



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

REGINALDO FERREIRA DE MEDEIROS JÚNIOR

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: GARANTIA DO CONTRADITÓRIO
NAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS**

GUARABIRA

2016

REGINALDO FERREIRA DE MEDEIROS JÚNIOR

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO
NAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) na Graduação em Direito do Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba, requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Prof. Esp. Kleyton Cesar Alves da Silva Viriato

GUARABIRA

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M324a Medeiros Júnior, Reginaldo Ferreira de
Audiência de custódia: [manuscrito] : garantia do
contraditório nas medidas cautelares processuais penais /
Reginaldo Ferreira de Medeiros Junior. - 2016.
62 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.
"Orientação: Kleyton Cesar Alves da Silva Viriato,
Departamento de Direito".

1. Processo Penal. 2. Audiência de Custódia. 3.
Contraditório. 4. Ampla defesa. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

REGINALDO FERREIRA DE MEDEIROS JÚNIOR

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO
NAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de na Graduação em Direito do Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

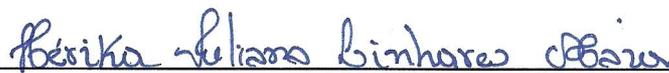
Área de concentração: Direito Processual Penal.

Aprovado em: 19/05/2016

BANCA EXAMINADORA



Prof. Especialista Kleyton Cesar Alves da Silva Viriato (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professora Doutoranda Hérica Juliana Linhares Maia
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professor Mestre Jossano Mendes de Amorim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu tio, Lucemar Rodrigues da
Silva (*in memoriam*), por sempre ter
acreditado no meu potencial.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Reginaldo Ferreira de Medeiros, por toda a sua dedicação. Obrigado por me educar e me direcionar para o caminho da dignidade, possibilitando a formação do meu caráter, e me fazendo acreditar que posso chegar onde eu quiser. Obrigado por tudo, pai.

À minha mãe, Laurimar Rodrigues da Silva, por todo o afeto e cuidado que me ofertou. Aos meus irmãos, Ryan Santos, Luiz Henrique e Maria Eduarda, com quem seguramente sempre poderei contar. E, ainda, à Rosinele dos Santos, que sempre me tratou como um legítimo filho. Agradeço à minha família por sempre estarem ao meu lado.

In memoriam, agradeço ao meu tio Lucemar Rodrigues da Silva que, infelizmente, não está mais ao meu lado neste plano.

À Lidineide Vieira da Costa, minha namorada, pela companhia, dedicação e, principalmente, por não ter desistido de mim. Muito obrigado, meu bem.

Aos amigos que se tornaram verdadeiros irmãos, Diêgo Targino, Marcos Aurélio e Jacson Daniel, bem como aos amigos da “turma do fundão”: Muryllo, Alessandro, Claudiano, Jandilson, Herbert, Felipe, Aldair, Joaquim, Adriano e Raquel. Ainda, aos amigos que fiz em Guarabira, Ruan Vicente, Anderson Ezequiel, Maxmiller Andrade, Giomar Filho e Cinthia Raquel.

Ao meu orientador e amigo, Kleyton Viriato, por toda a sua colaboração.

Ainda, agradeço à Maria Helena Targino da Silva, que em Guarabira me recebeu como um filho.

“De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino, sem me pedir uma opinião. De vez em quando, tinha vontade de interromper todo mundo e dizer: ‘Mas afinal quem é o acusado? É importante ser o acusado. E tenho algo a dizer!’”

Albert Camus

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo explicar a possibilidade da plena realização do contraditório no âmbito das medidas cautelares por meio da implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realiza uma abordagem inicial acerca das medidas cautelares processuais penais à luz do princípio da presunção de inocência, expondo sua base principiológica e exposição das principais medidas previstas no Código de Processo Penal. Após, faz-se uma explanação acerca da audiência de custódia, voltando-se para o seu conceito, características, previsão normativa no âmbito internacional e recepção no ordenamento jurídico brasileiro, com exposição da atual situação do referido instrumento. Ao término, o estudo segue para uma correlação do contraditório no âmbito das medidas cautelares, expondo a fragilidade da sistemática vigente frente ao preceito constitucional do contraditório e a efetividade da audiência de custódia como mecanismo proficiente a cumprir as disposições constitucionais e uniformizar o sistema processual penal brasileiro. Quanto à metodologia, acerca da classificação da presente pesquisa, quanto a sua natureza constitui-se como pesquisa básica, como forma de gerar conhecimentos novos para o avanço científico. Quanto à forma abordada, buscou-se intentar uma pesquisa qualitativa, pois busca analisar seus dados indutivamente. Quanto ao ponto de vista dos objetivos, entende-se por pesquisa explicativa, por buscar os fatores que explicam e determinam a audiência de custódia; e, quanto aos procedimentos técnicos, vê-se por uma pesquisa bibliográfica-experimental, elaborada a partir de material já publicado e com aplicação de variáveis ao objeto do estudo. Os resultados e conclusões obtidas podem ser sintetizados pela demonstração da eficácia do contraditório e ampla-defesa nas medidas cautelares e o distanciamento do sistema inquisitivo.

Palavras-Chave: Processo Penal. Audiência de Custódia. Contraditório. Ampla defesa.

ABSTRACT

This study aims to explain the possibility of completing the contradictory in the context of precautionary measures through the implementation of the custody hearing in the Brazilian legal system. The study presents an initial approach on the procedural criminal precautionary measures in the light of the principle of presumption of innocence, exposing his principled basis and exposure of the main measures of the Code of Criminal Process. After, it is an explanation about the custody hearing, turning to the concept, features, normative forecast at the international level and receiving the Brazilian legal system, exposing the current situation of that instrument. At the end, the study goes on to a contradictory correlation under the precautionary measures, exposing the fragility of systematic force against the constitutional adversarial precept and the effectiveness of the custody hearing as proficient mechanism to comply with the constitutional provisions and standardize the criminal justice system Brazilian. As for the methodology, about this search ranking, as its nature is constituted as basic research as a way to generate new knowledge for scientific advancement. As for the covered way, we tried to bring a qualitative research, as is to analyze your data inductively. As for the goals of perspective means for explanatory research to seek the factors that explain and determine the custody hearing; and on the technical procedures, it is evident from a literature-experimental research, drawn from already published material and application variables to study the object. The results and conclusions obtained can be synthesized by the demonstration of efficacy of contradictory and wide-defense in cautious measures and the distance from the inquisitorial system.

Keywords: Criminal Process. Custody hearing. Contradictory. Wide defense.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TIDH – Tratados Internacionais de Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS	14
1.1 CAUTELARIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES	16
1.3 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	19
1.3.1 Prisão em flagrante	20
1.3.2 Prisão preventiva	24
1.3.3 Medidas cautelares diversas da prisão	27
2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E CONCEITO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	30
2.2 PREVISÃO NORMATIVA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS SUBSCRITOS PELO BRASIL	32
2.2.1 Audiência de custódia na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	34
2.3 IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL.	36
2.4 BREVE ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 554/2011	39
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO NAS MEDIDAS CAUTELARES.....	42
3.1 BREVE ANÁLISE DO CONTRADITÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	42
3.2 SISTEMÁTICA ATUAL SOBRE O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE: ANÁLISE DO ART. 306 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A ABSOLUTA AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.....	43
3.3 O CONTRADITÓRIO NA ATUAL SISTEMÁTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. ANÁLISE DO ART. 282, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	47
3.4 A IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS.....	50
4 CONCLUSÃO	57
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, a carta cidadã, marca o término formal do regime ditatorial de 1964 no Brasil, trazendo um amplo rol de direitos e garantias fundamentais ao desenvolvimento pleno do cidadão em um Estado Democrático de Direito. No campo processual penal não foi diferente. A Constituição Federal conferiu a este a obrigação de atentar para o respeito aos direitos individuais, definindo um processo penal acusatório estabelecido sob à égide da imparcialidade jurisdicional, valorizando, assim, o respeito ao princípio do contraditório no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, considerando a herança histórica inquisitiva do processo penal brasileiro que se arrasta na sociedade desde 1941, tal trabalho busca problematizar a privação do maior bem do indivíduo: a liberdade, liberdade essa retirada ainda quando não recai sobre o sujeito nenhuma condenação definitiva, como é o caso das prisões cautelares no processo penal brasileiro. Não se está negando a imprescindibilidade das prisões cautelares para o sistema penal, de forma a proteger e assegurar o curso do processo instaurado sob dadas circunstâncias. Nesse sentido, a problemática busca perseguir a observância dos direitos e garantias fundamentais sem prejudicar o devido desenvolvimento processual.

A prisão restringe o direito de ir e vir do sujeito, acarreta a privação de sua liberdade ao recolhê-lo a instituição carcerária. Assim, a determinação de uma medida cautelar pessoal, seja prisão cautelar, ou mesmo medida cautelar diversa da prisão, para que esteja em consonância com o princípio da presunção de inocência, deve ser decretada de maneira excepcional, sendo demonstrado o seu caráter cautelar e respeitados os princípios norteadores do processo cautelar.

Nesta complexidade se insere a preocupação do presente trabalho, ao demonstrar a possível compatibilidade resultante das medidas cautelares processuais penais com o princípio constitucional do contraditório por meio da realização da audiência de custódia, demonstrando a possibilidade da manifestação do contraditório sem acarretar risco ou prejuízo à eficácia da medida, oportunizando a presença do indivíduo tão logo a concretização da sua detenção e, por consequência, harmonizando o sistema processual penal brasileiro com as normas constitucionais.

A audiência de custódia detém, portanto, o propósito de avaliar de forma mais instruída a prisão, alcançando maiores informações sobre o agente e do caso concreto para, assim, evitar prisões ilegais, arbitrárias, ou mesmo desnecessárias. Assim, a audiência de custódia, prevista no ordenamento jurídico brasileiro através da Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos desde 1992, e que atualmente encontra-se em fase de instalação no Brasil, amplia a visão sobre a prisão cautelar, sendo acrescentada após a prisão do indivíduo uma audiência em que o preso tem a oportunidade de se manifestar, exercer a sua autodefesa, sendo patrocinado por um advogado, ou defensor público e, assim, confrontar os fatos diante do Ministério Público e da autoridade judicial, proporcionando uma análise mais apurada sobre a legalidade da prisão, possibilitando a liberdade provisória, e/ou mesmo a necessidade de alguma medida cautelar pessoal.

Logo, a remessa do auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial sem oportunizar ao preso a realização do contraditório e manifestação de sua defesa, de modo categórico, desrespeita o direito constitucional ao contraditório, art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal, e perfaz-se em verdadeira conduta inquisitiva, detendo-se ao alegado pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, apartando-se de modo torpe do sistema acusatório.

A realização da audiência de custódia no âmbito das medidas cautelares retira totalmente o caráter inquisitivo que detinha, delimitando as funções de acusar e julgar, ao passo que oportuniza um espaço igualitário de debate e confrontação de ideias entre a defesa e o Ministério Público, afastando o juiz-ator arraigado de parcialidade, qualidades extirpadas no Estado Democrático de Direito, e, principalmente, a plena efetivação do contraditório e da ampla defesa, de forma a instruir uma decisão adequada e próxima da realidade dos fatos.

Assim sendo, este trabalho foi estruturado em três capítulos, de modo a elucidar a problemática pela qual se preocupa. Inicialmente, far-se-á no capítulo 1 uma breve análise acerca das medidas cautelares no processo penal e a sua harmonização com o princípio da presunção de inocência, tecendo sobre a possibilidade da decretação de tais medidas sem atingir a disposição constitucional. No mesmo capítulo, é feita exposição dos princípios norteadores que alicerçam as medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro seguido pela descrição das principais medidas e basilares características destas. Tal argumentação se dá considerando a incidência da audiência de custódia neste momento do processo penal.

