciúma/SC e verificar sua eficácia em relação à diminuição do número de encarcerados.

A relevância social da pesquisa está no resultado obtido com a coleta dos dados na Comarca de Criciúma/SC, pois possibilita o conhecimento sobre qual é a realidade da região, a fim de utilizar-se das audiências de custódia como aliada no combate à superlotação de nossos estabelecimentos prisionais. Sabe-se que a prisão era para ser a *ultima ratio* no sistema penal brasileiro, mas infelizmente não é esta a realidade que acomete o país, cada vez mais os presídios e penitenciárias estão superlotados, usados apenas como depósito de cidadãos, que ficam em situações sub-humanas, afastando-os de seu convívio familiar e social, tornando-os mestres do crime, sem preocupar-se com a ressocialização dos mesmos, bem como a real necessidade da prisão. Com isso, tornou-se mais que urgente à instituição da realização das audiências de custódia, nos moldes para que foi criada, e que será esclarecido no presente trabalho.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Por outro lado, no terceiro capítulo será feito um levantamento quantitativo dos dados coletados na Comarca de Criciúma/SC acerca das audiências de custódia realizadas, por meio do Sistema de Audiências de Custódia – SISTAC, disponibilizado pelo CNJ, o qual é

alimentado pelas Varas Criminais, bem como, os dados da situação carcerária no Brasil disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Sendo assim, a presente monografia está dividida em três capítulos.

Com efeito, no primeiro capítulo, conceitua-se a origem de princípio constitucional, adentrando-se no princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Em seguida, já no segundo capítulo são examinadas as prisões em flagrante, temporária e preventiva. Sem prejuízo, ainda no segundo capítulo, analisa-se as medidas cautelares diversas da prisão.

Por fim, no terceiro capítulo abordam-se as audiências de custódia, sua previsão normativa, seu procedimento e suas finalidades. Na sequência, analisa-se os dados coletados na Comarca de Criciúma/SC acerca das audiências de custódia realizadas no período compreendido entre maio e dezembro de 2016. Estuda-se também, a situação carcerária brasileira, diante dos dados disponibilizados pelo DEPEN.

2 O PRINCÍPIO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO

Antes de adentrar ao mérito dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da presunção de inocência, previstos em nosso ordenamento jurídico, indispensável conceituar-se o que é princípio no sentido etimológico da palavra e, em consequência o que seriam princípios constitucionais.

2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

A palavra princípio tem significado variado e segundo o Dicionário Aurélio (2017), significa: “ato de principiar uma coisa, origem, causa primária, ou, ainda, o que constitui a matéria, aquilo que regula o comportamento ou ação de alguém; preceito moral”, entre outros.

“Portanto, etimologicamente, o termo princípio origina-se de principal, primeiro, demonstrando origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento, podendo significar inclusive regras e normas a seguir” (BORGES, 2017).

Há que se ressaltar que a doutrina conceitua o termo princípio de diversos modos. Para o ilustre doutrinador Alexy (2008, p. 90), em sua obra Teoria dos direitos fundamentais, princípios são:

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Para Bolschi (2000, p. 25) princípios são “enunciados de profunda significação ética, política, jurídica ou ideológica, que sustentam, como os pilares de uma obra, o conjunto da construção jurídica”.

Nucci (2010, p. 35) entende que: “os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito. [...]”.

Na mesma linha de pensamento, Barroso conceitua:

[...] Os princípios são a abertura pela qual os valores difundem do plano ético para o firmamento jurídico. De forma progressiva, os princípios

abandonaram sua forma secundária e acessória do Direito para ficarem no núcleo elevado do sistema jurídico, onde propagam-se por todo o ordenamento, inspirando a interpretação e execução das normas jurídicas num todo e admitindo a compreensão moral do Direito (BARROSO, 2015, p. 238-239).

No âmbito jurídico, os princípios servem de parâmetro para o intérprete, direcionando-o a melhor solução para o caso concreto, pois são os princípios que oferecem a similitude ideológica e ética do sistema jurídico, indicando objetivos e caminhos, deste modo alcançando o ideal de justiça (BARROSO, 2015, p. 244).

Sabe-se que os princípios não ofendem direitos e garantias fundamentais, pelo contrário, com eles harmonizam-se perfeitamente, no seu âmago. Além do mais, em regra, os princípios resguardam os direitos fundamentais e são os pilares para as garantias fundamentais (NUCCI, 2010, p. 36).

Segundo Alexy (2008, p. 121), “[...] As garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios [...]”.

Por fim, todos os princípios garantistas, que conduzem as matérias de direito penal e processual penal, inteiramente ligada ao mais primordial valor humano, serão sempre princípios, na mais legítima definição, não os comparando com meras regras ou normas (NUCCI, 2010, p. 37).

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Abordar-se dentre os princípios constitucionais, os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, por guardarem maior relação com o tema proposto na presente monografia.

2.2.1 Conceito e origem

A regularidade dos princípios advém de três fases específicas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista (BONAVIDES, 2003, p. 259).

Na fase jusnaturalista, os princípios encontram-se integralmente de forma abstrata, não sendo possível ter certeza de sua força normativa, o que contrapõe-se com a importância de sua grandeza ético-valorativa de juízo que infunde os primeiros passos de justiça. A fase jusnaturalista, controlou a dogmática dos

princípios até a vinda da Escola Histórica do Direito, mas em seguida deu espaço a um positivismo intenso, predominante, que até o século XX, os poucos juristas que ainda eram adeptos dos ensinamentos do Direito Natural, não sentiam-se mais a vontade de seguirem, por conta de tão atrasada, antiquada, que encontrava-se aquela doutrina jurídica (BONAVIDES, 2003, p. 260).

Em relação à segunda fase, leciona Bonavides (2003, p. 262-263):

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária. [...] O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico.

Por derradeiro, a terceira fase, é a do pós-positivismo, que representa a espetacular conjuntura constituinte das últimas décadas do século XX, trazendo já nas Constituições promulgadas a supremacia do valor dos princípios, transformando-os em coluna normativa aos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2003, p. 264).

Ensina ainda Bonavides (2003, p. 265) que:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard.

Iniciando-se do papel explicativo e constitutivo dos princípios, é plausível que cheguem ao maior topo normativo que já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional (BONAVIDES, 2003, p. 274).

A constitucionalização dos princípios, conforme os ensinamentos de Bonavides (2003, p. 274), “compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade”.

A fase programática e a fase não programática quer dizer que, na primeira a regra constitucional é mínima e na outra máxima, onde na primeira ainda predomina num território genérico e têm a aplicação diversa, já a fase não programática, toma um lugar onde evidencia imediatamente sua grandeza prática e efetiva, tendo seu aproveitamento direto e imediato (BONAVIDES, 2003, p. 274).

Diante do exposto acima, conceituam Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 34):

Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em *dois tempos* e a *quatro mãos*: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se concretizam, naturalmente, como *normas do caso* ou *normas de decisão*, pelos intérpretes e aplicadores do Direito.

Portanto, princípios constitucionais são normas, valores fundamentais que determinam a interpretação da legislação pátria.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A origem do princípio da proporcionalidade teve início com a ideia de dar proteção à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa percepção de que existiam direitos contrários ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria assegurar que estes direitos fossem respeitados proveio das teorias jusnaturalistas estabelecidas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII (BARROS, 2003).

Em regra, o princípio da proporcionalidade é muito antigo e seu ressurgimento ocorreu nos últimos duzentos anos, sendo utilizado classicamente e tradicionalmente no âmbito do Direito Administrativo (BONAVIDES, 2003, p. 398).

É importante fazer um desvio momentâneo da história, para poder alcançar as bases da dinâmica intelectual que foi o nascedouro do princípio da proporcionalidade como ferramenta de controle do excesso de poder (BARROS, 2003).

Segundo, Barros (2003) as condições verdadeiras da época demonstravam a incompatibilidade entre a monarquia absoluta, que se apropriava de todos os poderes, e uma sociedade nova, cujo gênero basilar era a ampliação nos setores da cultura e do comércio. À mostra desse cenário histórico, é concebível que as doutrinas e percepções filosóficas de então buscassem amparar e fazer valer os ideais de liberdade da burguesia.

Por oportuno, Gomes (2005, p. 12), nos diz que:

O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade deita raízes em séculos passados. Na história recente recorda-se que até a metade do século XX, na Alemanha, ele tinha o sentido de limite ao poder de polícia (*Polizei-recht*); depois da 2ª Guerra Mundial, passou a ser concebido como princípio de direito constitucional que limita toda atuação do poder público. Em 1971, na Alemanha, é reconhecida pela primeira vez a inconstitucionalidade de uma lei penal com base no princípio da proporcionalidade. No Brasil referido

princípio foi acolhido pelo STF em 1951 (cf. RE 18.331, relator Orozimbo Nonato).

A notável inovação a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade foi no final do século XX, pois foi inserido no campo do Direito Constitucional, sendo algo tão arrojado e marcante quanto na alçada da Teoria do Direito e das técnicas de compreensão, que vem sendo amplamente reconstruídos e reexaminados (BONAVIDES, 2003, p. 398).

De acordo com Bonavides (2003, p. 399), a inclusão do princípio da proporcionalidade revela quiçá, a marca mais diferenciada do segundo Estado de Direito, que com a utilização desse princípio, saiu imensamente consolidado. Transformou-se em princípio constitucional, por fruto da doutrina e da jurisprudência, especialmente na Alemanha e Suíça (BONAVIDES, 2003, p. 399).

A conexão do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional acontece por meio dos direitos fundamentais. É neste panorama que ele conquista grande importância e ganha valor e grande propagação quanto aos outros princípios fundamentais (BONAVIDES, 2003, p. 395).

A jurisprudência constitucional de vários países da Europa utiliza frequentemente o princípio da proporcionalidade. A doutrina, em contrapartida, procura solidificá-lo como preceito essencial de suporte e abrigo dos direitos fundamentais e de definição de um novo Estado de Direito, transformando deste modo da proporcionalidade um princípio imprescindível a Constituição (BONAVIDES, 2003, p. 396).

Sob alguns pontos de vista, a regra de proporcionalidade gera uma contestada ascensão do juiz (executor da justiça material) em relação ao legislador, sem intenção, contudo a desgastar ou estremecer o princípio da separação dos poderes (BONAVIDES, 2003, p. 399).

De acordo com Bonavides (2003, p. 400), “no segundo Estado de Direito o legislador já não é, porém o soberano das épocas em que o princípio da *legalidade* se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio de *constitucionalidade*”.

Dessa forma, o legislador, em virtude do aprimoramento dos instrumentos jurisdicionais de gerência de seus atos, parou de locomover-se com a completa autonomia de tempos passados, peculiar da época do primeiro Estado de Direito (BONAVIDES, 2003, p. 400).

Sobre a supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, Bonavides (2003, p. 400), diz que:

[...] somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional.

O princípio da proporcionalidade, na esfera do direito constitucional, que o abrigou e corroborou, a ponto de conferir-lhe à obediência não somente das forças administrativas, mas igualmente de juízes e legisladores, o princípio tornou-se da mesma essência da característica de Estado de Direito pela sua própria união com os direitos fundamentais, que lhe dão apoio e, do mesmo modo, dele baseiam-se para efetivar-se (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 121).

Nesse sentido, afirmam Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 121):

[...] Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo* (pag.121)

Vão além, ao dizer que: “o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 327).

Por fim Barroso (2015, p. 289-290), declara que:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e do princípio da proporcionalidade do direito alemão. [...]

Como demonstrado, o princípio da proporcionalidade surgiu na Europa, e era muito utilizado especificamente no campo do Direito Administrativo e com o passar dos anos foi inserido como princípio Constitucional. A partir disso, no tópico a seguir abordaremos o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal.

2.3.1 Princípio da proporcionalidade no direito penal

Sobre proporcionalidade no campo do Direito Penal, preceitua Nucci (2007, p. 37, grifo nosso):

Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais. **Por isso, o princípio esparge-se por todos os ramos do Direito, adquirindo especial relevo na esfera penal.** Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção subsidiária que o Direito Penal deve assegurar aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.

O princípio da proporcionalidade cumpre grande função no sistema penal, isso porque norteia a construção dos tipos penais incriminadores por meio de uma minuciosa seleção daquelas condutas que possuem dignidade penal. Ademais, põe limites à atividade do legislador penal, bem como quem interpreta a lei, visto que situa até que momento se faz necessária à intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos (GOMES, 2003, p. 60).

A esse respeito, Jesus (2014, p. 53) leciona:

Chamado também “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

O princípio da proporcionalidade é essencial para o equilíbrio da aplicação das penas no âmbito do Direito Penal, devendo as penas serem adotadas na proporção da gravidade do delito praticado, aplicando subsidiariamente o princípio da individualização das penas (NUCCI, 2013, p. 249).

Prado (2011, p. 150), nos diz que: “embora sua origem remonte à Antiguidade, foi só com o iluminismo, em especial com a obra de Cesare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal [...]”.

Segundo Beccaria (2004, p. 85-86), em sua Ilustre obra Dos Delitos e das Penas, as penas devem ser proporcionais aos delitos:

Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. [...] Se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; [...]

Assinala-se, simultaneamente, que as penas têm que ser específicas ao delito, bem como, devem ser proporcionalmente utilizada, de acordo com a magnitude da violação penal cometida (NUCCI, 2010, p. 211).

Isto posto, Nucci (2010, p. 211), assegura que:

[...] há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime.

O primeiro objetivo tem que ser adotado pelo legislador, no momento em que gera um novo perfil incriminador ou assim como tenciona modificar o tipo, formato ou quantidade de sanção penal. O segundo, voltando-se ao juiz, aponta-lhe a legítima relevância entre a força da pena e a lesão causada pela transgressão de uma lei penal (NUCCI, 2010, p. 211).

A proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios, quais sejam: *lato sensu (adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito)*, consegue-se assegurar que uma medida é razoável quando capaz de alcançar os propósitos para os quais foi aviltada; quando proporciona o mínimo dano dentre as deliberações prováveis, proporcionando menor incumbência aos direitos fundamentais, e quando os benefícios que ancora ultrapassam suas perdas (PRADO, 2011, p. 150).