Em continuidade, o segundo capítulo debruçou-se sobre a audiência de custódia, trabalhando suas considerações principais e seu conceito, bem como sua previsão normativa a partir dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e uma breve explanação sobre a implementação da audiência de custódia por meio das ações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Projeto de Lei nº 554/ 2011 que regulamenta as audiências de custódia no Código de Processo Penal e que está em tramitação no Senado Federal.

Por fim, o terceiro capítulo ocupa-se pelo celeuma do trabalho, objetivando explicar a instrumentalidade da audiência de custódia para a eficaz garantia do respeito ao contraditório, afastando os traços de inquisitorialidade das medidas cautelares e harmonização do sistema processual penal brasileiro com a Constituição Federal, de forma a estabelecer o respeito às disposições constitucionais da imparcialidade jurisdicional e aproximando da dignidade da pessoa humana, uniformizando o ordenamento jurídico brasileiro.

De forma a tentar distanciar-se do senso comum acerca da audiência de custódia, não restringindo a sua abordagem meramente à sua conceituação e principais objetivos, exaustivamente abordados no meio jurídico, a prevenção à tortura policial e instrumento apto a proporcionar uma melhor análise acerca do caso concreto, o debate que segue visa estruturar um raciocínio lógico acerca da audiência de custódia como mecanismo hábil a distanciar o processo penal brasileiro de suas raízes inquisitórias.

1 MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS

1.1 CAUTELARIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência encontra guarida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal¹ ao determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A partir de tal garantia fundamental infere-se pela natureza excepcional da prisão cautelar disciplina processual penal, definindo a liberdade do indivíduo como regra e a prisão cautelar, exceção, subsistindo unicamente nas hipóteses definida em lei e demonstrada a necessidade de tal medida.

Antes de adentrarmos sobre as nuances que ornamentam a cautelaridade no direito processual penal, insta realçar, resumidamente, a hegemonia do princípio da presunção de inocência, que se constitui em uma das bases fundamentais da civilidade em nosso ordenamento jurídico com a função de proteger o indivíduo, ainda que para alcançar tal objetivo algum culpado fique impune, considerando que o maior propósito é que todos os inocentes sejam salvaguardados.

A presunção de inocência impõe ao Poder Público um dever de tratamento sobre o indivíduo, considerando que em momento algum do trâmite processual pode sofrer restrições com amparo sobre pretensa, possível, condenação. Reclama-se que o réu seja tratado como inocente e, além disso, deve o Poder Público, com relação ao fundo probatório, instituir que é incumbência da acusação o ônus de provar a existência do fato e a sua autoria (OLIVEIRA, 2008, p. 35).

À vista disso, no decorrer do trâmite processual penal, entre o nascedouro da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe fundado receio de ocorrerem ações que possam comprometer a atuação jurisdicional ou, ainda, que afetem a eficácia do julgamento. Desta maneira, surge a conveniência de medidas cautelares, que, assim, excluam ou ao menos abrandem, o risco do comprometimento da atuação jurisdicional.

As medidas cautelares não visam a antecipação da pena do imputado, mas assegurar a eficácia do procedimento definitivo. A medida cautelar processual penal surge como instrumento assecuratório e acautelatório do processo penal, motivo por que se desvincula do

¹ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível no site da Presidência da República do Brasil: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

resultado final do processo (GIACOMOLLI, 2014, p. 361). Assim, deve ser feito um juízo de probabilidade sobre a necessidade da medida, que deve subsistir para legitimar a custódia cautelar, e, assim, garantir o eficaz funcionamento do poder judiciário.

MARTÍNEZ (1996, p. 387), citado por LOPES JR. (2016, p. 599), invoca que “las medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi (...)”. Assim, as medidas cautelares de natureza processual penal buscam assegurar o devido desenvolvimento do processo e, por resultado, a eficaz prestação jurisdicional, ou seja, a plena proteção do processo penal.

Seguindo outro viés, no processo civil, as medidas cautelares impõem como requisito o *fumus boni iuris*². De outra banda, no processo penal, as medidas cautelares exigem a presença do *fumus commissi delicti*, que se constitui como a probabilidade da ocorrência de um delito, aproximando-se da justa causa penal, isto é, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES JR., 2016, p. 599).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a doutrina processual civil elenca o *periculum in mora*³. No entanto, tal conceito não se coaduna com as medidas cautelares de natureza processual penal. Há, aqui, fundado receio de que a decisão judicial seja frustrada, ou até mesmo risco ao devido andamento do processo. Isto é, o tempo, no processo penal, não é o responsável pela obstrução ao feito, mas sim a situação de liberdade do agente. Portanto, o requisito da medida cautelar processual penal é o risco do estado de liberdade do indivíduo, designado como *periculum libertatis* (LOPES JR., 2016, p. 600).

Desta forma, com clareza, constata-se que a prisão cautelar deve ser utilizada como mecanismo de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real ao trâmite processual e ao provimento jurisdicional, observando-se o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

² Daniel Amorim Assumpção Neves, em seu livro Manual de Direito Processual Civil, publicado no corrente ano, às páginas 560, define *fumus boni iuris* como a probabilidade de o direito alegado pelo pleiteante existir para a concessão da medida cautelar.

³ Luiz Guilherme Marinoni, em seu livro Curso de Processo Civil - Volume 2, publicado no ano de 2015, às páginas 199, preleciona o *periculum in mora* como o segundo requisito para a concessão da antecipação da tutela na seara processual civil, ao lado do *fumus boni iuris*, e consubstancia-se pelo perigo de dano e risco ao resultado útil do processo que o decurso do tempo pode acarretar em razão do tempo transcorrido até a prolação de uma sentença definitiva no processo.

De posse de tais informações, apropriado se faz manifestar que o Código de Processo Penal⁴, não obstante a ausência de um tratamento sistemático, disciplina medidas cautelares pessoais e medidas cautelares patrimoniais ou reais. Porém, o presente trabalho tem como propósito abordar as medidas cautelares pessoais, com enfoque sobre a prisão preventiva, as medidas cautelares diversas da prisão, e, ainda, a prisão em flagrante, que possui natureza pré-cautelar, com o escopo de fazer uma correlação com o objeto-fim, a audiência de custódia como mecanismo de efetivação do contraditório sobre as medidas cautelares.

1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES

O sistema processual penal deve ser visualizado à luz dos seus princípios constitucionais, precipuamente sob à égide da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal (NUCCI, 2015, p. 15). Forçoso destacar a importância do estudo sistemático dos princípios, sendo a finalidade do presente capítulo, em breves palavras, expor acerca dos preceitos medulares que recaem sobre as medidas cautelares processuais penais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, salvaguarda o princípio da presunção de inocência, demasiado relevante em um Estado Democrático de Direito, não sendo este um princípio específico das medidas cautelares pessoais de natureza processual penal, mas sim um princípio reitor próprio do processo penal. A presunção de inocência impõe que o indivíduo seja tratado como inocente, cabendo o ônus probatório atribuído ao acusador, e que seja protegido contra a publicidade e sua taxação como réu.

A prisão acarreta uma privação na liberdade do indivíduo, restringindo o direito de ir e vir através do seu recolhimento à instituição carcerária, a sua liberdade física. Para mais, acarreta um grave constrangimento para o indivíduo, impondo o estigma de culpado ao indivíduo que ainda está sendo processado. Desse modo, mesmo sendo devida, a prisão acarreta prejuízos irreparáveis sobre a vida daquele que tem sua liberdade tolhida.

Assim, a determinação de uma medida cautelar pessoal, seja prisão cautelar, ou mesmo medida cautelar diversa da prisão, para que esteja em consonância com o princípio da presunção de inocência, deve ser decretada de maneira excepcional, sendo demonstrado o seu caráter cautelar e respeitados os princípios norteadores do processo cautelar, quais sejam, sob

⁴ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível no site da Presidência da República do Brasil: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>.

o entendimento de Aury Lopes Jr. (2016, p. 603), jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

Desse modo, quanto ao princípio da jurisdicionalidade, este se correlaciona diretamente com o princípio do devido processo legal, ao passo em que para que a prisão seja legítima, seguindo os preceitos constitucionais, deve ser antecedida por um processo. Nesse diapasão, o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, preleciona que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Logo, conclui-se que apenas a autoridade judiciária é competente para determinar a prisão de alguém.

Ato contínuo, muito embora a aparente impossibilidade e incompatibilidade, considerando a realidade da tutela cautelar processual penal, insta destacar a indispensabilidade da observância do contraditório em sede de medida cautelar. De modo acertado, a Lei nº 12.403/2011 incluiu o § 3º no art. 282 do Código de Processo Penal⁵, que impõe, nos casos de pedido de medida cautelar, que a parte contrária (réu) seja intimada, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida⁶.

A efetivação do contraditório sempre foi prejudicado no âmbito das medidas cautelares e, mesmo após a introdução do § 3º do art. 282, que disciplinou o cumprimento do contraditório quando a autoridade judicial receber pedido de medida cautelar, tal panorama pouco foi alterado. Sendo este o celeuma do presente trabalho, que se encarrega de analisar a relação entre a audiência de custódia e a efetividade do contraditório em sede de medidas cautelares pessoais no processo penal, oportunamente, far-se-á uma análise acerca de tal problemática.

Em continuidade, importa elucidar o princípio da provisionalidade, relativo à situação que a medida busca tutelar, e o princípio da provisoriedade, sendo este concernente ao fator tempo, não sendo possível uma medida cautelar pessoal permanente. Sobre o tema, Aury Lopes Jr. (2016, p. 607) disciplina que “o desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento, mas também por indevida

⁵ Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível no site da Presidência da República do Brasil: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>.

⁶ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...)

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

apropriação do tempo do imputado”. Assim, desvanecendo as condições que legitimaram a medida cautelar, esta deve ser revogada, com respeito à sua natureza cautelar instrumental, considerando que pode tomar características de pena antecipada.

Igualmente, é de fundamental importância observar o princípio da excepcionalidade nas medidas cautelares pessoais, assegurado pelo art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, disciplinando que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, como também pelo inciso II do art. 310, do mesmo diploma legal⁷. De acordo com este preceito, a prisão cautelar é uma medida excepcional, podendo ser aplicada quando nenhuma outra medida diversa da prisão for praticável. Nesse diapasão, Gustavo Badaró (2015, p. 960) disciplina que:

O caráter excepcional ou subsidiário da prisão cautelar se justifica na medida em que sempre se deve privilegiar o meio menos gravoso e que causa menor restrição possível ao direito de liberdade. Sendo necessária a imposição de alguma medida cautelar, inicialmente deve-se buscar tutelar o processo, seja quanto a instrução criminal, seja quanto ao seu resultado final, por meio de medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, arts. 319 e 320). Somente quando nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão se mostrar adequada às finalidades assecuratórias que o caso exige, seja pela sua aplicação isolada, seja por sua imposição cumulativa, é que se deve verificar o cabimento da medida menos gravosa, no caso, a prisão preventiva.

Portanto, o sistema de medidas cautelares, após a inclusão da nova redação dada ao § 6º do art. 282 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, estabeleceu a prisão cautelar como o último recurso a ser utilizado, ao passo em que deve prevalecer o caráter subsidiário da prisão, somente sendo decretada quando todas as outras medidas menos gravosas não forem possíveis. A prisão não pode ser caracterizada como dispositivo de emprego comum, banal, mas sim excepcional, sendo imposta quando nenhuma outra medida se mostrar adequada.

Por fim, oportuno se faz manifestar acerca do princípio da proporcionalidade, não sendo este um princípio específico da matéria cautelar processual penal, mas de todos os ramos do direito, considerando sua importância, exigiria um amplo estudo, que vai muito além do presente trabalho. Embora o Código de Processo Penal não faça menção expressa ao princípio da proporcionalidade, esta omissão em nenhuma hipótese pode afastar o seu reconhecimento e preocupação. Aury Lopes Jr (2016, p. 613-614) explana que:

⁷ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...) 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;

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*

A decretação da medida cautelar deve ser ponderada ante o provável resultado final do processo. Uma medida cautelar imposta sob o escopo unicamente do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* não alcança sua legitimidade, pois o juiz deve atentar para a possibilidade da pena a ser aplicada por meio da possível condenação. Por exemplo, faz-se descabida a decretação de uma prisão preventiva quando o imputado comete crime com pena de detenção, ou mesmo infração penal em que seja aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos sem violência ou grave ameaça, ou se o crime for culposos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal⁸.

Por isto, a análise sobre o provimento final do processo não pode restringir-se a perspectiva de condenação, mas sim a probabilidade da imposição de uma pena privativa de liberdade a ser executada em regime prisional. Ou seja, somente nas hipóteses de que, ao final do processo, o indivíduo será submetido a uma pena privativa de liberdade que a prisão cautelar alcança o status de proporcional ao provimento final que visa efetivar (BADARÓ, 2015, p. 957).

Postas tais considerações acerca da base principiológica das medidas cautelares pessoais, com especial atenção sobre a prisão cautelar, conclui-se que a autoridade judicial, ao analisar a decretação de qualquer medida cautelar pessoal, deve agir com demasiada prudência, atentando para a presença do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, priorizando as medidas diversas da prisão em detrimento da prisão cautelar, definindo-a como o último recurso a ser utilizado para, dessa forma, garantir a eficácia da persecução penal em uniformidade com a presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, ditames constitucionais.

1.3 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

A prisão cautelar figura como a medida que mais se destaca dentre as medidas cautelares. O termo “prisão” vem do latim *prensione*, que deriva de *prehesione* (*prehensio*,

⁸ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível no site da Presidência da República do Brasil: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>.

onis), que significa prender. Muito embora a imprecisão em nosso ordenamento jurídico, a palavra “prisão” indica pena privativa de liberdade, a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, como também, a custódia embasada no recolhimento do indivíduo ao cárcere, e, ainda, a própria instituição em que o sujeito é encarcerado (LIMA, 2015, p. 838).

O presente capítulo visa elucidar sobre as medidas cautelares pessoais de modo específico, como também sobre a denominada prisão pré-cautelar, a prisão em flagrante, para, oportunamente, promover uma aproximação com a razão de ser desta pesquisa.

1.3.1 Prisão em flagrante

A expressão “flagrante” origina-se do latim *flagrare* (queimar), e *flagrans, flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente), ou seja, significa evidente, visível, manifesto. No Direito, flagrante é uma característica do delito, sendo a infração que está sendo cometida ou acabou de sê-lo (LIMA, 2015, p. 895), é o delito que ainda queima (TÁVORA; ALENCAR, 2015, 831), constituindo-se como uma medida restritiva de liberdade que não impõe ordem escrita da autoridade judicial, pois é uma forma de defesa da sociedade, estabelecida no art. 5º da Constituição Federal⁹.

A prisão em flagrante não pode ser classificada como uma medida cautelar, mas sim pré-cautelar, considerando ser uma simples detenção, que não busca garantir o resultado final do processo, mas sim evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos, impedir a consumação do delito e, ainda, preservar a integridade física do preso.

Impende destacar que parte da doutrina brasileira classifica a prisão em flagrante como uma medida cautelar. De acordo com tal posicionamento, NUCCI (2015, p. 72) afirma ser a prisão em flagrante “uma modalidade de medida cautelar de segregação provisória do autor de fato criminoso, de natureza administrativa, inicialmente, podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo ou por agentes policiais”.

No entanto, segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 616), “trata-se de um equívoco, a nosso ver, que vem sendo repetido sem maior reflexão ao longo dos anos e que agora, com a reforma processual de 2011, precisa ser revisado”. Seguindo tal premissa, a prisão em

⁹ Art. 5º (...) 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;

flagrante não é uma medida cautelar, mas pré-cautelar, pois não busca garantir a eficácia da persecução penal, não obstante, destina-se a colocar o preso à disposição do magistrado para que este adote uma postura.

Desse modo, a prisão em flagrante caracteriza-se por ser uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, ao passo que pode de ser efetuada por particulares ou autoridade policial, somente alcançando sua legitimidade quando analisada pela autoridade judicial em até 24 horas após a captura, momento que avaliará a legalidade – formal e material – e deliberará sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, alguma das medidas cautelares diversas da prisão ou a liberdade provisória. Para Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 898), após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, ao disciplinar a imprescindibilidade da decisão judicial sobre o auto de prisão em flagrante, restou evidente que a prisão em flagrante detém o escopo de colocar o preso à disposição do juiz.

Concebe-se como inadmissível a manutenção da prisão sob o fundamento na simples homologação da prisão em flagrante, não sendo possível a permanência de alguém preso sob o argumento de que foi preso em flagrante. Como dito, em razão da sua natureza pré-cautelar, reclama a informação da prisão no momento que esta ocorreu e a remessa do auto de prisão em flagrante para que o juiz analise a legalidade a flagrante da prisão e a necessidade das custódias cautelares, conforme o art. 306 do Código de Processo Penal¹⁰.

O Código de Processo Penal certifica ao particular a faculdade de prender quem esteja em flagrante delito, sob o escopo de exercício regular de direito¹¹. Trata-se aqui da modalidade de flagrante facultativo. Nessa perspectiva, o mesmo dispositivo legal disciplina o dever que a autoridade policial e seus agentes têm de efetuar a prisão em flagrante, esculpido pelo estrito cumprimento do dever legal (LIMA, 2015, p. 900).

No mesmo entendimento, o dispositivo acima aludido prevê o flagrante obrigatório, que consiste na obrigatoriedade que as autoridades policiais e seus agentes de prenderem o indivíduo que se encontra em flagrante delito. Ou seja, para as autoridades policiais e seus

¹⁰ 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 autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

¹¹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

agentes não há a discricionariedade, faculdade, mas sim devem inevitavelmente realizar a prisão em flagrante, sob pena de sanção disciplinar, como também responder na esfera penal (AVENA, 2011, p. 881).

No tocante às espécies de prisão em flagrante, o art. 302 do Código de Processo Penal¹² elenca taxativamente as situações que podem ser consideradas de flagrância, não sendo possível interpretação extensiva e aplicação analógica, considerando que a prisão em flagrante em situações que se distanciem das expostas no artigo supracitado assumem contornos de prisão ilegal e pode, ainda, configurar crime de constrangimento ilegal¹³. Nesse entendimento, pertinente se faz argumentar acerca destas espécies, haja vista a correlação que o presente ponto possui com o objeto-fim deste trabalho.

Os incisos I e II do art. 302 do Código de Processo Penal trazem à baila a espécie de flagrante próprio, também denominado perfeito, real ou verdadeiro. Considera-se flagrante próprio nas ocasiões em que o indivíduo é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la, sendo a modalidade que mais condiz com o significado da palavra flagrante, dada a imediatidade que lhe é característica (TÁVORA; ALENCAR, 2015, 832).

De modo diverso, as situações de flagrante elencadas nos incisos III e IV do art. 302 não possuem a mesma robustez do flagrante próprio, em razão da ausência de imediatidade, posto que o delito já foi consumado. O inciso III retrata a modalidade de flagrante impróprio, igualmente batizados de imperfeito, irreal ou quase-flagrante, pela doutrina, que ocorre na conjuntura em que o sujeito é perseguido logo após cometer a infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito.

Para a efetiva caracterização do flagrante impróprio, exige-se a presença da perseguição, sendo este o requisito de atividade, logo após o cometimento da infração, requisito temporal, e situação que faça presumir a autoria do delito, que caracteriza o requisito circunstancial (LIMA, 2015, p. 902). Ou seja, deve subsistir no caso concreto a conjugação

¹² 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.

¹³ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa

destes três requisitos, de atividade, temporal e circunstancial, para existir a prisão em flagrante imprópria.

Em tempo, convém apontar a previsão do inciso IV do artigo 302, que disciplina a modalidade de flagrante presumido, igualmente intitulado como ficto ou assimilado. Neste, o agente é encontrado logo após a prática do crime com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam pressupor ser ele o autor da infração. Vale dizer, para a configuração do flagrante presumido não se faz necessária a perseguição, mas sim que o sujeito seja encontrado com itens que façam presumir ser o autor do delito.

Por outro lado, interessa destacar outras espécies de prisão em flagrante que pairam o plano da ilegalidade. Assim, propício se faz realçar o inciso I do art. 310 do Código de Processo Penal, que preleciona que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, conforme disposto no art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal¹⁴.

Prontamente, elencamos o flagrante forjado, que manifesta-se no cenário em que é criada uma situação fática de flagrância delitiva com o fito de incriminar para que, assim, seja legitimada a prisão (LOPES JR, 2016, p. 626). É fato atípico, visto que o agente sequer pensou, ou mesmo agiu, para a ocorrência da infração penal, não sendo possível que seja responsabilizado por fato para o qual não prestou contribuição alguma, sendo devido o relaxamento da prisão.

Do mesmo modo, o flagrante provocado também é definido como ilegal. Trata-se de uma situação em que o indivíduo é instigado por alguém à prática do delito com o desígnio de prendê-lo. Em outras palavras, o sujeito estimula alguém para que este realize um ato delitivo e, por isso, seja preso. Na esfera penal, trata-se de crime impossível¹⁵, posto que não subsiste possibilidade de que o *iter criminis*¹⁶ seja percorrido. Como asseverado, ocorrendo prisão por meio de flagrante provocado, esta dá azo para o relaxamento da prisão.

Por outro lado, quanto ao flagrante esperado, esta modalidade deve ser meticulosamente analisada no caso concreto, haja vista que, dependendo das circunstâncias,

¹⁴ Art. 5º (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

¹⁵ 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.

¹⁶ Expressão em latim, que significa "caminho do crime". No direito penal refere-se ao processo de desenvolvimento do delito, isto é, a sucessão dos atos que devem ser perpetrados para alcançar a consumação do delito.

pode-se estar diante de um crime impossível. Por exemplo, havendo informação de possível ocorrência de infração penal, a polícia organiza campanha e realiza a prisão em flagrante. A prisão seria perfeitamente válida, preenchendo os requisitos formais e materiais da prisão em flagrante.

Ademais, o intitulado flagrante diferido ou retardado distingue-se pela possibilidade que a polícia tem de retardar a sua intervenção para, assim, agir no momento mais conveniente com relação à investigação ou colheita de provas. Tal espécie de flagrante encontra previsão no art. 8º da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas)¹⁷, instituindo que:

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

Gustavo Badaró (2015, p. 964) explica que o flagrante diferido não se trata de nova modalidade de prisão em flagrante, mas sim uma autorização para que a autoridade policial e os agentes policiais que, inicialmente, teriam o múnus de efetuar a prisão em flagrante, deixem de assim proceder, com a finalidade de garantir uma maior eficácia à investigação. Oportunamente, no capítulo 3 será feita abordagem acerca do procedimento da prisão em flagrante disposto no Código de Processo Penal, analisando a atual sistemática e o descumprimento ao princípio constitucional do contraditório.

1.3.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é a medida cautelar pessoal que mais se aproxima da definição e do propósito da cautelaridade no processo penal. É a mais genuína das espécies de prisão cautelar (MARQUES, 1997, p. 57). Segundo Antonio Scarance Fernandes, constitui-se como “a hipótese clássica de prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro” (2012, p. 292).

Sem demora, a prisão preventiva constitui-se como modalidade de prisão cautelar decretada pela autoridade judicial competente, por meio de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, no curso da

¹⁷ Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível no site da Presidência da República do Brasil: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.

investigação preliminar ou do processo penal, até mesmo após a sentença condenatória que admite recurso.

A prisão preventiva pode ser determinada de ofício pelo juiz ou tribunal competente, sendo tal deliberação permitida unicamente no curso do processo criminal, nos moldes do disposto no art. 311 do Código de Processo Penal¹⁸. Ou seja, não pode ser decretada de ofício pelo juiz a prisão preventiva nas hipóteses de flagrante delito ou em fase de investigação policial.