Segundo, Silva (2004, p. 98), os três subprincípios da proporcionalidade pressupõem uma análise ordenada, sendo tal ordem obrigatória. Isto porque, a análise da proporcionalidade nem sempre exige a análise dos três elementos formadores. Assim, relacionam-se de forma subsidiária.

Para Prado (2011, p. 150) a cominação e imposição da pena:

[...] agregam-se, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade. Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia.

E continua dizendo que: “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso” (PRADO, 2011, p. 151).

O princípio da proporcionalidade encontra-se também esculpido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 em seu artigo 8º que diz: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (BRASIL, 2017n).

No tocante à conexão da proporcionalidade e culpabilidade, Boschi (2000, p. 67) diz que: “A exigência que a pena guarde proporcionalidade com a culpabilidade e a gravidade do injusto típico é formula consignada expressamente pelo legislador na lei penal brasileira (art. 59 do CP)”.

Assim, no que diz respeito à proporcionalidade entre os delitos e as penas, ressalta-se que é necessário haver continuamente uma proporção de bom senso - *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a magnitude do ato ilegal realizado, do injusto penal e a sanção cominada ou prescrita (PRADO, 2011, p. 151).

Por fim, “a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente” (PRADO, 2011, p. 151).

2.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A respeito do princípio da presunção de inocência, Rangel (2007, p. 23) assevera que:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. [...]

Junto com o surgimento da Revolução Francesa, desponta o diploma símbolo dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Desta feita, está registrado em seu artigo 9º que:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (BRASIL, 2017n).

Após sua origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio da presunção da inocência, obteve efeito universal com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que afirmou em seu art. 11:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa (BRASIL, 2017o).

De acordo com Lopes Junior (2014, p. 215):

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. [...]

O princípio da inocência o qual seu início, mais expressivo pode ser atribuído à Revolução Francesa e à derrocada do Absolutismo, perante a chancela da presunção de inocência, obteve tratamento diverso por parte do constituinte de 1988 (OLIVEIRA, 2008, p. 415).

Ainda segundo o autor, a Constituição Brasileira efetivamente, não menciona a respeito de nenhuma presunção de inocência, mas sim, afirma sua existência como elevada importância normativa a ser respeitada em todas as etapas do processo penal ou da perseguição penal, englobando, igualmente, tanto o estágio da investigação (fase pré-processual) bem como a etapa processual propriamente dita (ação penal) (OLIVEIRA, 2008, p. 415).

Nucci (2010, p. 239), traduz brilhantemente que o princípio da inocência é inerente ao ser humano. Vejamos:

[...] O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.

Por isso, não é correto, muito menos coerente com o princípio constitucional da presunção de inocência nenhuma forma precoce de execução da pena que não seja devidamente fundamentada e conexa a fatos consistentes e

particularizáveis com relação à pessoa do indiciado (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 639).

A presunção de inocência também está prevista e expressa em nossa Carta Magna, como leciona Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 631, grifo nosso):

A Constituição estabelece, no art. 5º, LVII, **que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência (antes do trânsito de julgado da sentença penal condenatória).

Para Gomes (2005, p. 22)

[...] o correto é falar em princípio da presunção de inocência não princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava a ideia de que o acusado é inocente).

Pode-se afirmar que, o estado de inocência é algo que não se pode dispor e muito menos recusar, pois é inerente da natureza humana, sendo digno do mais profundo respeito, em consagração ao princípio fundamental regente da dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2010, p. 239).

A ruptura do genuíno estado de inocência necessita do eficaz desempenho probatório do denunciante, ante um juiz isento, proporcionando-se, sistematicamente, o contraditório e o duplo grau de jurisdição (NUCCI, 2010, p. 265).

De acordo com Gomes (2005, p. 22-23, grifo nosso), do princípio da presunção de inocência emanam duas regras, quais sejam:

a) probatória: cabe a quem acusa o ônus de provar *legalmente e judicialmente* a culpabilidade do imputado. Esta parte do princípio esta na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art.8º) e no Pacto Internacional do Direitos Cíveis e Políticos (art.14). Não existe presunção de veracidade dos fatos narrados, leia-se, não existe confissão ficta no processo penal, nem sequer quando o acusado não contesta os fatos descritos na peça acusatória. **b) regra de tratamento**: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do transito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

Como já explanado, é da natureza humana o estado de inocência, com isso, fica a encargo da acusação a comprovação dos fatos alegados, até por que, o encarceramento cautelar da liberdade só pode acontecer em circunstâncias extraordinárias e de estrita necessidade. Nesse cenário, a regra é a liberdade e o cárcere, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, deve ocorrer somente em casos de extrema exceção (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 61).

Igualmente, é o entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal, de que o estado de inocência permanece até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória final, ainda que sujeito a recurso especial e/ou extraordinário, visto que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar implica a obrigatória comprovação. [...] (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 61).

Por oportuno, lecionam Barroso e Araújo Junior (2011, p. 22):

Significa que não é possível prisão sem sentença condenatória transitada em julgado? Não, pois é possível a prisão cautelar, mas significa que a prisão antes da certeza da culpa não pode ter sentido de pena, nem finalidade de pena. A prisão cautelar é possível exatamente porque tem finalidade instrumental, visando assegurar o bom andamento da ação principal (art. 312 do CPP), não tendo escopo punitivo.

Com a mesma opinião, Gomes (2005, p. 23) diz que, o indiciado pode ser recolhido cárcere no curso do processo desde que o juiz demonstre a real imprescindibilidade da prisão cautelar, deste modo, com a comprovação da concreta necessidade do encarceramento o juiz não ferirá quaisquer princípios constitucionais.

Porém, após o marco do trânsito em julgado a garantia do estado de inocência não mais prevalece, conforme preceitua Nucci (2010, p. 251):

A garantia do estado de inocência, para cada situação concretamente julgada, possui um limite, fixado, como regra, no trânsito em julgado da decisão condenatória. Após este marco, passa-se a considerar o réu culpado da prática do crime e não mais o favorece o benefício da dúvida, conforme a fase processual atingida.

Lopes Junior (2014, p. 220) nos ensina que o princípio da presunção de inocência:

[...] enquanto princípio reitor do processo penal deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab) uso das prisões cautelares).

Por derradeiro, a presunção de inocência atinge, propriamente, o ônus da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a restrição à divulgação excessiva para tentar controlar a inserção de estigmas antecipados na pessoa do acusado; e especialmente, a proibição ao uso desmedido das prisões cautelares (LOPES JUNIOR, 2014, p. 220).

3 MODALIDADES DE PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A respeito do surgimento da pena de prisão, Lopes Junior (2014, p. 36), assevera que:

A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada por muitos contra um.

Antigamente os povos não tinham conhecimento que a privação de liberdade era o mesmo que uma sanção penal. O cárcere subsiste desde muito tempo, porém sem a característica de “pena”, mas sim, para outras finalidades. Até finais do século XVII, a prisão desempenhava apenas a função de custódia, isto é, tinha controle sob o suspeito até a sentença final e execução da pena, pois que, nessa época, inexistia uma efetiva pena, por que os castigos exauriam-se apenas com a morte e as sanções corporais e degradantes. A prisão apresentava a princípio, a incumbência de lugar de custódia e tortura (LOPES JUNIOR, 2014, p. 36).

Ademais, na era pré-moderna (Idade Média), sequer havia a pena privativa de liberdade como penalidade. A prisão permanecia com o cunho de local de custódia, pois as punições eram atrozidades, como amputação de braços e pernas, olhos, língua e outras mutilações (LOPES JUNIOR, 2014, p. 36).

A respeito deste tipo de punição cruel e desmedida Foucault (2013, p. 71), já apontava que:

É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício se tornou rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”.

A prisão canônica é um valoroso precedente da prisão moderna, uma vez que se depara com os ensinamentos de uma “pena medicinal”, com a finalidade de encaminhar o pecador à compunção e a reflexão de que a pena jamais pode convir para o aniquilamento do sentenciado, mas sim para a sua evolução para ser tornar um ser humano melhor (LOPES JUNIOR, 2014, p. 36).

Lopes Junior (2014, p. 36) afirma que “inclusive, na inquisição, a diferença do sistema vigente até então conheceu a “pena” privativa de liberdade, ao lado da prisão de natureza processual ou preventiva”. E continua:

Até então, séculos XVI e XVII, havia o uso generalizado da pena de morte, sendo que a forma de execução mais frequente era a forca. Ao lado dela, eram recorrentes açoites, a deportação e os atos causadores de vergonha pública. Mas a pena capital começa a ser questionada, pois não demonstrava ser um instrumento eficaz diante do aumento de criminalidade. É quando começa a surgir a ideia da prisão como pena privativa de liberdade (LOPES JUNIOR, 2014, p. 36-37).

Surge então na Europa, em meados do século XVII, uma mudança crucial para a evolução da pena privativa de liberdade, com a edificação de presídios planejados para a regeneração dos punidos por meio do trabalho e da obediência às regras (LOPES JUNIOR, 2014, p. 37). Colhe-se dos ensinamentos do mesmo autor:

A principal causa de transformação da prisão-custódia em prisão-pena foi a necessidade de que não se desperdiçaria “mão-de-obra”, e também para controlar sua utilização conforme as necessidades de valorização do capital. Existe uma forte influência do modelo capitalista implantado nessa época. É o controle da força de trabalho, da educação e da “domesticação” do trabalhador. [...]. Somente no século XVIII surge a privação de liberdade como pena, e apenas no século XIX a pena de prisão converte-se na principal das penas, substituindo progressivamente as demais (LOPES JUNIOR, 2014, p. 37).

Após este breve histórico do surgimento da prisão, nos tópicos a seguir será abordados os tipos de prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o instituto das medidas cautelares diversas da prisão.

3.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

Flagrante quer dizer tanto o que é inequívoco ou notório, como a ação que pode-se constatar no justo instante em que acontece (NUCCI, 2010, p. 584).

De acordo com Rangel (2010, p. 757) flagrante:

[...] É o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada.

E ainda, “[...] prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)” (NUCCI, 2010, p. 584).

Ressalta Fernandes (2005, p. 317) que na prisão em flagrante há a necessidade de dois elementos essenciais para a configuração da prisão, vejamos:

[...] a atualidade e a visibilidade. A atualidade resulta diretamente da situação de flagrância, reveladora de que algum fato delituoso está acontecendo no momento da prisão ou pouco antes. Aliás, o próprio significado da palavra “flagrante” indica uma situação de atualidade que justifica a prisão do agente surpreendido no cometimento de fato supostamente criminoso, pois “flagrante” é o que arde, o que está em chamas. Não bastaria a atualidade para justificar a prisão, exigindo-se que alguém, por ter assistido ao fato, possa atestar a sua ocorrência, ligando-o a quem venha a ser surpreendido na sua prática. É algo externo que se junta à situação de flagrância. Soma-se, assim, ao elemento da atualidade o da visibilidade.

A prisão em flagrante tem como fundamentos: obstar a fuga do suspeito do fato; proteger a sociedade, proporcionando-lhe credibilidade na lei; servir de paradigma para os indivíduos que desestruturam a ordem jurídica e proteger as provas que, por ventura, serão obtidas no andamento do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria (RANGEL, 2010, p. 758).

A prisão em flagrante está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI que diz:

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

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 2017b).

Isso quer dizer, que a prisão em flagrante pode ocorrer sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, por isso neste momento é possível atribuir a prisão em flagrante à característica de prisão administrativa (NUCCI, 2010, p. 584).

De outro norte, efetuada a prisão sem o mandado, esta submete-se a análise do magistrado, que poderá relaxá-la, quando enxergar ilegalidade, conforme artigo 5º, inciso LXV, da CF. Destaca-se ainda, que a partir do momento que o

magistrado mantem a prisão em flagrante, ela sai do campo administrativo e torna-se prisão processual, pois a autoridade coatora naquele momento é o magistrado que a manteve, logo após dela ter conhecimento (NUCCI, 2010, p. 585).

Observa-se também, conforme previsto no artigo 301 do CPP que qualquer pessoa do povo pode prender quem seja encontrado em flagrante delito, *in verbis*:

Art. 301. Qualquer do povo **poderá** e as autoridades policiais e seus agentes **deverão** prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (RANGEL, 2010, p. 758, grifo nosso).

Institui-se, portando, dois tipos de flagrante: “o *flagrante facultativo*, quando se tratar de qualquer do povo; e o *flagrante coercitivo*, quando se referir às autoridades policiais e seus agentes”. Isto é, no facultativo, o flagrante abriga a característica jurídica de um exercício regular do direito, uma vez que a todo cidadão é permitido deter quem quer que seja visto nas situações previstas no artigo 302 do CPP. Todavia, no flagrante coercitivo, a característica jurídica se modifica, passando a ser um estrito cumprimento do dever legal (RANGEL, 2010, p. 758).

Considerando a natureza jurídica da prisão em flagrante, Lopes Junior (2014, p. 824) afirma que:

[...] É uma medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Nesta linha de raciocínio está a atual redação do artigo 310 do CPP, modificada pela Lei 12403/2011:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (BRASIL, 2017a).

Desse modo, encerram-se, de uma vez por todas as completamente ilegais prisões em flagrante que permaneciam por muitos dias, por várias vezes até término do inquérito policial, sem a imprescindível decretação e comprovação da real necessidade da prisão preventiva (LOPES JUNIOR, 2014, p. 825).

Portanto, o magistrado, em até 24h posterior a concretização da prisão, terá que obter o auto de prisão em flagrante e deliberar entre o relaxamento; transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva, informando sua fundamentação para tanto; substituição por outra medida cautelar diversa da prisão preventiva ou o consentimento da liberdade provisória com ou sem fiança (LOPES JUNIOR, 2014, p. 825).

O prazo de 24hs para que o auto de prisão em flagrante seja encaminhamento ao juiz competente encontra-se previsto no artigo 306, § 1º do CPP:

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

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (BRASIL, 2017a).

Por isso, resta “absolutamente inadmissível a simples manutenção da prisão em virtude da mera homologação da prisão em flagrante” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 825).

Por fim, ainda sobre o tema, assevera Lopes Junior (2014, p. 825):

Não existirá mais (e juridicamente nunca existiu...) o manter-se alguém preso, além das 24hs, sem uma decisão judicial fundamentada, decretando a prisão preventiva. E mais: essa prisão preventiva – a nosso juízo – somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial), pois constitucionalmente é inconcebível que o juiz o faça de ofício. Infelizmente o CPP segue tolerando a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, insistindo no ranço inquisitório.