Acerca deste tema, Aury Lopes Jr. (2016, p. 646) enuncia que:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. (...) Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

Convém anotar que, em qualquer das hipóteses, seja em sede de investigação policial, seja no curso da ação penal, para que seja decretada a prisão preventiva, faz-se imperioso o respeito aos seus pressupostos e que as medidas cautelares diversas da prisão se revelem inadequadas, em observação à natureza excepcional da prisão cautelar, conforme art. 282, §6º, do Código de Processo Penal¹⁹. Logo, quanto aos pressupostos, como toda e qualquer medida cautelar, a prisão preventiva impõe a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O art. 312 do Código de Processo Penal dispõe sobre o *fumus comissi delicti* como requisito para a prisão preventiva, exigindo para a decretação de referida medida que existam “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Ou seja, para a determinação da prisão preventiva, é imprescindível a probabilidade da ocorrência de um delito (LOPES JR., 2016, p. 650).

Dessa forma, é necessário que a autoridade judicial verifique se a conduta é típica, ilícita e culpável, indicando as provas que respaldam seu *decisium* e, assim, demonstrando a prova da existência do crime. Além disso, no que tange à autoria, o Código exige indício

¹⁸ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

¹⁹ Art. 282. (...) § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

suficiente de autoria, sendo bastante a exteriorização de elementos probatórios que possibilitem declarar a probabilidade de autoria (LIMA, 2015, p. 936-937).

Nesta senda, a prisão preventiva demanda, ainda, ao lado do *fumus comissi delicti*, a presença de situação de perigo ao devido desenvolvimento do processo, consubstanciando-se no *periculum libertatis*. Tais situações estão elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal²⁰. Aury Lopes Jr. (2016, p. 651) considera o *periculum libertatis* como um risco decorrente da situação de liberdade do indivíduo, previsto no Código de Processo Penal como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sendo imprescindível a existência de prova razoável da existência do perigo gerado pela liberdade do sujeito.

Além disso, presentes os pressupostos da prisão preventiva, outro ponto que deve ser levado em consideração é acerca das suas hipóteses de admissibilidade, previstas no art. 313 do Código de Processo Penal²¹. De acordo com este dispositivo, é cabível a prisão preventiva sobre o réu que cometer crime doloso com pena superior a quatro anos; ainda, réu reincidente em crime doloso; se o crime envolver violência doméstica; e, por fim, nas situações em que suceder dúvida sobre a identidade civil de pessoa ou esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (LOPES JR., 2016, p. 654-658).

Por outro lado, ajusta-se necessário mencionar o art. 314 do Código de Processo Penal²², que institui, nas hipóteses em que o indivíduo agiu sob a égide de alguma das excludentes de ilicitude²³, a impossibilidade de decretação de prisão preventiva. Este quesito não reclama uma perfeita constatação da presença da excludente, mas não mais que indícios fortes de sua existência (BADARÓ, 2015, p. 975).

²⁰ 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.

²¹ 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).

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.

²² 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.

²³ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Ainda, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 441) esclarece que, por analogia, devem ser adicionadas as excludentes de culpabilidade, considerando que também são causas de exclusão do crime, não sendo razoável, conseqüentemente, a imposição de prisão preventiva em face de quem agiu acobertado por uma das excludentes de culpabilidade.

Por fim, quanto à possibilidade de revogação ou substituição da prisão preventiva, faz-se conveniente evocar o caráter situacional das medidas cautelares, em atenção aos princípios da provisionalidade e excepcionalidade, que foram devidamente esmiuçados nos capítulos anteriores do presente trabalho. Assim como a decretação, a manutenção de qualquer medida cautelar reclama a presença dos pressupostos enquanto persistir a medida cautelar.

Em consequência disso, entende-se que a decisão que estabelece uma medida cautelar se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*²⁴, dado que a todo o momento estará sendo submetida à nova análise de sua conveniência, tanto para revogar, cessando as razões que a legitimara, como para decretar, ante nova situação que ponha em risco o devido andamento do processo penal, nos termos do disposto pelos artigos 282, §5º, e 316, todos do Código de Processo Penal²⁵ (LIMA, 2015, p. 831).

1.3.3 Medidas cautelares diversas da prisão

Não obstante não seja este o propósito do hodierno trabalho, é de conhecimento amplo a precariedade do sistema prisional brasileiro e o afastamento dos preceitos básicos de nosso ordenamento jurídico acerca dos padrões que as instituições carcerárias deveriam atender e as finalidades pelas quais são mantidas, sob à égide da busca pela ressocialização do indivíduo preso. Infelizmente, o que se constata é a falência do instituto da prisão, ao passo em que não se presta para o fito pela qual se sustenta, o preventivo, aliando-se à perspectiva punitiva.

Atualmente, as instituições carcerárias brasileiras distanciam-se do seu propósito no Estado Democrático de Direito, em oposição à dignidade da pessoa humana. A situação dos

²⁴ Renato Brasileiro de Lima, em seu Manual de Processo Penal, publicado em 2015, esclarece que a cláusula do *Rebus Sic Stantibus* correlaciona-se com a característica situacional das medidas cautelares, pois desaparecendo as condições que legitimaram a necessidade da medida, deve o magistrado revogar a constrição.

²⁵ Art. 282. (...)§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem; Art. 316. 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.

presos provisórios não se aparta da infeliz regra geral prevalecente sobre a realidade carcerária brasileira, sendo alvo constante do desrespeito às garantias constitucionais exaltadas pela Carta Magna, à medida que as ações deveriam ser pautadas pela observância da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, uma das posturas humanitárias tomadas pelos legisladores foi o ingresso da Lei 12.403/11, visto que ampliou consideravelmente o rol de medidas cautelares diversas da prisão, passando a listar no art. 319 do Código de Processo Penal nove medidas diversas da prisão²⁶ e o art. 320 do mesmo diploma legal a retenção do passaporte²⁷, possibilitando à autoridade judicial a escolha da medida mais apropriada ao caso concreto (LIMA, 2015, p. 1002-1003).

Assim sendo, importante se faz assinalar que as medidas cautelares demandam a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não sendo possível a decretação de qualquer medida sem a demonstração unívoca de tais pressupostos, a prova da materialidade do delito coligada aos indícios suficientes de autoria, como também as hipóteses que representam risco ao apropriado seguimento do processo penal.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 674-675), mediante interpretação do art. 313 do Código de Processo Penal, define que nos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos, havendo *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, sendo insuficiente ou inadequada a prisão preventiva, as medidas cautelares diversas podem ser aplicadas. Sendo a pena inferior ou

²⁶ 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.

²⁷ Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

igual a 04 (quatro) anos, somente será possível as medidas cautelares diversas da prisão. Por último, sendo a pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, mas havendo uma das hipóteses do art. 313, II ou III, do Código de Processo Penal, é possível a medida cautelar ou a prisão preventiva.

Ademais, pertinente se faz realçar a natureza excepcional das medidas cautelares e a prisão cautelar como a *ultima ratio*, sendo referidas medidas decretadas nas hipóteses em que forem univocamente demonstradas a sua necessidade e de modo proporcional, não se admitindo que as medidas cautelares sejam banalizadas, haja vista procederem de um direito consagrado na Constituição Federal, a liberdade do indivíduo.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E CONCEITO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

No sentido etimológico, precípua, o dicionário Aurélio²⁸ conceitua custódia como “tutela; condição de quem se encontra sob a proteção de outra pessoa ou instituição: ele tem a custódia da filha mais nova. Guarda; ação ou efeito de proteger, de livrar algo ou alguém do perigo”. O termo custódia tem relação com sentido de tutelar, guardar. No processo penal, referida expressão não se distancia da sua natureza originária.

Seguindo esta definição, a audiência de custódia compreende, em linhas gerais, no direito de qualquer cidadão preso de ser conduzido, prontamente, à presença de uma autoridade judicial para, mediante prévio contraditório estabelecido entre a defesa e o Ministério Público e garantida a ampla defesa, analisar a legalidade e a necessidade da prisão e, ainda, verificar casuais atos de maus tratos ou de tortura sobre o conduzido (PAIVA, 2015, p. 31).

O Conselho Nacional de Justiça, responsável pela introdução das audiências de custódia no Brasil, dando cumprimento aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil ratificou há anos, disciplina que a audiência de custódia caracteriza-se pela apresentação do autuado preso em flagrante delito perante a autoridade judicial, possibilitando o contato pessoal, oportunizando uma análise mais adequada sobre qual medida deve ser imposta ao conduzido e, assim, assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão²⁹.

Desse modo, a audiência de custódia possui o escopo de analisar a necessidade e legalidade da prisão e apreciar a situação física do conduzido, de modo a averiguar a ocorrência de crimes de maus tratos ou tortura contra este, de forma a alcançar amplo destaque por possibilitar um efetivo acesso à jurisdição penal àqueles que são presos provisoriamente, de modo cautelar, e que não são alcançados pelo direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

²⁸ FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. “Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa” 5. ed. Positivo Editora. 2010.

²⁹ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acessado em 23/04/2016.

A não realização da audiência de custódia conserva a penosa conjuntura em que, após efetivada a captura, em qualquer das hipóteses que de algum modo restrinjam a liberdade do indivíduo, seja prisão em flagrante, prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar, o imputado somente vem a ter oportunidade de ser ouvido apenas em seu interrogatório, em sede de audiência de instrução e julgamento, no trâmite processual penal.

Portanto, sendo indispensável a manifestação da necessidade da medida cautelar para que seja decretada, sob pena de afronta ao princípio basilar processual penal da presunção de inocência, a autoridade judicial tem a responsabilidade de realizar um juízo demasiadamente sensível sobre o auto de prisão em flagrante, o pedido de medida cautelar ou mesmo na hipótese em que determine a medida cautelar de ofício. No entanto, a atual sistemática, com o juiz detendo-se aos documentos que lhe são apresentados, não viabiliza a plena demonstração da necessidade que a medida cautelar reclama no processo penal brasileiro.

A introdução da audiência de custódia no Brasil aproximará os preceitos processuais penais acerca da prisão dos princípios estruturais do processo penal e, especificamente, das medidas cautelares processuais penais, de modo a, efetivamente, posicionar a prisão cautelar como o último recurso a ser utilizado no decurso do processo, que fora o objetivo prevaemente da reforma promovida pela Lei 12.403/2011, mas que não foi alcançado.

Desse modo, conveniente se faz realçar as vantagens trazidas pela inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação a tal questão, Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014):

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 artigo 306, parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Dessa forma, a audiência de custódia, além de harmonizar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem o condão de diminuir o encarceramento exacerbado e desnecessário que impera em nossas instituições carcerárias, mediante uma real aproximação do juiz com o preso, proporcionando uma observação sensível sobre os fatos e, por consequência, verificando a conjuntura acertadamente e atribuindo a medida mais adequada a realidade que lhe é desvendada.

2.2 PREVISÃO NORMATIVA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS SUBSCRITOS PELO BRASIL

A audiência de custódia encontra previsão em tratados internacionais³⁰ que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, não obstante a dispensabilidade de acréscimo normativo para que seja efetivada, bastando a sua ratificação nos moldes disciplinados pela Constituição Federal, podendo angariar status de norma infraconstitucional e supralegal, ou mesmo natureza constitucional, a audiência de custódia permaneceu apartada do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, não se faz admissível o argumento de que a audiência de custódia reclamaria alguma alteração ou inovação na legislação nacional para que fosse empreendida no país, visto que as normas de Tratados Internacionais de Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata, sendo, portanto, obrigatória a sua efetivação, consoante o art. 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, que assim dispõem:

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:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O parágrafo 2º do art. 5º, acima exposto, consagra uma concepção material³¹ dos direitos fundamentais, definindo que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal não impedem a descoberta de outros princípios no sistema jurídico constitucional, sendo o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal exemplificativo, não exaustivo. No mesmo sentido, o parágrafo 3º do art. 5º, incluído pela

³⁰ O tratado é uma das fontes do Direito Internacional, sendo o ato jurídico mediante o qual se manifesta o acordo de vontades, definindo direitos e obrigações, firmado entre sujeitos de direito internacional Hildebrando Accioly preleciona que o termo tratado compreende a convenção, o protocolo, ajuste, compromisso etc, dependendo sempre da forma do ato jurídico, seu conteúdo seu objeto e sua finalidade. (CASELHA . SILVA. ACCIOLY, 2012, p. 139).