Verifica-se a partir de agora as espécies de flagrante delito disciplinadas no artigo 302 do CPP:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 2017a).

De acordo com Nucci (2010, p. 587-589), os tipos de flagrante disciplinados nos incisos I ao IV do mencionado artigo são os seguintes: nos incisos I e II chama-se de flagrante próprio ou perfeito, pois acontece quando o agente ainda está no cometimento da infração penal. Por outro lado, no inciso III o flagrante é definido como impróprio ou imperfeito. Este tipo de flagrante ocorre quando o transgressor efetiva a infração penal ou é interrompido pela chegada de terceiros, mas mesmo com a chegada de terceiros o infrator consegue fugir, fazendo com que haja uma perseguição policial, pela própria vítima ou até mesmo de qualquer cidadão. Na última hipótese, prevista no inciso IV, temos o chamado flagrante presumido ou ficto, que funda-se na circunstância do sujeito que, logo após ter cometido o crime, apesar de não ter sido perseguido, é localizado possuindo utensílios, armas, objetos que demonstrem, por presunção, ser ele o responsável pela infração penal.

No tocante ao flagrante próprio conceituam e esclarece Távora, Alencar (2014, p. 715):

Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

Temos duas situações contempladas nesta modalidade: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa; b) de que é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo.

A respeito do flagrante impróprio, nesta modalidade o infrator é perseguido, logo após o cometimento do delito, em condição que faça supor ser ele o executor do fato. A expressão “logo após” abrange todo o espaço de tempo transcorrido para a polícia comparecer ao local, obter as provas do crime e começar a perseguição do autor (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 716).

“Não existe um limite temporal para o encerramento da perseguição, se esta não for interrompida, mesmo durante dias ou até mesmo semanas, havendo êxito na captura do perseguido, estaremos diante do flagrante delito” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 716).

Sobre a perseguição mencionada, seu conceito legal e característica estão previstos no artigo 290, §1º, do CPP:

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

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

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço (BRASIL, 2017a).

No que concerne ao flagrante presumido ou ficto, válido é o ensinamento de Nucci (2010, p. 589):

Não deixa essa hipótese de ser igualmente uma modalidade de flagrante impróprio ou imperfeito. Constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal (inciso IV do art. 302 do CPP). É que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão. Também neste contexto não se pode conferir à expressão “logo depois” uma larga extensão, sob pena de se frustrar o conteúdo da prisão *em flagrante*. Trata-se de uma situação de imediatidade, que não comporta mais do algumas horas para findar-se.

Tem-se ainda, o flagrante delito nos crimes permanentes, conforme artigo 303 do CPP, que preceitua: “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL, 2017a).

De acordo com tal dispositivo, enquanto perdurar a permanência do delito, a prisão em flagrante poderá ser efetuada a qualquer momento, ainda que para isso seja forçoso o acesso ao domicílio, pois em nossa Constituição admite-se que se adentre no domicílio do suspeito possibilitando a consumação da prisão em flagrante, podendo ser a qualquer hora do dia ou da noite (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 714).

Lopes Junior (2014, p. 831) cita exemplos de crimes permanentes: “a ocultação de cadáver (art. 211 do CP), receptação (na modalidade “ocultar”, art.180 do CP), ocultação de bens, direitos e valores (art.1º da Lei 9.613/98), entre outros”.

Quanto à prisão em flagrante nos delitos de menor potencial ofensivo, informam Távora e Alencar (2014, p. 723-724):

Nas infrações de menor potencial ofensivo, que são os crimes com pena máxima de até dois anos, cumulados ou não com multa, e as contravenções penais (art. 61, Lei nº 9.099/1995), ao invés da lavratura do auto de prisão

em flagrante, teremos a realização do termo circunstanciado, desde que o infrator seja imediatamente encaminhado aos juizados especiais criminais ou assuma o compromisso de comparecer, quando devidamente notificado. Caso contrário, o auto será lavrado, recolhendo-se o agente ao cárcere, salvo se for admitido a prestar fiança.

Existem ainda outras espécies de flagrantes, quais sejam: forjado, provocado ou preparado, esperado e protelado ou diferido. A seguir, de forma sucinta, iremos abordá-los.

Ocorre o flagrante forjado, quando é produzido, “fabricado” um cenário fático de flagrância delitiva para (tentar) validar a prisão. Produz-se um contexto que não é verdadeiro. Um exemplo muito comum é “plantar” drogas ilícitas ou armas para que, com base nessa posse ilegítima, falsamente armada, conseguir efetuar a prisão em flagrante do indivíduo (LOPES JUNIOR, 2014, p. 833).

“É uma modalidade ilícita de flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denunciação caluniosa (art. 339, CP), e sendo agente público, também abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65)” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 720).

Quanto ao flagrante provocado e preparado, leciona Lopes Junior (2014, p. 834, grifo nosso):

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa o delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. [...] É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal). É uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.

Penalmente, considera-se que o agente não tem qualquer possibilidade de êxito, aplicando-se a regra do crime impossível, art. 17 do CP:

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

É, portanto, ilegal o flagrante provocado.

O flagrante preparado é ilegal, pois também vinculado à existência de um crime impossível. Aqui não há indução ou provocação, senão que a preparação do flagrante é tão meticulosa e perfeita que em momento algum o bem jurídico tutelado é colocado em risco.

Aplica-se, nesse caso, o disposto na Súmula n.145 do STF: *Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*

No flagrante esperado, a autoridade policial já tem o prévio conhecimento de que aquele crime está sendo programado, e com esta informação que precede o ato delitivo coloca-se em campana (tocaia/vigilância), atingindo o objetivo da prisão

quando a consumação do crime se efetiva (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 717). “Exemplo: quando a polícia tem a informação de que esse ou aquele estabelecimento comercial ou bancário será alvo de um roubo e coloca-se em posição de vigilância discreta e logra surpreender o criminoso” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 834).

Por fim, “a Lei nº 12.850/13 que trata das organizações criminosas, prevê uma espécie diferente de flagrante em relação às ações praticadas por meio destas organizações criminosas”. Versa sobre o chamado flagrante diferido ou controlado (PACELLI, 2014, p. 540).

Sobre o flagrante diferido, Pacelli (2014, p. 540) continua dizendo que:

Diante da complexidade que acompanha as ações criminosas praticadas por grupos organizados, a lei prevê a possibilidade de retardamento da ação policial, para observação e acompanhamento das condutas tidas como integrantes de ações organizadas. Em tal situação, a ação policial, ou seja, a prisão em flagrante, será diferida, isto é, adiada, para que a medida final se concretize no momento eficaz, do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações (art.8º). [...] Tal modalidade, depende de ordem judicial, com prévia oitiva do Ministério Público, exigindo-se ainda, para o flagrante diferido, sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Para Lopes Junior (2014, p. 836), “o flagrante diferido não constitui uma nova modalidade de prisão, senão um instrumento-meio, com vistas à eficácia da investigação”.

3.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

Na conceituação de Nucci (2010, p. 581), prisão temporária:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei nº 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para a averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.

“É uma prisão finalisticamente dirigida à investigação e que não sobrevive no curso do processo penal por desaparecimento de seu fundamento” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 905).

Para a doutrina a prisão temporária é inconstitucional, pois foi instituída por meio da Medida Provisória nº 111/89, por ação do Poder Executivo, sendo que a competência para tanto é do Poder Legislativo. “Em que pese a conversão posterior da medida provisória na lei infante, é de se ressaltar que a mácula não se convalida, e a inconstitucionalidade perpetua até os dias atuais” [...] (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 745).

Para Rangel (2010, p. 827), a prisão temporária é igualmente inconstitucional por um motivo muito claro: no Estado Democrático de Direito não se pode aceitar que o Estado utiliza-se da prisão com teor puramente investigativo, o que fragiliza ainda mais a liberdade do cidadão, por que, primeiro se prende, para depois fazer a investigação a fim de saber se o acusado é realmente o responsável pelo crime. “Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados”.

Com o surgimento da Lei nº 12.403/2011, o Código passou a fazer alusão ao regime da prisão temporária quando abordou os tipos de prisões prováveis em nosso ordenamento preceituando em seu artigo 283, que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, **no curso da investigação** ou do processo, **em virtude de prisão temporária** ou prisão preventiva” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 746-747, grifo nosso).

Ainda sobre o disposto acima, é o entendimento de Távora e Alencar (2014, p. 747):

De tal maneira, a restrição da decretação da prisão temporária à existência de inquérito policial em sentido estrito cede diante do novo texto legal do CPP, bastando haver investigação criminal instaurada, tal como pode ocorrer no âmbito do Ministério Público, pelo que se infere a possibilidade de sua decretação a requerimento da autoridade que estiver conduzindo a respectiva investigação. É o que depreende não só do novo texto do art. 283, CPP, mas também do art. 282, CPP, que cuida dos pressupostos gerais para a decretação de toda e qualquer medida cautelar.

As hipóteses de cabimento da prisão temporária estão previstas na Lei nº 7.960/89 em seu artigo 1º, *in verbis*:

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

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
 III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes [...] (BRASIL, 2017c).

O inciso III da referida Lei elenca de forma taxativa os tipos de crimes que admitem a prisão temporária, sendo eles: **a)** homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); **b)** sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); **c)** roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); **d)** extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); **e)** extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); **f)** estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); **g)** atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); **h)** rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); **i)** epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); **j)** envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); **l)** quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; **m)** genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; **n)** tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); **o)** crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); **p)** crimes previstos na Lei de Terrorismo (Lei nº 13.260/16) (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 747-748).

Os incisos têm que ser interpretados simultaneamente, de forma que só pode ocorrer prisão de um suposto infrator ou partícipe de qualquer um dos crimes dispostos no inciso III onde o rol é taxativo, e quando imprescindível para a investigação. “Logo, sempre deve estar presente o inciso III” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 907).

Quanto aos requisitos leciona Lopes Junior (2014, p. 907-908):

Da mesma forma, a necessidade da prisão está estampada no inciso I, de modo que a tal “imprescindibilidade para as investigações” não pode faltar. Contudo, tanto o inciso I como o inciso III, de forma isolada, não justificam a prisão temporária, somente quando combinados. O inciso II (indiciado sem residência fixa ou não fornecer elementos necessários para sua identificação) é completamente contingencial, ou seja, sozinho não autoriza a prisão temporária e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária. Em suma: a prisão temporária somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III e I. A situação descrita no inciso II apenas reforça o fundamento da prisão, logo, pode haver prisão temporária pela conjugação dos três incisos. Todas as demais combinações não autorizam a prisão temporária.

A prisão temporária tem prazo definido em lei, que em regra geral (art.2º da Lei nº 7.960/89) são de 05 (cinco) dias podendo ser prorrogado por mais 05 (cinco) dias em casos que se comprove a extrema necessidade. A ampliação do prazo implica em pedido fundamentado, competindo ao juiz decidir quanto à sua admissibilidade. “Não cabe prorrogação de ofício”. Nos casos de crimes hediondos e equiparados (art.2º, §4º da Lei nº 8.072/90), o prazo é de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, a necessidade igualmente tem que ser comprovada (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 750).

Findando o prazo estabelecido pelo magistrado (com ou sem prorrogação), o acusado tem que ser posto em liberdade imediatamente, sendo possível pela própria autoridade policial de forma autônoma, sem a necessidade da expedição de alvará de soltura pelo juiz. Deixar de libertar o indivíduo acarreta em abuso de autoridade (art. 4º, i, da Lei 4.898/65). “A única ressalva para manter a prisão fica por conta da decretação de prisão preventiva, que passaria a vigor após o término da temporária” (NUCCI, 2010, p. 583).

3.3 PRISÃO PREVENTIVA

É a prisão de característica cautelar mais abrangente, sendo um poderoso instrumento de encarceramento no decorrer de toda a persecução penal, pois pode ocorrer tanto na fase policial (inquérito) quanto na fase processual. A prisão preventiva é admitida até mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas, tem que ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), e desde que existentes os fundamentos que retratem a imprescindibilidade da prisão, pois a preventiva, por ser prisão de característica cautelar, só se ampara se existir o mínimo de provas que indique o cometimento do delito, os possíveis transgressores, além de justificativa prevista em lei que demonstre a necessidade do cárcere (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 732).

Ainda de acordo com os autores:

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.

Pacelli (2014, p. 549) também assevera que mencionada categoria de prisão, por acarretar como resultado a privação da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado, apenas se explica ao passo que for capaz de dar guarida à persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, igualmente, quando se mostrar a única forma de atender tal necessidade.

A prisão preventiva pode ser decretada segundo artigo 311 do CPP: “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. As hipóteses de decretação da prisão estão arroladas no artigo 312 do CPP, conforme abaixo:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º) (BRASIL, 2017a).

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva apenas era admitida nas circunstâncias elencadas no artigo do 313 do CPP, e desde que existentes as situações de fato do artigo 312 do CPP.

Por meio da inclusão das medidas cautelares diversas da prisão, existiram novos fundamentos e novos casos de acolhimento da prisão preventiva, independentemente do disposto no artigo 313, do CPP, pois “também será possível à decretação da preventiva sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP)” (PACELLI, 2014, p. 550).

Segundo o doutrinador, a prisão preventiva passa a conter dois atributos bem determinados:

[...] Ela será autônoma, podendo ser decretada independentemente de qualquer providência cautelar anterior; e, ela será subsidiária, a ser decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta (PACELLI, 2014, p. 550).

E ainda:

Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo *autônomo* e independente (arts. 311, 312 e 312, CPP);
- b) como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e
- c) em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP) (PACELLI, 2014, p. 551).

Nota-se também que o *fumus commissi delicti* é um requisito para a decretação da prisão preventiva, oferecendo um mínimo de segurança na decretação da medida cautelar, com a apuração do delito e do agente. Com isso, em relação à **prova de existência do crime**: “a materialidade delitiva deve estar devidamente comprovada para que o cerceamento cautelar seja autorizado”; e os **indícios suficientes da autoria**: “basta que existam indícios fazendo crer que o agente é o autor da infração penal. Não é necessário haver prova robusta, somente indícios” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 732, grifo nosso).