³¹ A Constituição material consiste em um conjunto de normas escritas ou não escritas (costumeiras), que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais, inseridas ou não no texto escrito da Constituição. Ou seja, Constituição material é a que se refere a matérias essencialmente constitucional (CUNHA JR., 2011, p. 116). Marcelo Novelino expõe que n concepção kelseniana, a Constituição em sentido material é definida como um conjunto de regras reguladoras da criação das normas jurídicas gerais, isto é, normas determinantes dos órgãos, processo de legislação e conteúdo das leis futuras (2014, p. 140).

Emenda Constitucional nº 45 de 2004, definiu o status de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, devidamente aprovados no Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos membros³².

Os tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, aprovados nos moldes do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, são integrados ao ordenamento jurídico brasileiro, com natureza de norma constitucional. Sendo aprovado um tratado e, conseqüentemente, integrado ao seu ordenamento jurídico, o Brasil assume a responsabilidade perante os outros signatários de conciliar as suas leis em vigência ao convencionado e, ainda, de não formular leis antagônicas ao que disciplina o tratado.

No Recurso Extraordinário nº. 466.343, que discutiu a possibilidade da prisão civil do devedor-fiduciante, o Supremo Tribunal Federal, com a maioria dos Ministros seguindo o voto do Ministro Gilmar Mendes, estabeleceu que os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos possuem natureza infraconstitucional e supralegal, ressalvados os tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que alcançariam status de Emenda Constitucional. Nesse sentido, Marcelo Novelino (2014, p. 348) prescreve:

Os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º). Podem, portanto, ser invocados como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 ou pelo processo legislativo ordinário podem servir como parâmetro apenas para um controle de supralegalidade (ou controle de convencionalidade). Por terem status supralegal, não podem ser invocados como normas de referência para o controle de constitucionalidade. Por sua vez, tratados e convenções internacionais que não tenham como objeto direitos humanos, por terem o status de uma lei ordinária, podem ser invocados apenas em controle de legalidade.

O Código de Processo Penal, em seu art. 1º, I, evidencia a preponderância dos tratados internacionais sobre a legislação nacional, ao afirmar que, apesar do processo penal ser por ele regido no território brasileiro, a jurisdição nacional será afastada – adaptada – em respeito aos tratados, convenções e regras de direito internacional, predominando a ordem internacional³³. Da mesma maneira, o art. 5º do Código Penal determina a sua aplicação sobre

³² Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 determinou significativas mudanças no texto original da Constituição Federal. Disponível no site da Presidência da República do Brasil: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>

³³ Art. 1º O processo penal rege-se, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

os crimes cometidos no território nacional, mas sem prejuízo das normas de direito internacional³⁴.

O processo penal é um dos ramos do Direito que mais sofre a incidência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo pacífico o entendimento entre a doutrina que para se alcançar um devido processo, além do respeito à legalidade e constitucionalidade, também deve ser feita uma análise convencional, de acordo com os tratados os quais o Estado seja signatário. A partir da constitucionalização dos direitos humanos, uma abordagem convencional e constitucional do processo penal é um dos suportes a prover o processo penal humanitário (GIACOMOLI, 2014, p. 12).

Dessa forma, a autoridade judicial possui a incumbência de realizar o controle de compatibilidade sobre as normas, não estando o juiz adentrando na atividade legislador, considerando a primazia da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, devendo o intérprete tomar como orientação não somente as normas dispostas no texto constitucional, como também os Tratados Internacionais que foram incorporados ao ordenamento jurídico (LOPES JR, MORAIS DA ROSA, 2015).

2.2.1 Audiência de custódia na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

A audiência de custódia encontra arrimo nos Tratados Internacionais inseridos ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Convenção Americana de Direitos Humanos³⁵ (Pacto de San José da Costa Rica), como também no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁶, que foram ratificados pelo Brasil. Nesta acepção, assim orienta Eugênio Pacelli (2008, p. 14):

(...) importa apenas lembrar que a adesão às normas internacionais firmada em tratados e convenções internacionais, subscritas, ratificadas e promulgadas pelo

³⁴ Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

³⁵ A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominado Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica. O Brasil ratificou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 28.5.1992 e a promulgou pelo Decreto Executivo nº 678, de 6.11.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acessado em: 21/04/2016.

³⁶ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado em 1966 e entrou em vigor em 1976, quando alcançou o número de ratificações necessárias para sua entrada em vigência. O Brasil ratificou através do Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1992, e o promulgou pelo Decreto Executivo nº 592, em 6.07.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acessado em 21/04/2016.

Brasil (por meio de Decreto Legislativo e Decreto do Executivo), implicará a adoção de regras processuais penais eventualmente ali previstas. (...) Lembre-se, ainda, das estipulações do Pacto de San José da Costa Rica, relativas ao processo penal, aplicadas desde 1992 (Decreto nº 678), muitas das quais já também objeto de legislação interna posteriormente.

A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com o intuito de assegurar e fortalecer o direito à liberdade, instituem algumas normas acerca da prisão. Neste ponto, determinam a obrigatoriedade da apresentação do indivíduo preso, em curto e razoável espaço de tempo, à autoridade judiciária para que seja julgado. A CADH disciplina no artigo 7.5 que:

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

Neste raciocínio, importa discernir que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos há mais de 20 anos, conferindo ao tratado status normativo supralegal, e, por tal motivo, assumiu a obrigação perante os outros países signatários de tornar suas disposições efetivas em todo o território, por todas as suas instituições, poderes, agentes públicos e cidadãos. Todavia, a CADH não tomou efeito integralmente, subsistindo disposições que não foram respeitadas inteiramente.

O Tratado impõe a observância de seus termos pelos países signatários sobre todos os poderes do Estado, na produção legislativa, como também na adequação da legislação vigente. No entanto, o art. 7.5 da CADH somente teve iniciado o seu cumprimento em fevereiro de 2015, ocasião em que foi lançado o projeto Audiência de Custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, implementando no estado de São Paulo³⁷.

Oportunamente, muito embora tal temática seja tratada em tópico específico do presente trabalho, a audiência de custódia não foi implantada em todo o país, ao passo que está sendo adicionada nas unidades da federação brasileira paulatinamente. Nestas localidades persiste a remessa dos autos da prisão em flagrante, sem possibilitar aos presos, efetivamente, o direito ao contraditório e a ampla defesa, haja vista não terem a oportunidade de estarem em um determinado e curto período diante de um juiz.

³⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski--quer-le-var-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>>. Acessado em: 22/04/2016.

Sobre a audiência de custódia e o desrespeito aos tratados internacionais, entende Maria Laura Canineu (2013):

É injustificável que em uma democracia consolidada como o Brasil esse direito fundamental tenha sido ignorado por tanto tempo. Essa reforma não vai resolver, sozinha, o problema das práticas policiais abusivas e deixará desprovida do direito parte dos detentos no país, uma lacuna que o Congresso Nacional também deveria abordar. Entretanto, é um passo crucial para coibir os maus-tratos de uma significativa parcela de indivíduos no momento da prisão e contribuirá para que as forças policiais trabalhem de forma mais transparente, profissional e eficaz.

Com igualdade, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê no seu artigo 9.3 a condução do preso por infração penal, sem demora, à presença da autoridade judicial, nos seguintes termos:

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.

Assim como o Pacto de San José da Costa Rica, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi reconhecido pelo Brasil desde o ano de 1992. No entanto, não era cumprido em toda a sua dimensão no ordenamento jurídico brasileiro, pois, tal qual a CADH, a condução do preso até o juiz após a sua prisão não era cumprida.

Portanto, faz-se imprescindível a conformidade constitucional do Código de Processo Penal, como também do controle de convencionalidade, verificando a compatibilidade do CPP com os tratados internacionais firmados pelo Brasil. Assim, a audiência de custódia substancia-se como um direito do indivíduo garantido pela CADH e pelo PIDCP e, ainda, recepcionado pela Constituição Federal e amparado pelo entendimento do STF, mas que não era respeitado no Brasil até fevereiro de 2015, com o projeto audiência de custódia estabelecido pelo CNJ.

2.3 IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL.

Inicialmente, pertinente se faz esclarecer que a audiência de custódia é uma realidade em outros países da América Latina, que incorporaram tal instrumento em suas legislações internas. Assim agiu a Argentina, que define em seu Código de Processo Penal, no art. 286

(título IV, capítulo I), que a autoridade policial que efetuou uma prisão sem ordem judicial deve levar o preso, em um prazo de seis horas, até autoridade judicial competente³⁸.

Do mesmo modo, vale acrescentar que o Código de Processo Penal do Chile determina que, nas hipóteses de flagrante, o suspeito seja apresentado no prazo de doze horas a um promotor, que poderá determinar a soltura do conduzido ou apresentá-lo ao juiz, no prazo de vinte e quatro horas. Na Colômbia, o Código de Processo Penal estipula que, nos casos de flagrante, o detento seja apresentado ao juiz no prazo de trinta e seis horas. Ainda, no México, para a maioria dos tipos penais, as pessoas detidas em flagrante devem ser levadas para os promotores que, por seu turno, devem, no prazo de quarenta e oito horas, apresentá-los ao juiz ou liberá-los (CANINEU. 2013).

Conforme exposto, não há previsão normativa da audiência de custódia na Constituição Federal e no Código de Processo Penal Brasileiro. No entanto, tal regulamento se faz desnecessário, considerando a força normativa dos tratados internacionais no Brasil, que devem ser inteiramente respeitados e cumpridos. O Brasil ratificou a CADH e o PIDCP em 1992, pelos decretos 592/1992 e 678/1992, estando tais tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não se alicerça o argumento de que é inviável juridicamente a audiência de custódia em razão do Brasil não dispor em sua legislação previsão normativa sobre tal procedimento.

Todavia, até 2015, o referido instituto não era respeitado. No dia 06 fevereiro de 2015 foi lançado pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça, o Projeto Audiência de Custódia, com a pretensão de levar a iniciativa a outras capitais e comarcas do país, após o progresso do projeto-piloto no Fórum Criminal da Barra Funda³⁹. Sem demora, o Estado do Espírito Santos, em 22 de maio de 2015, adotou o projeto audiência de custódia⁴⁰.

A partir da implantação do projeto audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, paulatinamente, as unidades da federação aderiram ao programa por meio de acordos de cooperação firmados entre o Conselho Nacional de Justiça e órgãos do Judiciário e do

³⁸ Art. 286. - El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente.

³⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski--quer-le-var-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79436-audiencia-de-custo-dia-no-es-concede-liberdade-provisoria-a-acusado>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

Executivo. Em 14 de outubro de 2015 todas as unidades da federação haviam implantado o projeto, com o Distrito Federal estabelecendo a realização das audiências de custódia em todo o seu território, ao passo que, nas demais, a execução do projeto restringiu, inicialmente, as capitais e estava avançando para os outros municípios⁴¹.

No dia 15 de dezembro de 2015 as audiências de custódia foram regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo aprovada, com unanimidade, a Resolução 213, que projeta especificamente o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente, uniformizando a sistemática em todo o país⁴². Na oportunidade, o CNJ determinou que os tribunais teriam 90 dias para implantar em todo o território nacional as disposições a partir de 1º de fevereiro de 2016.

O Supremo Tribunal Federal determinou que a regulamentação das audiências de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça (ou dos Tribunais Regionais Federais) não caracterizam violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (CF, art. 5º, II, e art. 22, I, respectivamente) (LIMA. 2016, p. 1280-1281).

Nesta lógica, o Plenário do STF julgou improcedente, por maioria de votos, o pleito apresentado em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240) com relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) questionando Provimento Conjunto n. 03/2015 do TJ/SP e da Corregedoria Geral da Justiça. Na ação, a ADEPOL afirmou que somente por meio de lei federal a audiência de custódia poderia ser implantada no país. Em contrapartida, o STF estabeleceu que não houve extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que detém status normativo supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica de seus dispositivos⁴³.