Outro requisito para a decretação da prisão preventiva é o *periculum libertatis*, que nada mais é o perigo que a liberdade do agente pode acarretar como: o risco para ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, conforme preceitua o artigo 312, do CPP. “Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 854).

Vê-se agora, de modo sucinto cada uma das situações previstas no artigo 312 do CPP:

A garantia da ordem pública por ser um conceito muito amplo, indeterminado, não há um consenso doutrinário e jurisprudencial, com isso para Lopes Junior (2014, p. 854) “é recorrente a definição de ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”“. Por outro lado, é o entendimento de Távora e Alencar (2014, p. 733) que diz: “a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal”. Por fim e não menos importante, Nucci (2010, p. 602, grifo nosso) assevera que: “a garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio ***gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente***”.

Em relação à garantia da ordem econômica, esta foi inserida no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.529/11 (Lei Antitruste), visando conforme lecionam Távora e Alencar (2014, p. 735):

[...] coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica. Poderíamos citar como exemplo condutas tipificadas na própria Lei Antitruste, onde no artigo 36, prevê: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços. Existindo ameaça demonstrada de que o agente, solto, continuaria delinquindo e abalando a ordem econômica, a medida poderia se afigurar necessária.

Porém os ilustres doutrinadores chamam a atenção para a inatividade do dispositivo, pois, se há a insegurança de que o agente poderá praticar novos delitos, lesando ou não a ordem econômica, este, já poderia ter sua prisão preventiva decretada por razão da garantia da ordem pública, que é a expressão maior. “A ordem econômica estaria enquadrada num contexto macro, que é o da preservação da ordem pública, não havendo a necessidade de disposição expressa neste sentido” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 735).

A conveniência da instrução criminal nada mais é que a proteção da prova, pois se em qualquer momento o transgressor se posto em liberdade colocar em risco a coleta da prova ou o regular desenvolvimento do processo, “seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos”, é sim cabível a decretação da prisão preventiva (LOPES JUNIOR, 2014, p. 856).

A garantia da aplicação da lei penal “contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória” (PACELLI, 2014, p. 554). Tem que existir comprovação fundamentada quanto à probabilidade de fuga. A simples presunção, ou viabilidade por conta da situação financeira do acusado, não são isoladamente, razões aceitáveis para associar a prisão (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 735). No mesmo norte:

Por fim, sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 857)

“Além da existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nos crimes dolosos” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 858). “Afasta-se, então, de plano e como regra, a prisão preventiva *autônoma* para crimes culposos e para as contravenções penais” (PACELLI, 2014, p. 560).

Seus pressupostos estão elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

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

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

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

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 2017a).

A respeito dos requisitos assevera Pacelli (2014, p. 560-561):

[...] dispõe o art. 313 do CPP que a regra geral é a permissão da prisão preventiva para os crimes dolosos e cuja pena máxima, privativa da liberdade, seja superior a quatro anos (I). Para os demais crimes dolosos, com pena igual ou inferior a quatro anos, a prisão somente será possível se, presentes também as situações do art. 312, for reincidente (art.64, I, CP) o aprisionado, por condenação passada em julgado pela prática de outro crime doloso.

Nos casos em que houver dúvida quanto à identidade civil do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento, a prisão preventiva também poderá ser decretada, para quaisquer crimes dolosos, devendo o preso ser colocado em liberdade tão logo esclarecida a questão, sem prejuízo da imposição de alguma outra medida cautelar (art. 313, parágrafo único, CPP), que atenda os requisitos do art. 282, I e II, CPP.

Por fim, a Lei nº 12.403/11 ampliou a modalidade de prisão preventiva, para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas previstas em leis (art. 313, III, CPP).

A prisão preventiva não será decretada se existir prova plausível de que o acusado tenha cometido a infração amparado por uma excludente de ilicitude, como estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, conforme preceitua o artigo 314 do CPP:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (BRASIL, 2017a).

“A preventiva deve ser encarada como medida excepcional, e em havendo elementos que façam crer estar à conduta justificada pela lei, ela não terá cabimento” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 743).

O artigo 315 do CPP, determina que a decisão que decreta, substitui ou denega a prisão preventiva será sempre motivada. Esta condição provém do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). É dever do juiz assinalar no mandado as situações que integram a possibilidade que permita a decretação da prisão preventiva. Decisões vagas, apenas transcrevendo o texto da lei, ou que insinuem apenas hipóteses, sem apontar a verdadeira utilidade da medida pelo fato da ameaça que pode ser o acusado estar em liberdade, não respeitam “a exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 741).

Ainda, à luz do artigo 316, do CPP, “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 2017a).

Acerca da revogação da prisão preventiva corroboram Távora e Alencar (2014, p. 742):

Deve o magistrado revogar a medida, de ofício, ou por provocação, sendo historicamente desnecessária a prévia oitiva do Ministério Público, que era apenas intimado da decisão judicial, para que se desejasse, apresentar recurso cabível à espécie. Agora, entretanto, o contraditório prévio deve ser respeitado, ressalvada a urgência, normalmente ínsita a situação prisional (art. 282, § 3º; CPP). Uma vez presentes novamente os permissivos legais, nada obsta a que o juiz decrete novamente, quantas vezes se fizerem necessárias (art. 316, c/c o § 5º, do art. 282, CPP).

Por fim, é possível fazer o pedido perante o juiz de revogação da prisão preventiva, se for constatado o não preenchimento dos requisitos autorizadores de sua decretação, porém se o juiz negar o pedido de revogação, “cabe à defesa invocar a ação de *habeas corpus*” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 741).

3.4 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Se o estado de inocência só pode ser destruído com a vinda da sentença penal condenatória passada em julgado, a regra é a preservação da liberdade, e a prisão cautelar só pode haver ou se perdurar durante o tempo que for extremamente necessária. “Caso contrário, deve-se assegurar ao indiciado ou ao réu a liberdade e, se preciso for, aplicar outra medida cautelar não cerceadora da liberdade (art. 319, CPP)” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 790). Ainda, de acordo com o mesmo escritor:

O sistema cautelar do processo penal sofreu reforma estrutural com a Lei nº 12.403/2011. Além de restabelecer o prestígio da fiança, tornando-se regra a admissibilidade de sua concessão, salvo nos casos de vedação ou impedimento, o legislador trouxe um rol de medidas cautelares, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão.

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constrictivas não tão extremas quanto ao cárcere, nem tão brandas quanto à mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP) (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 816-817).

Pertinente ressaltar que para a utilização das medidas cautelares diversas é imprescindível estar presentes os elementos da prisão preventiva, pois para a aplicação das mesmas exige-se a existência *do fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não sendo aceitável sem eles, serem fixadas. Até porque, se no decorrer de uma prisão preventiva desvanecer totalmente o requisito e/ou fundamento, deve o acusado ser posto em liberdade imediatamente, sem a determinação de qualquer outra medida diversa (LOPES JUNIOR, 2014, p. 878).

“A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 878).

Sublinhe-se que o cumprimento da medida cautelar imposta pode servir, inclusive, para efeitos de detração, havendo equivalência entre a cautelar cumprida e a pena cominada em futura sentença condenatória. Assim, aplicando-se ao final do processo pena restritiva de direitos, nada impede que o tempo de submissão a uma cautelar similar sirva para abatimento (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 817).

As medidas cautelares diversas da prisão têm de privilegiar a característica substitutiva, isto é, como alternativas à prisão cautelar, preservando a

liberdade do indivíduo e designando a prisão preventiva como a *ultima ratio*. Não é porque as medidas cautelares podem ser utilizadas em crimes cuja pena máxima sejam inferiores a quatro anos, elas são sim, expressivas restrições de liberdade e não devem ser mediocrizadas. “Em nome disso e da necessária proporcionalidade, a nosso juízo, é incabível qualquer das medidas cautelares diversas se, por exemplo, o crime for culposo” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 879).

É que a regra *deverá* ser a imposição *preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para os casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o ultimo degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas* ou *descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares). [...] (PACELLI, 2014, p. 504).

Necessidade e adequação, logo, são as recomendações essenciais “na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso *postulado*, ou *princípio*, da *proporcionalidade*” (PACELLI, 2014, p. 504).

As medidas cautelares são suscetíveis de aplicação no decorrer de toda a persecução penal, ou seja, no decurso de toda a investigação criminal, seja ela comandada pela polícia ou por outros órgãos de investigação, como as CPI’s, e durante o processo (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 818).

O prazo de duração da medida cautelar diversa da prisão não está específico em lei, pois a sua prorrogação no tempo submete-se ao elemento necessidade. Sobre isso, disciplinam Távora e Alencar (2014, p. 819):

A depender do estado das coisas (cláusula *rebus sic stantibus*), e da adequação ao caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária. Sobrevindo novas provas indicando a sua conveniência, nada impede que seja redetretada.

Em contrapartida, a aceitável duração das medidas cautelares é também questão interpretativa, por via do artigo 5º, inciso LXXVIII da CF que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2017b).

Com isso, afirmam Távora e Alencar (2014, p. 819, grifo nosso):

A dilação excessiva da cautelar pode trazer constrangimento ilegal, afinal, mesmo sendo substitutivas do cárcere, elas importam ônus e limitação ao imputado. [...] Portanto, a irrazoabilidade temporal denota a ilegalidade da medida, desafiando mandado de segurança e até mesmo *habeas corpus*.

As espécies de medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no artigo 319, CPP, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica (BRASIL, 2017a).

Em relação ao comparecimento periódico em juízo, a assiduidade de comparecimento deve ser determinada pelo magistrado sempre com o objetivo de que o acusado venha a informar e justificar suas atividades, vinculando-se a persecução penal (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 820). O comparecimento periódico tem que estar em harmonia com a jornada de trabalho do acusado para que não o prejudique. “Toda medida cautelar deve pautar-se pela menor danosidade possível, inclusive no que tange à estigmatização social do imputado” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 881).

A respeito da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, por circunstâncias relacionadas ao fato, a proibição deve ser coberta de razoabilidade, sendo inadmissível que seja desagregada dos fatos, pois se o fato de o agente frequentar a determinados lugares os quais sejam o motor para a prática de novos crimes, a proibição será válida, “desde que coerente como contexto do delito anteriormente praticado” (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 820).

“A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, [...] deve ser usada com muita prudência, pois não pode constituir uma “pena de banimento” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 883).

Referente ao terceiro inciso entendem Távora e Alencar (2014, p. 820):

Pode o agente ser proibido de entrar em contato com determinada pessoa, mas a vedação, consoante critério da proporcionalidade, deve guardar relação com o fato delituoso, a exemplo da necessidade dessa cautela no caso de infração que envolva violência ou grave ameaça contra o indivíduo.

Em relação à proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, “é medida de cautelaridade evidente, servindo assumidamente para a tutela da prova e, por via reflexa, da própria eficácia da lei penal (risco de fuga)”. [...] (LOPES JUNIOR, 2014, p. 884). [...] “A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na processual”. Para garantir a eficácia da medida, o magistrado informará aos órgãos competentes de fiscalização com a finalidade de assegurar que o indiciado não se ausente da sua sede jurisdicional (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 821).

No tocante ao recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga, disciplinam Távora e Alencar (2014, p. 821):

A medida cautelar em tela é ideal para tornar a prisão preventiva realmente excepcional. Sendo suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária é a segregação cautelar. Para ser possível sua imposição, exige-se que o agente possua residência e trabalho fixos. [...] Por outro lado, para que não se fique refém do mero senso de disciplina do agente, pela nítida dificuldade de fiscalização do real cumprimento da medida, nada impede que seja cumulada com o monitoramento eletrônico.

Lopes Junior (2014, p. 886) assevera que:

Em caso de cumulação de medidas cautelares diversas, deverá o juiz atentar para a proporcionalidade, evitando a excessiva gravosidade para o réu das restrições, mantendo-se nos limites da necessidade e proporcionalidade.

O disposto no sexto inciso destina-se a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, Távora e Alencar (2014, p. 821) entendem que:

[...] a facilitação da atividade delitiva sob o manto da atuação pública é um obstáculo para estancar a reiteração de condutas, o que pode, inclusive, resvalar no comprometimento da ordem pública.

Por outro lado, Lopes Junior (2014, p. 886) alerta que “é medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência [...], aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena”.

A respeito da internação provisória do acusado, determinado no inciso sétimo, Távora e Alencar (2014, p. 822) entende ser uma medida cautelar diversa da prisão que evita a decretação da prisão preventiva e o recolhimento ao cárcere, de indivíduos com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilegal do fato em virtude de doença mental. “No entanto, a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como e fosse um efeito automático da doença mental”.

Atinente à fiança nos casos em que os delitos a admitem prevista no inciso oitavo, Távora e Alencar (2014, p. 822) corroboram que

A fiança é a medida reservada a impugnação do cárcere, impondo implementação financeira e submetendo o agente a uma série de obrigações. De regra, funciona como contracautela, ou até mesmo como cautelar autônoma, assegurando o comparecimento do agente aos atos processuais, evitando a obstrução da persecução, ou sendo imposta quando o agente resiste injustificadamente à ordem judicial, evitando o encarceramento.

Por fim, em relação ao monitoramento eletrônico, elencado no inciso nono, assevera Lopes Junior (2014, p. 890-891):

[...] Em geral é utilizado para tutela do risco de fuga e a prática de novas infrações, mas também poderá contribuir para a efetivação de outras medidas cautelares de tutela de prova, tais como a proibição de manter contato com determinada pessoa, ou mesmo de tutela de ordem pública, quando concebida no viés de *risco de reiteração*.

“Pode ser utilizado também na fase da execução penal, auxiliando no controle do apenado nas diferentes fases do sistema progressivo de cumprimento da pena” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 890-891).

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS NA COMARCA DE CRICIÚMA/SC DO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE MAIO E DEZEMBRO DO ANO DE 2016

O presente capítulo tem por objetivo trazer esclarecimentos acerca das Audiências de Custódia, instituída pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 213/2015, que visa reestruturar, humanizar o sistema penal brasileiro.

Ainda, este trabalho trará um enfoque maior nas audiências de custódia realizadas na Comarca de Criciúma/SC, no período compreendido entre maio e dezembro de 2016. Verificar-se-á durante este período se, as audiências de custódia obtiveram eficácia e, se contribuiu para a redução das prisões nas unidades carcerárias da Comarca.

Por fim, antes de iniciarmos o estudo sobre o instituto da Audiência de Custódia, bem como a análise dos dados coletados na Comarca de Criciúma/SC, se faz necessário fazer um breve relato da realidade carcerária brasileira.

4.1 REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA: DADOS DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN

De acordo com os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN em dezembro de 2014, o Brasil alcançou o número de 622.202 presos tornando-se a quarta maior população carcerária do mundo, conforme quadro abaixo:

| Posição | País | População Prisional | Ano de Referência |
|---------|---------------------------|---------------------|-------------------|
| 1 | Estados Unidos da América | 2.217.000 | 2013 |
| 2 | China | 1.657.812 | 2014 |
| 3 | Rússia | 644.237 | 2015 |
| 4 | Brasil | 622.202 | 2014 |
| 5 | Índia | 418.536 | 2014 |
| 6 | Tailândia | 314.858 | 2015 |
| 7 | México | 255.138 | 2015 |
| 8 | Irã | 225.624 | 2014 |
| 9 | Turquia | 176.268 | 2015 |
| 10 | Indonésia | 173.713 | 2015 |

Fonte: Elaboração própria, com dados do ICPR, último dado disponível para cada país.

Além disso, segundo o mesmo levantamento, 40% da população prisional eram compostas por presos provisórios, sem sequer terem sido julgados ou condenados. Vejamos:

Em dezembro de 2014, 40% da população prisional brasileira era composta por presos provisórios - estamos falando de 40% de 600 mil pessoas. São quase 250 mil pessoas presas antes de serem julgadas em primeiro grau jurisdicional, sendo que há evidências de que uma grande parte delas poderia responder ao processo em liberdade (DEPEN, 2017, grifo nosso).

O déficit de vagas nas unidades prisionais é de 250.318 mil o que demonstra a hiperlotação do sistema penitenciário brasileiro, como também um aumento populacional carcerário de 167,32% nos últimos anos:

Quadro 6 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em dezembro de 2014

| Brasil em dezembro de 2014 ¹ | |
|--|---------|
| População prisional | 622.202 |
| Sistema Penitenciário estadual | 584.758 |
| Secretarias de Segurança / Carceragens de delegacias | 37.444 |
| Sistema Penitenciário Federal | 397 |
| Vagas | 371.884 |
| Déficit de vagas | 250.318 |
| Taxa de ocupação | 167% |
| Taxa de aprisionamento | 306,22 |

Fonte: Infopen, dez/2014; Senasp; Secretarias de Segurança Pública; IBGE, 2014.

O levantamento apurou ainda a movimentação de pessoas no sistema prisional, ou seja, as entradas e saídas no segundo semestre de 2014 e pode-se apurar que praticamente um milhão de pessoas passaram pelo sistema prisional no decorrer do ano de 2014:

[...] ao longo do segundo semestre de 2014 **entraram 279.912** pessoas no sistema prisional, enquanto **saíram 199.100** pessoas no mesmo período. Se considerarmos a quantidade de pessoas que **estavam no sistema prisional em dezembro de 2013 (581.507)** e as pessoas que **entraram no sistema ao longo do primeiro semestre de 2014 (155.821 pessoas)**, **é possível afirmarmos que pelo menos 1 milhão de pessoas passaram pelo sistema prisional brasileiro ao longo do ano de 2014**. Cabe ressaltar que este número representa apenas a amostra da população custodiada nas unidades que dispunham de informação sobre movimentação no momento dos levantamentos realizados. Em junho de 2014 essa amostra era de 49,7% da população prisional e em dezembro de 2014 é de 81,5% da população total (DEPEN, 2017, grifo nosso).

Para uma melhor visualização, segue abaixo o quadro representativo:

Quadro 8 - Movimentações no sistema prisional no segundo semestre de 2014

| Entradas | Masculino | Feminino | Total |
|--|------------------|-----------------|--------------|
| Número de inclusões originárias (Inclusões não decorrentes de remoção ou transferência de outro estabelecimento do Sistema Prisional) | 259.898 | 20.014 | 279.912 |
| Saídas | Masculino | Feminino | Total |
| Número de saídas (Saídas decorrentes de alvarás de soltura, óbitos, entre outros) | 181.888 | 17.212 | 199.100 |
| Transferências/Remoções | Masculino | Feminino | Total |
| Número de inclusões por transferências ou remoções (Recebimento de pessoas privadas de liberdade oriundas de outros estabelecimentos do próprio Sistema Prisional) | 176.407 | 7.243 | 183.650 |
| Transferências/remoções - deste para outro estabelecimento | 191.090 | 7.520 | 198.610 |
| Autorizações de Saída | Masculino | Feminino | Total |
| Permissão de saída - para os condenados do regime fechado e semiaberto ou provisórios, por falecimento ou doença grave de parente ou necessidade de tratamento médico (Art. 120, da Lei de Execução Penal) | 70.440 | 12.793 | 83.233 |
| Saída temporária - para os condenados que cumprem pena em regime semiaberto para visitar família (Art. 122, inciso I, da Lei de Execução Penal) | 124.628 | 8.398 | 133.026 |

Fonte: Infopen, dez./2014.

Sabe-se que a crise carcerária no Brasil é muito antiga, e muito já se discutiu a seu respeito, analisando o modo mais eficaz de diminuição do cárcere, bem como, qual seria a forma mais efetiva de ressocialização dos apenados. Por outro lado, os direitos dos presos costumeiramente estão sendo desrespeitados, não tendo eles o mínimo de dignidade da pessoa humana, direito fundamental basilar em nossa Carta Magna.

A respeito da mencionada crise conclui Rolim (2003, p.121):

O Brasil como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, às práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.

Por fim, sabe-se que a prisão era para ser a *ultima ratio* no sistema penal brasileiro, mas infelizmente não é esta a realidade que acomete o país, cada vez mais os presídios e penitenciárias estão superlotados, usados apenas como depósito de cidadãos, que ficam em situações sub-humanas, afastando-os de seu convívio familiar e social, tornando-os mestres do crime. Com isso, a implantação da

audiência de custódia no Brasil torna-se um “suspiro” de que algo deverá mudar pelo menos a longo prazo, que é o que se espera, rumo à diminuição da cultura do encarceramento em massa, conforme observaremos a seguir.

4.2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DEFINIÇÃO E PREVISÃO NORMATIVA

O Defensor Público Federal Paiva (2015, p. 31) conceitua Audiência de Custódia:

Como o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.

Com efeito, a audiência de custódia é um mecanismo de humanização do sistema penal brasileiro, que objetiva o combate e prevenção à tortura e aos maus-tratos ao acusado, e concomitantemente ajusta-se como garantia de controle judicial sobre a necessidade e legalidade das prisões provisórias, tendo em vista a cultura do encarceramento em massa em nosso sistema penal, sem nem ao menos “tentar” aplicar as medidas cautelares diversas da prisão, já que estas foram inseridas em nosso ordenamento pátrio para tentar diminuir a superlotação dos presídios e penitenciárias (MESQUITA, PEREIRA, 2017).

Observa-se que a audiência de custódia trata-se de um direito do sujeito preso em flagrante delito, porém, mesmo diante das previsões supralegais recepcionadas pelo Brasil a mais de 20 (vinte) anos, o sistema jurídico pátrio, até este momento, não tinha oferecido condições para que este direito pudesse ser cumprido. “Em verdade, no Brasil o **primeiro contato entre juiz e preso** normalmente ocorria na **audiência de instrução e julgamento**, que, não raro, pode levar meses para ser designada” (PIMENTA, 2016, grifo nosso).

A Audiência de Custódia está recepcionada nos Tratados Internacionais de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, dentre eles a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica) e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (LOPES JUNIOR, PAIVA, 2017).

Sua previsão normativa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos está no artigo 7, item 5, que diz:

7. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 2017m).

Nesse seguimento, assevera o artigo 9, item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que

9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 2017d).

O Brasil adotou a Convenção Americana em 1992, e sua promulgação foi por meio do Decreto n. 678, em 6 de novembro daquele ano. Do mesmo modo, em 1992 o Brasil adotou aos termos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e o promulgou pelo Decreto n. 592. “Passados, então, mais de vinte anos da incorporação ao ordenamento jurídico interno dos citados diplomas internacionais de direitos humanos, que gozam de caráter supralegal, por que a relutância em cumpri-los?” (LOPES JUNIOR, PAIVA, 2017).

A respeito da indagação formulada, respondem os mesmos autores:

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3º do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual (LOPES JUNIOR; PAIVA, 2017).

Sobre as vantagens da implantação da audiência de custódia no Brasil asseguram:

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: **ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país**, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado (LOPES JUNIOR, PAIVA, 2017, grifo nosso).

Tendo como objetivo a previsão legal interna no sistema penal pátrio acerca da audiência de custódia que no ano de 2011 o Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE) apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 que altera o parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, estabelecendo que, no prazo máximo de 24 horas, o preso em flagrante deverá ser conduzido à presença do juiz (BRASIL, 2017h).

A nova redação proposta pelo Senador ficará da seguinte forma:

Art. 306 (...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (BRASIL, 2017e).

E a justificativa de Antônio Carlos Valadares está justamente ligada aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais foram ratificados pelo Brasil, bem como os preceitos em nossa Carta Magna e a plena relação com a audiência de custódia. Vejamos:

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto objetiva determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a prisão, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica.

O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Ressalte-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse contexto, o item 3 do artigo 9º do referido Pacto, estabelece que: **Qualquer pessoa presa ou encarcerada**

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

Da mesma forma, nosso País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992, que traz igual determinação no item 5 do seu artigo 7.

A prática mundial vai nesse sentido. A Alemanha determina que o preso seja apresentado no dia seguinte à prisão. Constituições mais modernas, como da África do Sul, preveem medidas idênticas.

É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz.

Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. 3 Essa definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário.

Finalmente, cumpre observar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil.

Confiantes de que a proposta contribui para aprimorar a esfera criminal de nosso sistema de Justiça, contamos com o apoio das senhoras e dos senhores senadores para sua aprovação. Sala das Sessões, Senador ANTONIO CARLOS VALADARES (BRASIL, 2017e).

Segundo o CNJ, o plenário do Senado Federal aprovou o projeto PLS nº. 554/2011, conforme abaixo:

O Plenário do Senado Federal aprovou, nesta quarta-feira (14), projeto que regulamenta as audiências de custódia. O PLS n. 554/2011 altera o parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, estabelecendo que, no prazo máximo de 24 horas, o preso em flagrante deverá ser conduzido à presença do juiz. A proposta também prevê que, após apresentado o auto de prisão, caso seja alegada violação a direitos fundamentais, cabe à autoridade policial providenciar as medidas necessárias para preservar a integridade do preso, bem como solicitar a apuração dos fatos e instaurar inquérito. O projeto de lei terá de ser apreciado ainda em turno suplementar, o que, segundo acordo entre as lideranças, deverá ocorrer em agosto, após o recesso parlamentar. (ZAMPIER, 2015).

De acordo com o relator da proposta legislativa, senador João Capiberibe (PSB-AP), disse que o projeto de lei propõe-se a resguardar a integridade física e psíquica do indivíduo preso e prevenir atos de tortura. “Estamos ampliando os direitos individuais dos cidadãos e cidadãs, e isso é um avanço fantástico que só a democracia pode permitir”, destacou ZAMPIER (2015). Sobre a urgência na

aprovação do PLS 554/2011, Maria Laura Canineu, Diretora da Human Rights Watch Brasil, aponta que:

[...] o PLS 554/2011 vem a “resolver de alguma forma o elevado número de presos provisórios no Brasil, já que uma das funções da audiência de custódia é ajuizar a legalidade e as circunstâncias da prisão de forma, que em 24 horas, seja possível determinar se é o caso de aplicação de uma medida ou pena alternativa” explica (PENSANDO O DIRETO, 2014).

Apesar de todo o esforço desmedido do Senador Antonio Carlos Valadares, até o momento não houve a alteração no artigo 306, § 1º do CPP conforme o disposto na PLS nº 554/2011. Diante disso, a audiência de custódia foi instituída em nosso sistema penal em fevereiro de 2015 através do CNJ, inicialmente por um projeto piloto em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP.

Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de custódia, o instituto visa tutelar, resguardar os direitos inerentes à pessoa do custodiado, pois trata-se da apresentação, sem demora de toda a pessoa que for presa, a um juiz nos casos de prisões em flagrante (ZAMPIER, 2015).

No mesmo ano, em 15 de dezembro de 2015 o CNJ editou a Resolução 213/2015 que passou a vigorar em 01 de fevereiro de 2016, onde instituiu e regulamentou as audiências de custódia em todo o território nacional (MARCÃO, 2017).

Na 223ª Sessão Ordinária presidida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a resolução nº 213/2015 foi aprovada por unanimidade

Incentivadas em todo o país desde fevereiro de 2015, as audiências de custódia foram regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nesta terça-feira (15/12), durante a 223ª Sessão Ordinária. Aprovada por unanimidade, a Resolução detalha o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente e possui dois protocolos de atuação – um sobre aplicação de penas alternativas e outro sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura. Os tribunais terão 90 dias para implantar em todo território nacional as disposições a partir de 1º de fevereiro de 2016, data em que a resolução entrará em vigor. (BRASIL, 2016).

Na mesma oportunidade o presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que:

[...] que o texto da resolução contém o que há de melhor das experiências dos tribunais na implantação da iniciativa. “O que temos neste primeiro momento é uma síntese da experiência dos 27 tribunais estaduais e de algumas varas federais no que diz respeito à audiência de custódia”,

afirmou. O ministro lembrou a oportunidade da aprovação da medida em um momento em que o Congresso Nacional analisa projeto de lei para regulamentar a realização das audiências de custódia na legislação (BRASIL, 2015j).

Neste diapasão, o relator da matéria, conselheiro Bruno Ronchetti, “destacou o êxito como o projeto do CNJ foi pensado e executado, destacando sua aptidão para o combate à cultura do encarceramento e também visando à efetividade da defesa dos direitos humanos” (BRASIL, 2015j).