Em tempo, pertinente se faz acrescentar que a audiência de custódia está prevista nas constituições e leis penais de 27 dos 35 estados que fazem parte da Organização dos Estados Americanos (OEA), segundo um estudo produzido pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da universidade de Harvard, nos EUA. De acordo com a pesquisa, a iniciativa do

⁴¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80676-df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

⁴² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

⁴³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80231-stf-confirma-validade-de-normas-sobre-audiencias-de-custodia>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

CNJ foi “um passo louvável e importante na direção de um sistema de Justiça criminal melhor e mais compatível com os direitos humanos”⁴⁴.

Portanto, considerando o significativo avanço sobre a implantação da audiência de custódia no Brasil, oportuno se faz realçar que atualmente o esforço está voltado para a expansão da realização da audiência de custódia para todas as comarcas do país, trajeto demasiadamente longo e árduo, tendo em vista a problemática acerca da estrutura do Poder Judiciário e dos órgãos de segurança pública, principalmente, nas regiões afastadas das capitais e regiões mais desenvolvidas, um desafio a ser superado para que o ordenamento jurídico brasileiro alcance a devida conformidade com os tratados internacionais.

2.4 BREVE ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 554/2011

Como acima abordado, embora a prescindibilidade de acréscimo normativo para a efetiva incorporação das disposições dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/11, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares. Na ocasião em que foi apresentada a proposta, o PL requeria a alteração do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, de modo a acrescentar a imposição de que a pessoa presa em flagrante fosse conduzida à presença do juiz competente no prazo de 24 horas.

O PL 544/11 foi iniciado no Senado Federal e, após passar pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e Comissão de Assuntos Econômicos, seguiu para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ocasião em que foram apresentadas propostas de emenda com o desígnio de alterar outros artigos do Código de Processo Penal, ultrapassando o art. 306, objeto inicial do Projeto de Lei. Em vista destas propostas de emenda e a considerável alteração resultante, fora elaborado um projeto substitutivo (TEIXEIRA. 2015, p. 49).

Atualmente, após a aprovação do parecer pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o PL 554/2011 segue em tramitação no Senado Federal, estando pronto para deliberação em plenário, instante em que aguarda a inclusão em Ordem do Dia, em virtude da aprovação de requerimento de urgência. Após as alterações provenientes das propostas de emendas e projeto substituto, a redação atual do PL 554/2011 é a seguinte:

⁴⁴ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/audiencia-custodia-constam-leis-27-paises-oea>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º- O art. 304 do Decreto-Lei no. 3.689, de 3 outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 304.....

.....

§4º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante o seu interrogatório policial, podendo lhe ser nomeado defensor dativo pelo delegado de polícia que presidir o ato.

§5º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou médico nomeado pelo delegado de polícia, preferencialmente da rede pública de saúde.

§6º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, proceder-se-á na forma do art. 306, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei no. 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 2º- O art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306- A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como 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 pelo delegado de polícia ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§2º O descumprimento do prazo previsto para apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão.

§3º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§4º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da alegação de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as mediadas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§6º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§9º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último

caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§10º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§11º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, 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.

Art. 3º O art. 350 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, a autoridade que a arbitrar, verificando a hipossuficiência econômica do preso, poderá dispensar o recolhimento do valor arbitrado, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 e à medida cautelar prevista no inciso I do art. 319, todos deste Código

Ante o exposto, infere-se que a introdução da audiência de custódia por meio do PL 554/2011 situa o Brasil no caminho pelo qual o processo penal mundial se encontra, além de adequar o ordenamento jurídico brasileiro de acordo com a CADH e o PIDCP, afastando irrefutavelmente as pífias alegações de que a audiência de custódia não encontra amparo normativo no Brasil, que não possuem nenhuma base jurídica diante da imperiosidade do controle de convencionalidade das leis brasileiras com os tratados internacionais subscritos pelo país.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO NAS MEDIDAS CAUTELARES.

3.1 BREVE ANÁLISE DO CONTRADITÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio constitucional do contraditório tem o propósito de garantir o direito de ação e o direito de defesa, com observação à igualdade entre as partes⁴⁵. Aury Lopes (2016, p. 97) define o contraditório como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se sobre o conflito entre a acusação e a defesa, sendo fundamental para a existência do processo. O contraditório é uma condição do processo, constituindo-se numa estrutura dialética, propiciando aos sujeitos o exercício de um conjunto de escolhas, reações, controles e, ao mesmo tempo, seja passível de sofrer tais intervenções dos demais (FAZZALARI, 2006, p. 120-121 *apud* GIACOMOLLI, 2014, p. 363-364).

Concebe-se o contraditório sob duas perspectivas em meio ao processo, consubstanciando-se no direito à informação e reação, com igualdade de tratamento e oportunidades entre as partes. Todos os atos realizados no processo são argumentos para o provimento final, que alcançará as partes diretamente. Desse modo, a natureza do processo encontra-se na simétrica paridade da participação dos interessados, ratificando o papel do contraditório e das partes no processo (LOPES JR., 2016, p. 39-40).

Outrossim, a ampla defesa é resultante do contraditório, a reação necessária à efetivação do contraditório, sendo assegurado ao acusado no processo o uso de todos os meios legais e moralmente admitidos para a realização da defesa de seus direitos. No processo penal deve ser garantida a defesa técnica, exercida por advogado, e a autodefesa, com o acusado participando da instrução processual e expondo sua versão sobre os fatos, sob pena de nulidade (NOVELINO, 2014, P. 704).

Historicamente, as medidas cautelares no processo penal sempre detiveram um caráter inquisitivo, com simetria ao vigente procedimento investigatório, em que não subsiste ampla defesa e contraditório, embora concernentes ao processo judicial e não à investigação, materialmente incompatível com os preceitos fundamentais constitucionais relativos ao processo judicial e ao sistema processual acusatório.

⁴⁵ Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Nessa esteira, passaremos a expor sobre a problemática pela qual se ocupa o presente trabalho, em que se abordará, inicialmente, sobre a inexistência do respeito ao princípio constitucional do contraditório em sede das medidas cautelares, tratando sobre a precária existência do contraditório na prisão em flagrante e a frustração da Lei nº 12.403/11, que instituiu o contraditório sobre as medidas cautelares de modo falho e desacertado, mantendo as medidas cautelares distante dos preceitos constitucionais, e a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento hábil a garantir o devido cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3.2 SISTEMÁTICA ATUAL SOBRE O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE: ANÁLISE DO ART. 306 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A ABSOLUTA AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.

As garantias constitucionais referentes à prisão são institutos basilares insculpidos como direitos fundamentais básicos, em atenção à relevância que o direito à liberdade possui no Estado de Direito. Nesta senda, a Constituição Federal reserva o art. 5º, incisos LXI a LXVI, para as garantias constitucionais quanto à prisão⁴⁶, instituindo a prisão como medida excepcional, delimitando aos casos de flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente, sendo excetuados os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (LIMA, 2012, p. 160).

Nesse entendimento, o Código de Processo Penal disciplina o procedimento pelo qual a prisão em flagrante deve estar lastreado, sob pena de fomentar a ilegalidade da medida. O art. 306 do CPP disciplina o procedimento após efetivada a prisão⁴⁷, determinando a imediata comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e a pessoa pelo preso indicada. Ainda, em até 24 horas após a prisão, o auto de prisão em flagrante deve ser remetido ao juiz

⁴⁶ Art. 5º (...) 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; LXII - 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; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

⁴⁷ 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 autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

e, na hipótese do preso não indicar um advogado que o acompanhe, deve ser enviada cópia integral dos autos para a defensoria pública.

Na sistemática atual, após a remessa do auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial procede de acordo com o art. 310 do Código de Processo Penal⁴⁸, analisando se foram respeitadas as formalidades previstas em lei para a constituição do auto de prisão em flagrante, em uniformidade com as disposições constitucionais, como também avalia a presença dos requisitos autorizadores do flagrante delito, as hipóteses do art. 302 e 303 do Código de Processo Penal⁴⁹.

Gustavo Badaró (2015, p. 970-971) explana que a autoridade judicial pondera inicialmente sobre a possibilidade da concessão da liberdade provisória (CPP, art. 310, *caput*, III) em duas circunstâncias: se constatar a manifestação de excludente de ilicitude; ou, sendo arbitrada fiança, em razão da situação econômica do preso, este não puder prestá-la, de acordo com o art. 350 do Código de Processo Penal⁵⁰. O autor ainda menciona que, em paralelo com a análise sobre a liberdade provisória, deve vislumbrar o disposto no art. 312, que prevê concessão da liberdade isoladamente ou cumulada com outra medida cautelar.

Ao analisar o auto de prisão em flagrante, caso o juiz verifique a impossibilidade da liberdade provisória ao preso, será decretada alguma das medidas cautelares pessoais. Para Aury Lopes Jr. (2016, p. 645), a conversão deve ser fundamentada, de modo a apontar o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, que são os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como a existência nos autos de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público pela custódia cautelar.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

⁵⁰ Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

O Código de Processo Penal brasileiro, com a mera exigência burocrática da comunicação da prisão e, em 24 horas, a remessa do auto de prisão em flagrante para o juiz é manifestamente antagônico ao princípio constitucional do contraditório. O art. 310 do Código de Processo Penal não exige manifestação da defesa, presença do preso ou mesmo a sua oitiva, perdurando um sistema puramente cartorial inquisitivo, em que a autoridade judicial decide com base somente no papel (PAIVA, 2015, p. 56).

Portanto, a remessa do auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial sem oportunizar ao preso a realização do contraditório e manifestação de sua defesa, de modo categórico, desrespeita o direito constitucional ao contraditório e perfaz-se em verdadeira conduta inquisitiva, detendo-se ao alegado pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, apartando-se de modo torpe do sistema acusatório.

Vale dizer, a estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, sempre em conformidade com a ideologia punitiva ou libertária dominante à época. A jurisdição tem como supedâneo a posição do juiz no sistema processual, pairando sobre o sistema acusatório e o sistema inquisitório. O sistema acusatório é orientado pelo contraditório visando garantir a imparcialidade, com a autoridade judicial inerte e atribuindo às partes a incumbência de investigar e demonstrar as provas necessárias para legitimar os fatos. Neste diapasão, assim disciplina Salo de Carvalho (2010, p. 79):

No sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo do juiz espectador, o Magistrado é sujeito passivo, tanto no que concerne à iniciativa da ação penal quanto na gestão da prova. Encontra-se rigidamente separado das partes, principalmente do órgão acusador, de forma a garantir a imparcialidade do julgamento. O juízo é caracterizado pelo procedimento oral e público, sendo a decisão final modelada pelo princípio do livre convencimento, ou seja, a sentença cabe exclusivamente ao juiz que, a partir da exposição motivada dos argumentos que permitiram concluir sobre o objeto da discussão (caso penal), coloca termo ao procedimento.

Por outro lado, o sistema inquisitório, do qual a decisão judicial sem a apreciação da observação do contraditório se alinha, substancia-se pela acumulação de funções e atribuição de poderes instrutórios ao juiz, ostentando o manto da soberania do processo, inexistindo estrutura dialética, desconsiderando o contraditório. Afasta-se da imparcialidade, em razão de que o juiz busca a prova e decide alicerçado na evidência que produziu (LOPES JR, 2016, p. 42). Assim, em razão da reunião das funções de acusar e julgar, detendo a gestão da prova e atuando de ofício, conseqüentemente, o sistema inquisitório rechaça o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Nesta perspectiva, de modo a afastar-se do superado sistema inquisitorial, devido se faz conceder de modo eficaz a manifestação do contraditório nas prisões em flagrante, dado que de nenhuma maneira impossibilitaria atribuição à medida, visto que proporcionaria a efetivação do preceito constitucional. Como exposto, na atual conjuntura o preso não tem a oportunidade de se pronunciar perante a autoridade judicial sobre a situação de flagrante que lhe acometeu, como também do procedimento após a sua captura realizado pela autoridade policial.

Dessa forma, o Código de Processo Penal, ao persistir com a remessa do auto de prisão em flagrante elaborado pela autoridade policial para o juiz e este decida nos moldes do art. 310 distancia-se dos preceitos definidos na CADH e do PIDCP sobre a condução do preso, sem demora, até a autoridade judicial, bem como, em terminante ultraje ao princípio constitucional do contraditório.

Em tempo, importa realçar que o atual auto de prisão em flagrante é documento dotado de absoluta inquisitorialidade, em que prevalece a palavra da autoridade policial, com sua descrição da conjuntura pelo qual o indivíduo foi preso e os atos realizados após a prisão, restando a indagação se a autoridade policial reconheceria no auto de prisão em flagrante que agiu de modo a se distanciar da legalidade. Por lógica, dificilmente o responsável pela prisão reconheceria que não agiu de acordo com a lei, que não realizou a prisão conforme as situações previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, ou mesmo não agiu nos moldes disciplinados pelo mesmo diploma legal com relação à confecção do auto de prisão em flagrante.

Postas tais alegações, a problemática em que se insere a imprescindibilidade da audiência de custódia encontra-se, primordialmente, neste procedimento, haja vista os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que determinam a condução do preso, sem demora, à presença da autoridade judicial competente para que, na presença do representante do Ministério Público e do advogado (ou defensor público), mediante prévio contraditório e ampla defesa, seja avaliado o episódio em que ocorrera a prisão e, assim, julgue a medida mais adequada ao caso concreto.

A audiência de custódia ingressa no ordenamento jurídico exatamente neste ato, sendo acrescentada, após a prisão do indivíduo, uma audiência em que o preso tem a oportunidade de se manifestar, exercer a sua autodefesa, sendo patrocinado por um advogado, ou defensor público e, assim, confrontar os fatos diante do Ministério Público e da autoridade

judicial, proporcionando uma análise mais apurada sobre a legalidade da prisão em flagrante, a possibilidade da liberdade provisória, e/ou a necessidade de alguma medida cautelar pessoal.

3.3 O CONTRADITÓRIO NA ATUAL SISTEMÁTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. ANÁLISE DO ART. 282, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com o fito de expor didaticamente a desarmônica situação do processo penal brasileiro, no âmbito das medidas cautelares pessoais, com relação ao princípio constitucional do contraditório e aos pactos internacionais ratificados pelo Brasil que disciplinam a audiência de custódia, segmentamos a presente discussão e passamos a tratar, agora, acerca da problemática que incide sobre as demais medidas cautelares, com enfoque sobre a prisão preventiva.

O processo penal sempre foi caracterizado pela predominância da natureza inquisitiva sobre as prisões cautelares, com a proeminência da impossibilidade da participação do investigado, e/ou de seu advogado, antes da decretação da medida cautelar, sob a alegação que frustraria a eficácia da medida postulada. As prisões cautelares sempre eram impostas *inaudita altera pars*, isto é, sem a oportunidade da manifestação da parte contrária (LIMA, 2012, p. 51-52).

Após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, responsável por implementar uma nova abordagem acerca das medidas cautelares pessoais, houve uma mudança substancial na prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, a alteração prestigiou a prisão cautelar como uma medida excepcional, reclamando a observação do binômio necessidade e adequação da medida, posicionou a liberdade como regra e ampliou o rol de medidas cautelares, concebendo as medidas diversas da prisão (art. 319 do CPP).

Desse modo, com a pretensão de atender a imposição constitucional do contraditório no processo judicial, a Lei 12.403/11 acrescentou ao Código de Processo Penal o §3º do art. 282, disciplinando que o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da

medida⁵¹, conjuntura em que a autoridade judicial detém a conveniência de, prontamente, determinar a aplicação da medida, por exemplo, ao saber da decretação da medida cautelar pessoal, o imputado fugir e, assim, prejudicar a eficácia da medida.

No entanto, referido dispositivo legal não proporcionou a devida adequação das medidas cautelares pessoais ao princípio constitucional do contraditório. Muito embora tal evolução seja inegável, a efetivação do preceito constitucional ficou à mercê da conjuntura do caso concreto, restringido pela hipótese de urgência ou perigo de ineficácia da medida, tendo a autoridade judicial a faculdade de afastar o contraditório nestas situações e, conseqüentemente, manter a pretérita dissonância do processo penal brasileiro com a Constituição Federal.

A base da cautelaridade no processo penal rege-se pela função assecuratória, com o objetivo de garantir o provimento jurisdicional final, tal como acautelatório, visando proteger o andamento processual e garantir o funcionamento do poder judiciário. A decretação de uma medida cautelar reclama a presença inequívoca do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, sendo a urgência e o perigo (risco) características basilares de tais medidas, pois, caso não subsistam, certamente, a liberdade do imputado não acarretará perigo ao desenvolvimento do processo.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 36) adverte que a tendência, em sede de medidas cautelares, será o prevalectimento dos casos de urgência ou de perigo, respaldando a determinação da medida cautelar sem a prévia intimação do réu. O autor sustenta a dificuldade em considerar uma situação sem urgência ou perigo em que se reclame a medida de cautela, possuindo-se tempo suficiente para que o imputado se manifeste.

Além do mais, conveniente se faz expor que o contraditório acrescentado pela Lei nº 12.403/11, não comporta a hipótese em que a determinação da medida cautelar ocorre de ofício pela autoridade judicial no curso do processo, nos moldes do disposto no art. 311 do Código de Processo Penal⁵². O referido dispositivo legal representa flagrante procedimento atentatório ao sistema acusatório, ao princípio da inércia da jurisdição e à imparcialidade do julgador, que deveria ser expurgado de nosso ordenamento jurídico. Oportuno seria que a

⁵¹ Art. 282 (...) § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

⁵² Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

prisão preventiva somente fosse imposta nas ocasiões em que emergir representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Sobre o tema, assim preleciona Aury Lopes Jr. (2016, p. 647):

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ela assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.

Além da determinação de medida cautelar de ofício, não havendo sequer manifestação por parte do Ministério Público ou querelante, possibilitando a exteriorização do ativismo judicial⁵³, não viabiliza a intimação do imputado para se manifestar sobre a medida que lhe recai, agindo em autêntica violação ao princípio da imparcialidade, da inércia da jurisdição e do contraditório, assumindo uma postura inquisitiva, incompatível com o sistema acusatório.

Por último, interessa destacar o cenário previsto no art. 282, § 4º, do CPP, nos casos de descumprimento de qualquer das medidas impostas, em que é possível a substituição da medida, imposição de outra em cumulação ou a decretação da prisão preventiva⁵⁴, que não foi compreendido pelo princípio do contraditório. Mais uma vez, o legislador legitimou o ativismo judicial e impossibilitou a manifestação do contraditório, rechaçando o sistema acusatório e os princípios elencados no parágrafo anterior.

Portanto, conclui-se que a afronta ao princípio constitucional do contraditório não se restringe à prisão em flagrante, mas identicamente acomete as demais medidas cautelares, mesmo após a reforma implementada pela Lei nº 12.403/11, que pretendeu inserir o contraditório por meio do art. 282, § 3º, do CPP e não alcançou êxito, permanecendo sobre as medidas cautelares a famigerada natureza inquisitiva e repelindo os princípios o contraditório em suas diretrizes.

⁵³ Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Para o autor, no Brasil o ativismo judicial é caracterizado pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO. 2015, p.441-442).

⁵⁴ Art. 282 (...) § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

3.4 A IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS.

De início, forçoso se faz expor a lastimável posição tomada pelo ordenamento jurídico brasileiro contra a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tratados subscritos pelo Brasil desde 1992, ao ignorar a condução do indivíduo até a autoridade judicial logo após a sua prisão, mantendo a cruciante realidade das medidas cautelares em que o preso não tem a oportunidade de se manifestar perante a autoridade judicial sobre a sua prisão, tanto com relação à prisão em flagrante, como sobre a prisão preventiva.

A audiência de custódia constitui-se pela condução do preso, sem demora, à presença do juiz para que, por meio de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e defesa, avalie a legalidade da prisão em flagrante, a medida cautelar a ser tomada e verificar a presença de maus tratos ou tortura, sendo referido procedimento considerado uma relevante hipótese de acesso à jurisdição penal (CASAL, 2014, p. 295 *apud* PAIVA, 2015, p. 31).

Precipuamente, a audiência de custódia emerge com o objetivo de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio reitor do Estado Democrático de Direito, afastando a característica inquisitiva presente na sistemática das medidas cautelares, direcionada a análise documental, no auto de prisão em flagrante remetido para o juiz, como pela representação da autoridade policial pela prisão preventiva, do requerimento do Ministério Público, ou mesmo a decretação de ofício. A audiência de custódia humaniza o ato da prisão, visto que, mesmo com a imposição da prisão, subsiste a dignidade no tratamento dispensado ao preso, visto que ao menos pôde ser ouvido pelo juiz (LOPES JR, 2016, p. 605).

A implantação da audiência de custódia no Brasil representa o ajuste do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Conforme aludido, não cabe o argumento de que a legislação nacional deve disciplinar tal instrumento, visto que os tratados ratificados não podem ser respeitados conforme o arbítrio do subscritor. Caio Paiva (2015, p. 34) expõe que “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”.

No mesmo sentido, a audiência de custódia surge com a finalidade de assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas presas, ampliando o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores (públicos e privados), atribuindo a estes a função de transformar a prática do sistema criminal brasileiro, não meramente voltando seu olhar para a legislação, mas sim estabelecendo que os demais elos do sistema passem a agir de acordo com a legalidade e a eficiência, preceitos absolutamente indispensáveis para a plenitude da Justiça no Brasil (WEIS, 2013).

A audiência de custódia detém o propósito de avaliar de forma mais instruída a prisão, alcançando maiores informações sobre o agente e do caso concreto para, assim, evitar prisões ilegais, arbitrárias, ou mesmo desnecessárias. No caso de prisão em flagrante, por exemplo, o juízo a ser realizado na audiência é bifronte: além de avaliar a legalidade do ato já realizado, remanescendo uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, e outra prospectiva, projetada para o futuro, com a finalidade de apreciar a necessidade a adequação da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a mera revogação sem a decretação de medida cautelar (BADARÓ, 2014, p. 14).

Assim sendo, cumpre enfatizar a problemática com a qual o presente trabalho se encarrega. Não obstante os benefícios imediatos da audiência de custódia prevalecerem no contexto de suas discussões, quando a doutrina certifica a sua imprescindibilidade para que a violência policial seja evitada e que a autoridade judicial se aproxime dos fatos aos quais aplicará o direito, compreendendo com mais acerto a necessidade da medida e, caso esta exista, adequabilidade deste sobre o imputado, atemo-nos aqui à importância que a manifestação do contraditório ostenta neste momento.

O contraditório consubstancia-se pelo direito à informação e a possibilidade de reação. Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1937, p. 110), citado por Gustavo Badaró (2015, p. 50), define o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”. Exige-se a real e igualitária participação das partes no curso de todo o processo judicial de modo a efetivar a busca da verdade.

Consoante declarado nos tópicos anteriores, historicamente compreendeu-se que o contraditório não se compatibilizara com as medidas cautelares pessoais, em razão da urgência intrínseca à cautelaridade no processo penal, ao passo que a manifestação do contraditório reduziria, ou mesmo comprometeria com inteireza, a eficácia da medida e, conseqüentemente, o deslinde processual e o provimento jurisdicional, assentando-se o

entendimento de que as medidas cautelares deveriam ser decretadas *inaudita altera parte*, isto é, sem a manifestação do imputado.