Sobredita Resolução aponta dentre seus diversos fundamentos o disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); o art. 96, I, letra "a", da CF, que "deferre aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos"; e também o que fora decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240, oportunidade em que o STF declarou a constitucionalidade da disciplina pelos tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, e a determinação imposta por ocasião da apreciação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, na qual a Suprema Corte fixou a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente. (MARCÃO, 2017).

Em seu artigo 1º a Resolução 213/ 2015 prevê o prazo em que o custodiado tem que ser apresentado a autoridade judicial competente, *in verbis*:

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

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz

competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput. (BRASIL, 2017)).

O jurista Renato Marcão (2017) assevera ainda que não é apenas o preso em flagrante delito que deve ser levado à presença da autoridade judiciária, mas também por força do artigo 13 da resolução, às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva.

De acordo com Carlo Velho Masi (2016), “o texto detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe protocolos e orientação sobre o modo de atuação judicial”. Igualmente, acrescenta o autor mencionando que “o objetivo foi o de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão”.

A resolução nº 213/2015 considera ainda o “número desproporcional de pessoas presas”, conforme informações por meio de relatórios do CNJ e do INFOPEN; considera também o que preceitua nossa Constituição de que a prisão “é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas”; as novidades inseridas no CPP pela lei nº 12.403/2011, que “impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão”; e que a apresentação imediata do agente preso em flagrante delito à autoridade judicial é “o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal” (ZAMPIER, 2015).

A seguir verificam-se os procedimentos e objetivos da audiência de custódia introduzida em nosso sistema penal.

4.2.1 Procedimentos e objetivos da audiência de custódia

Como dito anteriormente, a audiência de custódia refere-se à apresentação do agente preso em flagrante delito diante de um juiz, possibilitando-lhes o contato pessoal, de modo a garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa sujeita

ao cárcere. “Decorre da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil” (BRASIL, 2017j).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça em consonância a Resolução 213/2015, são os objetivos da audiência de custódia:

A audiência de custódia tem por **objetivo** assegurar o respeito aos **direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão**, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, **o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva**. O juiz também **avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo**. Poderá **determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão**. (ZAMPIER, 2015, grifo nosso).

Para Caio Paiva (2015) que é Defensor Público Federal a principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil

[...] é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tal premissa implica considerar que as finalidades da audiência de custódia, ainda que não convençam os seus opositores, não os desobriga de observar o seu cumprimento. Pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de uma “margem de apreciação” a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados a que – voluntariamente – aderiram.

Assevera também que “outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade”. (PAIVA, 2015). Referida finalidade encontra-se expressa no *caput* do artigo 11 da Resolução 213/2015:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado. (...) (BRASIL, 2015h).

A preservação da integridade física do acusado, bem como a proibição de tortura vai ao encontro ao que está previsto na CADH em seu artigo 5, item 2. Vejamos:

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (BRASIL, 2017m).

Paiva (2015), conclui que não podemos ser ingênuos que com a implantação da audiência de custódia, ela sozinha conseguirá eliminar a tortura policial, que é uma prática desde o período ditatorial e que perdura até hoje. Porém, a medida pode auxiliar na diminuição da tortura policial em um dos momentos mais categóricos para a integridade física do indivíduo, “o qual corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o cidadão fica absolutamente *fora de custódia*, sem proteção alguma diante de (provável) violência policial”.

Para finalizar, segundo Paiva (2015) uma terceira finalidade da audiência de custódia “pode ser identificada no seu propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias. Tal finalidade demonstra que o processo penal – também – pode agir na contenção do poder punitivo”.

Esta terceira finalidade da audiência de custódia, de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, mostra-se bastante útil também para a pronta identificação dos casos mais graves que ensejam a aplicação da prisão domiciliar, a exemplo de quando o agente for extremamente debilitado por motivo de doença grave ou quando se tratar de gestante. Embora o art. 318 do CPP exija “prova idônea” da ocorrência destas situações, certamente haverá casos nos quais a mera constatação visual/presencial do estado da pessoa permitirá que, homologado o flagrante e convertida a prisão em preventiva, esta seja substituída por prisão domiciliar. Contrariaria o *bom senso* a condução de uma mulher em estágio avançado de gravidez para a unidade prisional apenas porque não se dispõe, ali, na audiência de custódia, do documento médico atestando suas condições pessoais. (PAIVA, 2015).

“A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante”. É proibida a estada dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia. (artigo 4º, parágrafo único da resolução) (BRASIL, 2017i).

O advogado que for constituído até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá ser notificado, pelos meios mais comuns, para que compareça ao ato, conforme artigo 5º da resolução (BRASIL, 2017i).

Com o objetivo de assegurar a ampla defesa:

Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos

por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Parágrafo único. Será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público (BRASIL, 2017j).

A Resolução nº 213/2015 é autoexplicativa, nela contêm todo o procedimento a ser adotado pelo juiz durante a audiência de custódia.

“O objetivo foi o de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão” (ZAMPIER, MONTENEGRO, 2015), conforme dispõe o artigo 8º:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

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

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar. (BRASIL, 2017j).

Depois de realizar a oitiva da pessoa segregada, o juiz concederá a palavra ao Ministério Público e, na sequência, à defesa técnica, para a elaboração de perguntas compatíveis com a natureza do ato, vedadas indagações sobre o

mérito dos fatos. As partes ainda poderão requerer o relaxamento da prisão em flagrante; a concessão da liberdade provisória, com ou sem aplicação de medida cautelar diversa; a decretação da prisão preventiva; e a adoção de “outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa” (MASI, 2016). Tudo de acordo com o §1º do artigo 8º da Resolução. Vejamos:

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (BRASIL, 2017j).

Ademais, expostas as alegações e os pedidos do Ministério Público e da defesa, competirá “ao juiz proferir decisão, quando então deverá se pronunciar sobre os termos do art. 310 do CPP, sem prejuízo de outras medidas eventualmente cabíveis” (MARCÃO, 2017).

Conforme Marcão (2017), “com a decisão do juiz chega-se ao final da audiência de apresentação/custódia, cumprindo observar, nos precisos termos do art. 8º, §§ 3º, 4º e 5º, da Resolução tantas vezes citada”, que:

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

§ 5º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa (BRASIL, 2017j).

Sublinha-se, também, que nos termos do artigo 9º, da Resolução, as medidas cautelares alternativas a prisão, previstas no art. 319 do CPP terá de abarcar a “avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção” (BRASIL, 2017i).

Em relação ao monitoramento eletrônico, a Resolução prevê sua excepcionalidade, sendo cabível apenas quando não for realmente possível à concessão da liberdade provisória sem cautelar ou a aplicação de outra medida cautelar menos gravosa. Conforme abaixo:

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

Parágrafo único. Por abranger dados que pressupõem sigilo, a utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica de pessoas dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal (BRASIL, 2017i).

As diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, estão previstas no Protocolo I, anexo a Resolução quais sejam: efetiva alternativa à prisão provisória; necessidade e adequação; provisoriedade; menor dano; normalidade (BRASIL, 2017i).

E finalmente, dispõe o artigo 12 da Resolução, que “o termo da audiência de custódia deverá ser apensado ao inquérito ou à ação penal” (BRASIL, 2017i).

4.3 LEVANTAMENTO E ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS NA COMARCA DE CRICIÚMA ACERCA DA REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA ENTRE MAIO A DEZEMBRO DE 2016

A audiência de custódia foi implantada no Estado de Santa Catarina no 1º Grau de Jurisdição do Poder Judiciário por meio da Resolução CM N. 1 DE 20 DE ABRIL DE 2016 seguindo as diretrizes estabelecidas na Resolução nº 213/ 2015 do CNJ.

Em seu artigo 1º dispõe inicialmente em quais Comarcas será implantada a audiência

Art. 1º Fica implantada a audiência de custódia no 1º Grau de Jurisdição do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, inicialmente nas comarcas de Araranguá, Blumenau, Capital, Chapecó, Concórdia, **Criciúma**, Indaial, Itajaí, Jaraguá do Sul, Joinville, Lages, Mafra, Tijucas e Videira (BRASIL, 2016f, grifo nosso).

Na Comarca de Criciúma/SC a audiência de custódia passou a ter vigência a partir de 01 de maio de 2016, conforme preceitua o artigo 3º da Resolução:

Art. 3º Na comarca da Capital, onde já se realiza a audiência de custódia em dias úteis, a implantação integral, incluídas todas as competências, terá início em 21 de abril de 2016 e, nas demais comarcas mencionadas no art. 1º desta resolução, em 1º de maio de 2016 (BRASIL, 2016g).

Com isso, no presente tópico será analisados os dados resultantes das audiências de custódia realizadas na Comarca de Criciúma/SC, tendo como marco inicial a data de implantação da audiência em nossa Comarca e o marco final será o mês de dezembro do mesmo ano, para então, verificar se a audiência está sendo efetiva para a finalidade que se destina, sendo uma delas a diminuição do encarceramento em massa que é o foco do presente trabalho.

A Comarca de Criciúma/SC (SEDE) faz parte da 5ª circunscrição de Santa Catarina, sendo de entrância especial, e é constituída pelos Municípios que formam a área contígua, quais sejam: Siderópolis, Nova Veneza e Treviso. Na Comarca têm-se duas Varas Criminais, as quais serão o objeto de nossa análise (BRASIL, 2017f).

Os dados estatísticos acerca das audiências de custódia realizadas na Comarca de Criciúma/SC, no período acima mencionado, foram obtidos por meio do

Sistema de Audiência de Custódia - SISTAC, o qual está regulamentado na Resolução nº 213/2015 do CNJ, em seu artigo 7º, que prevê

Art. 7º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC).

§ 1º O SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz e tem por objetivos:

I - registrar formalmente o fluxo das audiências de custódia nos tribunais;

II - sistematizar os dados coletados durante a audiência de custódia, de forma a viabilizar o controle das informações produzidas, relativas às prisões em flagrante, às decisões judiciais e ao ingresso no sistema prisional;

III - produzir estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas a tortura e maus tratos, entre outras;

IV - elaborar ata padronizada da audiência de custódia;

V - facilitar a consulta a assentamentos anteriores, com o objetivo de permitir a atualização do perfil das pessoas presas em flagrante delito a qualquer momento e a vinculação do cadastro de seus dados pessoais a novos atos processuais;

VI - permitir o registro de denúncias de torturas e maus tratos, para posterior encaminhamento para investigação;

VII - manter o registro dos encaminhamentos sociais, de caráter voluntário, recomendados pelo juiz ou indicados pela equipe técnica, bem como os de exame de corpo de delito, solicitados pelo juiz;

VIII - analisar os efeitos, impactos e resultados da implementação da audiência de custódia.

§ 2º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito em juízo acontecerá após o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e respectiva nota de culpa perante a unidade judiciária correspondente, dela constando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do flagrante, perante a unidade responsável para operacionalizar o ato, de acordo com regramentos locais.

§ 3º O auto de prisão em flagrante subsidiará as informações a serem registradas no SISTAC, conjuntamente com aquelas obtidas a partir do relato do próprio autuado.

§ 4º Os dados extraídos dos relatórios mencionados no inciso III do § 1º serão disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ, razão pela qual as autoridades judiciárias responsáveis devem assegurar a correta e contínua alimentação do SISTAC (BRASIL, 2015j).

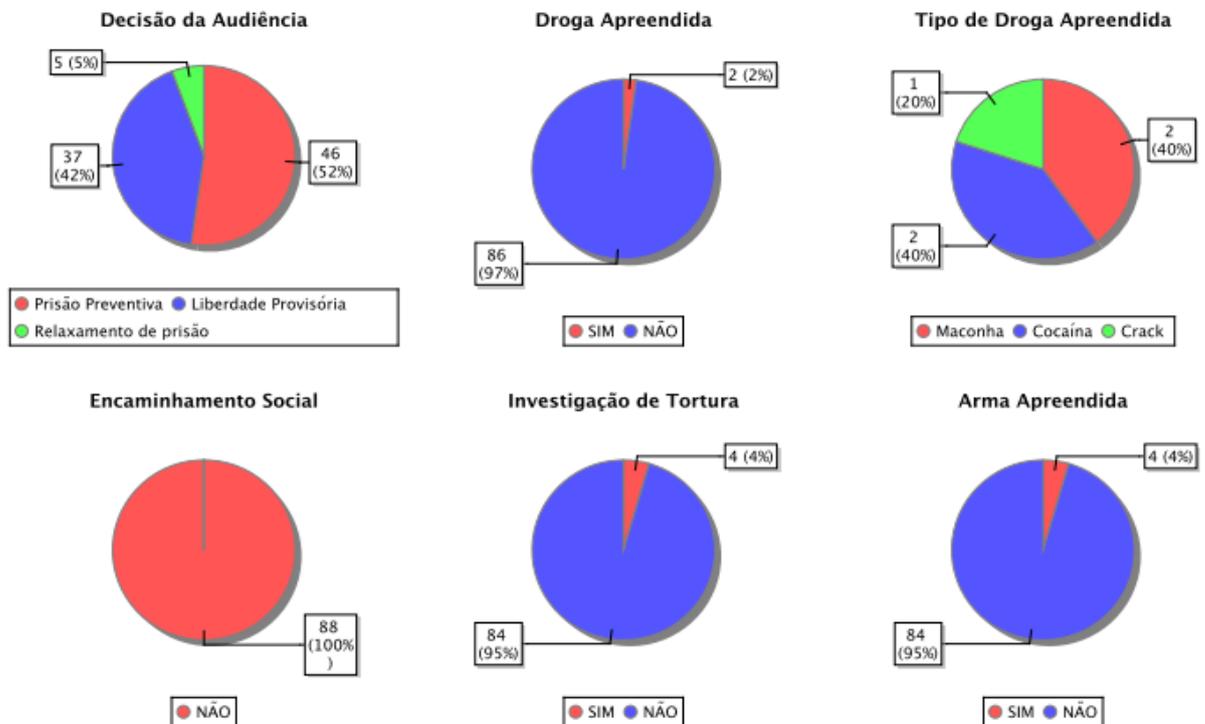
O acesso aos dados estatísticos foi possível após o deferimento ao requerimento feito por esta acadêmica, juntamente com seu Orientador e o Coordenador do Curso de Direito às juízas das respectivas varas criminais, conforme “Anexo A”.

A seguir, passa-se a análise dos dados coletados na Comarca de Criciúma, iniciar-se com a 1ª Vara Criminal, a qual realizou 61 (sessenta e uma) audiências de custódia no período de implantação, que compreendeu os meses de maio a dezembro de 2016.

Observe-se os resultados obtidos abaixo:

Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 31/05/2016 a 31/12/2016

Órgão: Primeira Vara Criminal da Comarca de Criciúma

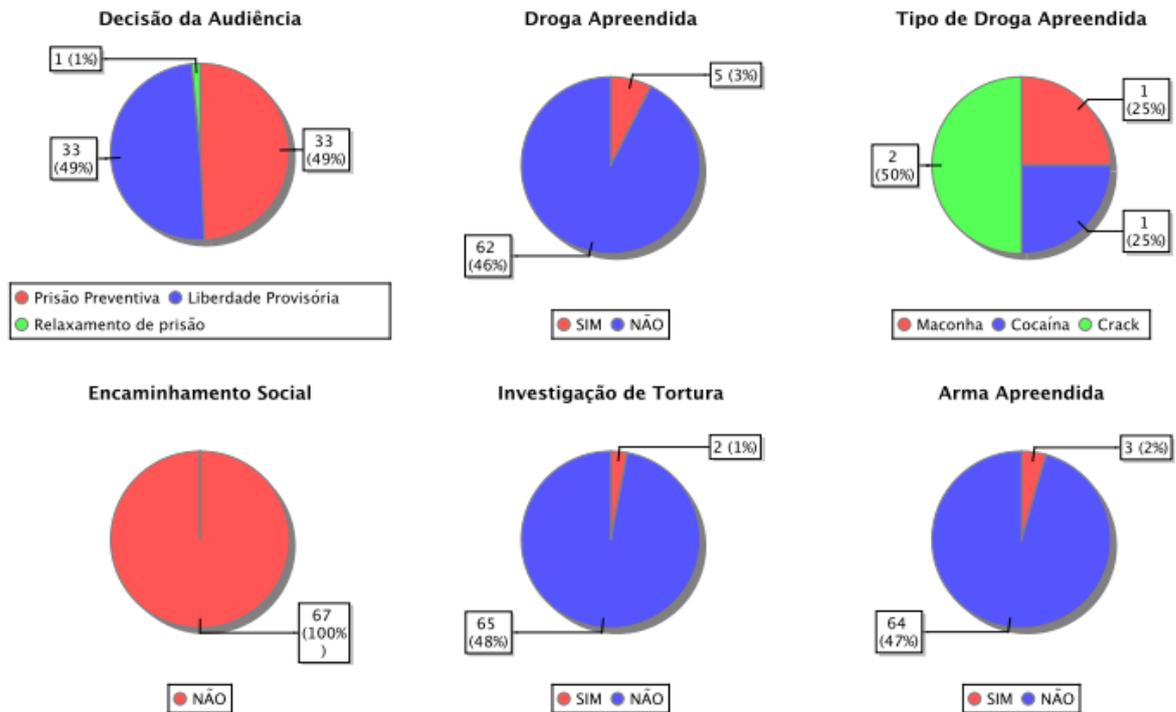


Nota-se que, conforme gráfico acima, no período de implantação das audiências de custódia em Santa Catarina, em especial em nossa Comarca, apenas 5% (cinco por cento) das prisões foram relaxadas, isto é, no momento da audiência foi verificada a ilegalidade da prisão. Em relação à liberdade provisória, sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, foi concedida em 42% (quarenta e dois por cento) dos casos. Por último, a decretação da prisão preventiva prevaleceu, ocorrendo em 52 % (cinquenta e dois por cento) das audiências.

Agora, efetua-se a análise dos dados coletados na 2ª Vara Criminal, onde no mesmo período foram realizadas 84 (oitenta e quatro) audiências de custódia, conforme abaixo:

Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/05/2016 a 31/12/2016

Órgão: Segunda Vara Criminal da Comarca de Criciúma



Por outro lado, a 2ª Vara Criminal no mesmo período de implantação das audiências de custódia em Santa Catarina, especialmente no município de Criciúma/SC, apenas 1% (um por cento) das prisões foram relaxadas, ou seja, praticamente não se constatou ilegalidade na prisão. A liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão foi concedida em 49% (quarenta e nove por cento) dos casos e por fim, a decretação da prisão preventiva ocorreu também em 49% (quarenta e nove por cento) das audiências, por tanto houve um empate entre estas duas cautelares.

As medidas cautelares diversas da prisão, também tem sua aplicação prevista na Resolução nº 213/2015, conforme prevê o artigo 9º, até por que, conforme nossa Carta Magna (CF, art. 5º, LXV, LXVI) “a prisão é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas” (BRASIL, 2017b).

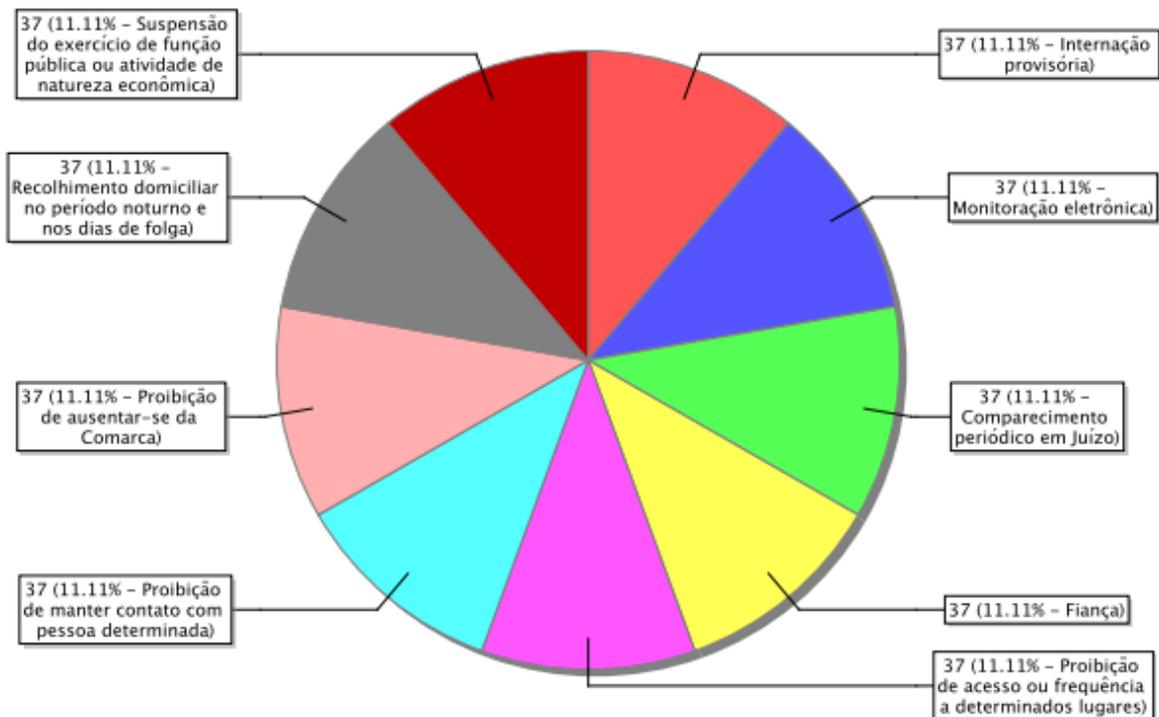
Sabe-se também que, um dos fundamentos da implantação da audiência de custódia no Brasil é a tentativa de diminuição do cárcere, principalmente o “contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente” (BRASIL, 2015j).

Dito isto, examina-se quais foram às medidas cautelares aplicadas nas Varas Criminais da Comarca de Criciúma/SC, no período de implantação das audiências de custódia:

Dados Estatísticos das Medidas Cautelares cadastradas no período de 31/05/2016 a 31/12/2016

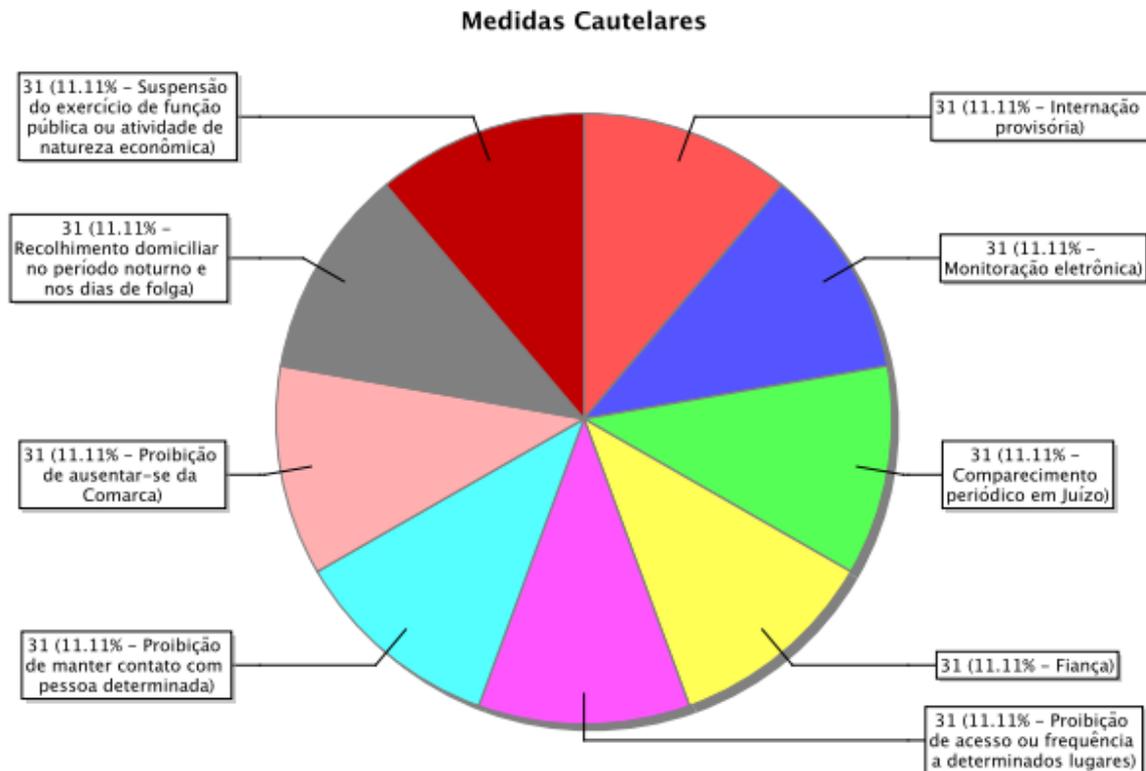
Órgão: Primeira Vara Criminal da Comarca de Criciúma

Medidas Cautelares



Dados Estatísticos das Medidas Cautelares cadastradas no período de 01/05/2016 a 31/12/2016

Órgão: Segunda Vara Criminal da Comarca de Criciúma



Verifica-se que, concernente às medidas cautelares diversas da prisão existe uma harmonia entre as Varas Criminais da Comarca de Criciúma/SC, pois os percentuais são distribuídos igualmente para cada tipo de medida cautelar diversa, sendo 11,11% (onze vírgula onze por cento), para cada tipo de medida cautelar expressa no artigo 319 do CPP, quais sejam: internação provisória; monitoração eletrônica; comparecimento periódico em juízo; fiança; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com determinada pessoa; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga e suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica.

Destaca-se ainda que, o que se buscou até aqui não foi fazer um embate entre as Varas Criminais da Comarca de Criciúma/SC, pelo contrário, buscou-se com as informações colhidas, ter-se uma visão mais exata de como a Comarca vem se adaptando com a realização das audiências de custódia, sendo que, para o propósito para que ela com muita luta foi instituída em nosso sistema penal, ainda, pelo menos por enquanto, está muito aquém dos desígnios para a completude dos

direitos do indivíduo preso, bem como a luta pelo fim da cultura do encarceramento em massa.

5 CONCLUSÃO

De acordo com os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN em dezembro de 2014, o Brasil alcançou o número de 622.202 presos tornando-se a quarta maior população carcerária do mundo, além disso, segundo o mesmo levantamento, 40% da população prisional eram compostas por presos provisórios, sem se quer ter sido julgados ou condenados.

A audiência de custódia, prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, os quais o Brasil é signatário a mais de 20 (vinte) anos, finalmente deixou de ser um sonho distante e, desde o ano de 2015, foi inserida no sistema jurídico brasileiro, por meio da Resolução nº 213/ 2015 do CNJ.

Deste modo, diante do início da aplicação deste instrumento no direito processual penal brasileiro, buscou-se uma análise de seus objetivos e, conseqüentemente, se a obtenção dos resultados pretendidos, em especial na Comarca de Criciúma/SC, que no presente trabalho ficou adstrito a um de seus objetivos que é a ferramenta para ajudar a solucionar a atual precariedade do cárcere.

Segundo os dados coletados e analisados no período inaugural da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia no Município de Criciúma/SC entre maio e dezembro de 2016, notou-se que a cultura do cárcere ainda continua latente entre os Magistrados, pois na maioria das audiências realizadas resultaram na decretação da prisão preventiva.

Esta realidade é totalmente oposta às diretrizes previstas na Resolução nº 213/2015, que preconiza dentre outras que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas.

Conclui-se ainda, o nítido desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da CF, e expresso no protocolo I, item 2, inciso III nas diretrizes para aplicação e acompanhamento das medidas cautelares alternativa da prisão, na Resolução nº 213 do CNJ.

O princípio da proporcionalidade, também é desrespeitado mesmo após a implantação das audiências de custódia na Comarca, cabendo apenas observar a quantidade de prisões preventivas decretadas, bem como a imposição de medidas cautelares, que também é uma forma de privar a liberdade do indivíduo. Nesse ínterim, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que se consiga, com efeito, diminuir a quantidade de prisões descabidas e desnecessárias realizadas, e um caminho ainda maior para que a cultura do encarceramento em massa, e desproporcional diminua.

Por fim, diante do exposto e dos dados obtidos em relação às audiências de custódia realizadas na Comarca de Criciúma/SC entre maio e dezembro de 2016, pode-se concluir que ainda não está surtindo o efeito para a diminuição do cárcere nesta Comarca, pois há ainda, muitos paradigmas a serem superados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 228 p.

BARROSO, Darlan; ARAÚJO JUNIOR, Marco Antonio (Org.). **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 8 vol. 286 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. 154 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 859 p.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **O conceito de princípio: uma questão de critério**. Disponível em: < <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/conceito-principio-uma-quest-criterio-216631573> > Acesso em: 09 nov. 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 439 p.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto Lei nº3689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso em: 11 nov. 2017a.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 11 nov 2017b.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm > Acesso em: 28 out. 2017c.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm > Acesso em: 11 nov. 2017d.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115> > Acesso em: 11 nov. 2017e.

_____. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Circunscrições**. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/circunscricoes> > Acesso em: 14 nov. 2017f.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução CM n. 1 de 20 de abril de 2016**. 2016. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/369487/Resolucao+CM+n.+1-2016+-+Audiencia+de+custodia+TJSC.pdf/6ac8520f-2efe-4b2b-bc33-7af137095511> > Acesso em: 14 nov. 2017g.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia> > Acesso em: 10 nov. 2017h.

_____. **Perguntas Frequentes**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes> >. Acesso em: 13 nov. 2017i.

_____. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf >. Acesso em: 13 nov. 2017j.

_____. **Senado aprova em primeiro turno projeto que regulamenta audiências de custódia**. 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82828-senado-aprova-em-primeiro-turno-projeto-que-regulamenta-audiencias-de-custodia> > Acesso em: 11 nov. 2017l.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em: 13 nov. 2017m.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> > Acesso em: 09 nov. 2017n.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> > Acesso em: 17 out. 2017o.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **O conceito de princípio**: uma questão de critério. Disponível em: < <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/conceito-principio-uma-quest-criterio-216631573> > Acesso em: 09 nov. 2017.

DICIONÁRIO AURÉLIO DE PORTUGUÊS ONLINE. **Princípio**. Disponível em: < <https://dicionariodoaurelio.com/principio> > Acesso em: 09 nov. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 396 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. 291 p. Tradução de: Raquel Ramallete.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 6 vol. 415 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246 p.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 808 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1401 p.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: < http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Revista_da_Defensoria_P_blica_Ano_V_N_9_mai_ago_2014_v4.pdf#page=161 > Acesso em: 10 nov. 2017.

MARCÃO, Renato. **Audiência de apresentação/custódia (Resolução CNJ 213/15)**. 2017. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252023,31047-Audiencia+de+apresentacaocustodiaResolucao+CNJ+21315> > Acesso em: 13 nov. 2017.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ**. 2016. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/> > Acesso em: 13 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1434 p.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. **A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais**. Disponível em: < <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/113/113> > Acesso em: 10 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos**. Disponível em: < <http://justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos> > Acesso em: 06 nov. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 399 p.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1070 p.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 413 p.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 476 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 782 p

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro.** 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. 100 p.

_____. **Na Série “Audiência de Custódia”:** conceito, previsão normativa e finalidades. 2015. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/> > Acesso em: 13 nov. 2017.

PENSANDO O DIREITO. **Audiência de Custódia:** Entenda a urgência da aprovação do PLS 554/2011. 2014. Disponível em: < <http://pensando.mj.gov.br/2014/08/06/audiencia-de-custodia-urgencia-da-aprovacao-do-pls-5542011/> > Acesso em: 11 nov. 2017.

PIMENTA, Luciana. **Audiência de custódia:** o que é e como funciona. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona> > Acesso em: 10 nov. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** Parte Geral - arts. 1 ao 120. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1 vol. 718 p.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 884 p.

_____. **Direito processual penal.** 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1095 p.

ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia:** limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/marcosrolim/rolim_prisao_e_ideologia.pdf > Acesso em 11 out. 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (Org.). **A Expansão do Direito:** Estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 394 p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 1504 p.

ZAMPIER, Deborah; MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia**. 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia> > Acesso em: 13 nov. 2017.

ANEXO A – Autorização das Varas Criminais da Comarca de Criciúma/SC para coletar os dados das audiências de custódia por meio do Sistema de Audiência de Custódia – SISTAC

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CRICIUMA-SC

*Deixo aceto os dados disponíveis ao público
CRIA 07/11/17*

*Paula Botke e Silva
Juiz de Direito*

Através do presente, a acadêmica Schirlei Cardoso Cipriano, estudante da 10ª fase do Curso de Direito, e respectivamente, o Professor Leandro Alfredo da Rosa e o Coordenador do Curso de Direito da UNESC, João Carlos Medeiros Rodrigues Junior, **REQUEREM**, a Vossa Excelência, autorização para consultar o SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia, coletando dados a fim de saber sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, relaxamentos de prisão, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas à tortura e maus tratos, entre outras, entre maio de 2016 a dezembro de 2016.

A acadêmica acima nominada pretende apresentar trabalho monográfico em dezembro de 2017.

Cabe enfatizar que não serão manuseados os inquéritos policiais ou processos judiciais protegidos por segredo de justiça. Em relação aos dados coletados, o SISTAC fornece apenas relatórios estatísticos no qual não há nenhuma informação das partes, são fornecidos apenas gráficos, conforme cópia anexa, obtida junto a 2ª Vara Criminal desta Comarca.

A importância dessa pesquisa reside em instrumentalizar seu trabalho monográfico para disponibilizar dados confiáveis sobre a realidade das audiências de custódia no Município de Criciúma/SC.

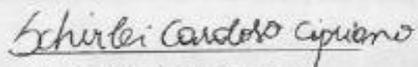
[Assinaturas]

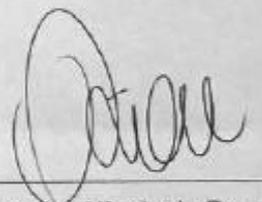
Ao final, os requerentes se comprometem em disponibilizar a V. Ex^a o material elaborado a partir da pesquisa, com a interpretação de dados e conclusões encontradas.

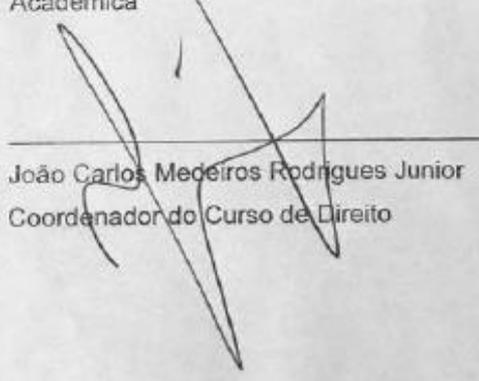
Diante do exposto, requer-se a permissão para ter acesso ao SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia, colhendo as informações referente aos meses de maio de 2016 a dezembro de 2016 à aluna Schirlei Cardoso Cipriano para poder concluir seu trabalho monográfico.

Nestes termos,
Pede-se deferimento.

Criciúma, 26 de outubro de 2017.


Schirlei Cardoso Cipriano
Acadêmica


Leandro Alfredo da Rosa
Orientador


João Carlos Medeiros Rodrigues Junior
Coordenador do Curso de Direito

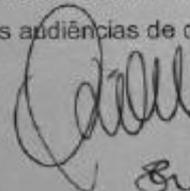
EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA 2ª
VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CRICIUMA-SC

Através do presente, a acadêmica Schirlei Cardoso Cipriano, estudante da 9ª fase do Curso de Direito, e respectivamente, o Professor Leandro Alfredo da Rosa e o Coordenador do Curso de Direito da UNESC, João Carlos Medeiros Rodrigues Junior, **REQUEREM**, a Vossa Excelência, autorização para consultar e fotocopiar Processos Penais que tiveram audiência de custódia, consultar o SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia, coletando dados a fim de saber sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas à tortura e maus tratos, entre outras, entre maio de 2016 a dezembro de 2016.

A acadêmica acima nominada pretende apresentar trabalho monográfico em dezembro de 2017.

Cabe enfatizar que não serão manuseados os inquéritos policiais ou processos judiciais protegidos por segredo de justiça. Em relação aos dados coletados, a acadêmica se compromete eticamente em não possibilitar a identificação ou reconhecimento direto de vítimas, agressores e envolvidos, a fim de preservar a intimidade e privacidade dos mesmos, uma vez que a pesquisa destina-se à coleta, comparação e interpretação de dados.

A importância dessa pesquisa reside em instrumentalizar seu trabalho monográfico para disponibilizar dados confiáveis sobre a realidade das audiências de custódia no Município de Criciúma/SC.


João Carlos Medeiros Rodrigues Junior
Coordenador do Curso de Direito
Folha nº 002/2017/Requiza

Ao final, os requerentes se comprometem em disponibilizar a V. Ex^a o material elaborado a partir da pesquisa, com a interpretação de dados e conclusões encontradas.

Diante do exposto, requer-se a permissão para acesso e estudo dos processos judiciais criminais entre os meses de maio de 2016 a dezembro de 2016 à aluna Schirlei Cardoso Cipriano para poder iniciar sua pesquisa que encontra-se em fase de projeto de pesquisa.

Nestes termos,
Pede-se deferimento.

Criciúma, 31 de março de 2017.

Schirlei Cardoso Cipriano

Schirlei Cardoso Cipriano
Acadêmica

~~João Carlos Medeiros Rodrigues Junior
Coordenador do Curso de Direito
Portaria Nº. 52/2017/RP/UEPA~~

João Carlos Medeiros Rodrigues Junior
Coordenador do Curso de Direito

Leandro Alfredo da Rosa

Leandro Alfredo da Rosa
Orientador

*R. V.
04/04/17*

~~Evandro Carlos Benacchio
ASSESSOR JURÍDICO
Matrícula 12.722~~

obs: obtve-se a autorização / deferimento por telefone.

ANEXO B – Resolução nº 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça

Resolução Nº 213 de 15/12/2015

Ementa: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Origem: Presidência

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais;

CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);

CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

CONSIDERANDO o que dispõe a letra "a" do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos;

CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

CONSIDERANDO o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos;

CONSIDERANDO o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente;

CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas;

CONSIDERANDO que as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a

impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão;

CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

CONSIDERANDO o disposto na Recomendação CNJ 49 de 1º de abril de 2014;

CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Ato Normativo 0005913-65.2015.2.00.0000, na 223ª Sessão Ordinária, realizada em 15 de dezembro de 2015;

RESOLVE:

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

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput .

Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais.

Parágrafo único. Os tribunais poderão celebrar convênios de modo a viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária correspondente.

Art. 3º Se, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo do art. 1º, a pessoa presa será levada imediatamente ao substituto legal, observado, no que couber, o § 5º do art. 1º.

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

Parágrafo único. É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

Art. 5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia, consignando nos autos.

Parágrafo único. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública.

Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Parágrafo único. Será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público.

Art. 7º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC).

§ 1º O SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da

audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz e tem por objetivos:

- I - registrar formalmente o fluxo das audiências de custódia nos tribunais;
- II - sistematizar os dados coletados durante a audiência de custódia, de forma a viabilizar o controle das informações produzidas, relativas às prisões em flagrante, às decisões judiciais e ao ingresso no sistema prisional;
- III - produzir estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas a tortura e maus tratos, entre outras;
- IV - elaborar ata padronizada da audiência de custódia;
- V - facilitar a consulta a assentamentos anteriores, com o objetivo de permitir a atualização do perfil das pessoas presas em flagrante delito a qualquer momento e a vinculação do cadastro de seus dados pessoais a novos atos processuais;
- VI - permitir o registro de denúncias de torturas e maus tratos, para posterior encaminhamento para investigação;
- VII - manter o registro dos encaminhamentos sociais, de caráter voluntário, recomendados pelo juiz ou indicados pela equipe técnica, bem como os de exame de corpo de delito, solicitados pelo juiz;
- VIII - analisar os efeitos, impactos e resultados da implementação da audiência de custódia.

§ 2º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito em juízo acontecerá após o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e respectiva nota de culpa perante a unidade judiciária correspondente, dela constando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do flagrante, perante a unidade responsável para operacionalizar o ato, de acordo com regramentos locais.

§ 3º O auto de prisão em flagrante subsidiará as informações a serem registradas no SISTAC, conjuntamente com aquelas obtidas a partir do relato do próprio autuado.

§ 4º Os dados extraídos dos relatórios mencionados no inciso III do § 1º serão disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ, razão pela qual as autoridades judiciárias responsáveis devem assegurar a correta e contínua alimentação do SISTAC.

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

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

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

§ 5º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Art. 9º A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP deverá compreender a avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observandose o Protocolo I desta Resolução.

§ 1º O acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão determinadas judicialmente ficará a cargo dos serviços de acompanhamento de alternativas penais, denominados Centrais Integradas de Alternativas Penais, estruturados preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual, contando com equipes multidisciplinares, responsáveis, ainda, pela realização dos encaminhamentos necessários à Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), bem como a outras políticas e programas ofertados pelo Poder Público, sendo os resultados do atendimento e do acompanhamento comunicados regularmente ao

juízo ao qual for distribuído o auto de prisão em flagrante após a realização da audiência de custódia.

§ 2º Identificadas demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, caberá ao juiz encaminhar a pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso ou, nas Comarcas em que inexisterem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às políticas de proteção ou inclusão social existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória.

§ 3º O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP.

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

Parágrafo único. Por abranger dados que pressupõem sigilo, a utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica de pessoas dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

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

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

§ 2º O funcionário responsável pela coleta de dados da pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que sejam coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima:

- I - identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação;
- II - locais, datas e horários aproximados dos fatos;
- III - descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas;
- IV - identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos;
- V - verificação de registros das lesões sofridas pela vítima;
- VI - existência de registro que indique prática de tortura ou maus tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal;
- VII - registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos;
- VIII - registro da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas.

§ 3º Os registros das lesões poderão ser feitos em modo fotográfico ou audiovisual, respeitando a intimidade e consignando o consentimento da vítima.

§ 4º Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações.

§ 5º Os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo.

Art. 12. O termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal.

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Art. 14. Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juízes no cumprimento desta Resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento.

Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.

Parágrafo único. No mesmo prazo será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a apresentação à autoridade judicial, nos termos desta Resolução.

Art. 16. O acompanhamento do cumprimento da presente Resolução contará com o apoio técnico do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Execução das Medidas Socioeducativas.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016.