No entanto, a alegação de suposta impossibilidade da manifestação do contraditório em sede de medidas cautelares fundada na cautelaridade da medida, da urgência e o perigo que toma no caso concreto, que prevaleceu por muito tempo no processo penal, não se sustentou, em razão de que a efetiva atuação das partes na formação do convencimento do juiz sobre a aplicação da medida cautelar é de suma importância no Estado Democrático de Direito, considerando a primazia do direito fundamental à liberdade e a indispensabilidade da obediência à Constituição Federal, que estabelece o respeito ao contraditório no processo judicial.

Nesta senda, com preocupação sobre tal disfunção, buscando aproximar o processo penal brasileiro do princípio constitucional do contraditório, a Lei nº 12.403/11 acrescentou o § 3º do art. 282 no Código de Processo Penal, impondo a intimação da parte contrária assim que o juiz receber o pedido de medida cautelar, contanto que não haja prejuízo da eficácia ou urgência da medida. Porém, como exaustivamente tratado no tópico 3.3, tal inovação não mudou o panorama do contraditório em sede de medida cautelar.

A implementação do contraditório por meio do art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal fez-se inútil. As medidas cautelares possuem o escopo de proteger e assegurar o processo penal, sendo decretadas quando evidenciada alguma das hipóteses definidas no art. 312 do Código de Processo Penal, que consubstancia o *periculum libertatis*. Assim, considerando as ressalvas impostas, a urgência da medida é característica que dificilmente não se manifestará no caso concreto, sendo incontestável que o contraditório prévio prejudicaria a eficácia da medida.

Portanto, em razão da natureza das medidas cautelares, o contraditório, que devia ser regra, torna-se excepcional, não ultrapassando o campo normativo, pois, normalmente o que acontece, com relação à prisão preventiva, é a manifestação do perigo da ineficácia da decretação se a decisão judicial for precedida pelo contraditório de partes (BADARÓ, 2015, p. 959). No entanto, de nenhuma maneira pode-se aceitar que por esta razão o princípio do contraditório seja relativizado. Tal conjuntura se faz inaceitável em virtude da natureza constitucional que nutre.

Além do mais, no campo das prisões em flagrante nada mudou. Manteve-se a absoluta inexistência do contraditório, em que a autoridade policial elabora o auto de prisão em flagrante e remete para o juiz proferir sua decisão, não oportunizando, em nenhum momento, a manifestação do preso para apresentar a sua versão dos fatos, ou mesmo denuncie possível violência policial, prática que, infelizmente, se estreita com a habitualidade no Brasil. Nessa esteira, Nereu Giacomolli (2014, 364) preleciona:

Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável. Com isso se descumpra a CADH e a CF, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, como regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Também, deveria ser cumprido o disposto no art. 8.1 da CADH (“toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal). O direito à audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que se daria a sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão da liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas. Com a apresentação imediata do detido, o Juiz poderia avaliar melhor a necessidade da prisão e das demais medidas cautelares, cumprindo o determinado na CADH.

Nestes pontos surge a imprescindibilidade da audiência de custódia. Referidas críticas e problemas acerca da incidência do contraditório sobre as medidas cautelares perdem o sentido diante da realização da audiência de custódia, desmistificando a falaciosa especulação de que a observância do contraditório interferiria na eficácia da medida e que, por isso, não se fazia possível o seu cumprimento. A audiência de custódia corrige de modo simples, mas de maneira extremamente eficiente, a deplorável inexistência do contraditório no âmbito das medidas cautelares.

A sistemática dominante nas medidas cautelares pessoais sempre foi no sentido do sistema processual inquisitivo, com o juiz decidindo sem a manifestação das partes, rechaçando absolutamente a defesa, alinhando-se à premissa do juiz-ator, ao lado do Ministério Público na instrução probatória e acusatória, desconsiderando a imparcialidade jurisdicional, haja vista decidir sobre o auto de prisão em flagrante e os pedidos de medida cautelar eivados de urgência sem possibilitar a atuação da defesa, bem como a famigerada decretação de ofício prevista no art. 311 do Código de Processo Penal, que legitima a figura do juiz inquisidor, com interesse na causa, em rutilante contraste com a inércia que caracteriza o julgador.

A estrutura procedimental da audiência de custódia permite a efetiva realização do contraditório, sendo imperiosa a garantia da manifestação da defesa, que poderá apontar indícios de prisão ilegal, a possibilidade da liberdade provisória e a inexistência dos requisitos das medidas cautelares, afastando a decretação de uma desnecessária medida cautelar, tal como uma inadequada prisão preventiva. Assim, a presença do defensor, sendo ele público ou privado, garantirá o respeito ao princípio do contraditório, da imparcialidade jurisdicional, e ao sistema acusatório.

Vale reforçar, consoante exposto no tópico 3.2 deste trabalho, a sistemática atual acerca do auto de prisão em flagrante desconsidera abruptamente o princípio do contraditório, com o juiz decidindo unicamente com base nas informações instruídas pela autoridade policial, sem conceder ao preso oportunidade de se manifestar sobre tal ato.

Ainda que o Código de Processo Penal discipline no §1º do art. 306, caso o autuado não informe o nome do advogado, a remessa do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, tal atividade é insuficiente para cumprir e respeitar o preceito constitucional do contraditório. Diante de tal situação, a defesa pouco pode fazer acerca da prisão em flagrante, cerceando a sua performance ao pedido de relaxamento de prisão ou de liberdade provisória que, no mais das vezes, são desconsiderados quando confrontados ao auto de prisão em flagrante com a representação pela medida cautelar da autoridade policial.

Do mesmo modo, quanto à remessa do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública a situação ainda é mais alarmante, considerando a realidade precária em que esta instituição subsiste, com defensores acumulando mais de uma comarca, com trabalho sobrecarregado, atuando em múltiplos processos, o assistido pela defensoria pública termina no esquecimento, tendo seu primeiro contato com o defensor na audiência de instrução e julgamento, ato que exige participação da defesa sob pena de nulidade.

A audiência de custódia afasta absolutamente a expressão do sistema processual inquisitivo das medidas cautelares no processo penal, em razão de possibilitar efetivamente o exercício do contraditório e da ampla defesa, possibilitando o contato imediato do preso com o seu defensor logo após a detenção e a manifestação da defesa de modo a influenciar o convencimento da autoridade judicial, proporcionando uma decisão com mais acerto e próxima da realidade do agente.

Com a audiência de custódia, o juiz segue de acordo com o art. 310 do Código de Processo Penal, avaliando se a prisão em flagrante ocorreu nas circunstâncias previstas em lei (aspecto material), se foram cumpridas as determinações atinentes ao procedimento da prisão (aspecto formal) e, de acordo com as circunstâncias fáticas, converteria a prisão em flagrante em liberdade provisória; ou, caso necessário, em medidas cautelares diversas da prisão; por fim, excepcionalmente, determinará a prisão preventiva do preso.

Além do mais, conforme aludido no tópico 3.3 do presente trabalho, é de se admitir que as medidas cautelares, via de regra, revestem-se de urgência, apresentando-se como dispositivo hábil para a segurança do desenvolvimento do processo e de seu provimento final advindo da decisão prolatada pela autoridade judiciária. Com isso, as ressalvas descritas no §3º do art. 282 do Código de Processo Penal, na prática, tornam-se regra, afastando absolutamente o respeito ao contraditório.

No entanto, não se admite a completa eliminação do contraditório no processo judicial, sob pena de afronta à Constituição Federal. Compreende-se que a medida cautelar revestida de urgência, não concedendo abertura para o exercício do contraditório, acarreta grave desconsideração aos direitos e garantias do indivíduo, que é surpreendido com uma decisão judicial que arremata a sua liberdade e não tem a oportunidade de expressar a sua defesa. Nesta linha de raciocínio, assim expõe Nereu Giacomolli:

A impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição leva a doutrina a situar a cautelaridade no processo penal, fora da compreensão estrita de processo (medidas cautelares). Porém, isso não elimina as múltiplas formas de manifestação do contraditório, mesmo nas medidas cautelares, pois este se dilui em uma série de garantias e direitos. Assim, não se afasta, no âmbito das medidas cautelares, a participação dialética dos sujeitos interessados, numa perspectiva tríplice (juiz imparcial, autor, demandado), e tampouco se restringem as demais garantias que servem ao contraditório ou a ele se vinculam.

Nesse entendimento, embora o implemento do contraditório prévio possua o condão de impossibilitar a eficácia da medida cautelar, tal fator não legitima a inteira exoneração do contraditório, sendo perfeitamente aplicável a sua realização logo após a medida, vale dizer, no mesmo contexto em que foi exercida. Assim, a audiência de custódia desponta como instrumento proficiente na harmonização das medidas cautelares pessoais com o princípio constitucional do contraditório e, por consequência, com o sistema acusatório.

Não obstante o avanço compreendido pelo art. 282, §3º, do Código de Processo Penal, tal dispositivo não corresponde à exigência constitucional de respeito ao contraditório

no processo judicial, pois relativiza e afasta a manifestação de tal direito nas hipóteses de urgência da medida. Como as medidas cautelares, via de regra, revestem-se de tal característica, a harmonização buscada pela alteração legislativa não logrou o resultado almejado. Logo, em razão da importância que o princípio do contraditório reclama, a audiência de custódia desponta como providência apta a ajustar as medidas cautelares pessoais com a Constituição Federal.

A realização da audiência de custódia no âmbito das medidas cautelares retira totalmente o caráter inquisitivo que detinha, delimitando as funções de acusar e julgar, ao passo que oportuniza um espaço igualitário de debate e confrontação de ideias entre a defesa e o Ministério Público, afastando o juiz-ator arraigado de parcialidade, qualidades extirpadas no Estado Democrático de Direito, e, principalmente, a plena efetivação do contraditório e da ampla defesa, de forma a instruir uma decisão adequada e próxima da realidade dos fatos.

Desse modo, com a realização da audiência de custódia, tanto na hipótese de prisão em flagrante, como de outra medida cautelar, sendo conferido ao imputado o direito que apresente sua versão dos fatos (autodefesa), assistido por um defensor que demonstre o seu direito e que possa contraditar os atos que lhe são imputados e que fundam a medida cautelar requerida pelo Ministério Público, o contraditório se mostra plenamente respeitado, modificando totalmente a deplorável realidade acerca das medidas cautelares, aproximando o processo penal brasileiro, que ainda mantém-se arraigado em grande parte pelo sistema processual inquisitivo, do princípio constitucional do contraditório e do sistema processual acusatório.

CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, a primeira constatação refere-se a deplorável situação que o Brasil permitiu ao não fazer cumprir integralmente as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tratados subscritos nos moldes dos §§ 2º e 3º da CF/88, não concedendo ao indivíduo preso a oportunidade de se manifestar diante da autoridade judicial sobre a sua prisão, seja prisão em flagrante ou prisão preventiva, não disciplinando no ordenamento jurídico brasileiro a realização da audiência de custódia. Dessa forma, a posição tomada pelo Conselho Nacional de Justiça, implementando a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitou a uniformização do sistema processual penal com os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Após a exposição das considerações acerca das medidas cautelares no processo penal brasileiro, depreendeu-se distintamente pela sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, considerando o desvio das premissas constitucionais, por restringir a liberdade do indivíduo presumidamente inocente sem uma sentença condenatória. Assim, a decretação das medidas cautelares, seja prisão preventiva ou medida diversa da prisão, reclamam a unívoca demonstração dos seus requisitos, o *fumus comissi delicti* – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – e *periculum libertatis*, traduzido nas situações de perigo que a liberdade do indivíduo acarreta descritas no art. 312 do CPP, tendo em vista a prejudicialidade que uma medida cautelar decretada indevidamente possa acarretar.

Dessa forma, em razão da suposta incompatibilidade das medidas cautelares processuais penais com o preceito constitucional do contraditório, garantia fundamental elencada na Constituição Federal, a doutrina processual penal afastava a incidência do contraditório sob alegação de que a sua concessão acarretaria no risco ou mesmo fracasso da medida, restando prejudicado o objetivo pelo qual foi determinada. No entanto, tal prática atenta diretamente contra a Constituição Federal, que expressamente assegura o contraditório no processo judicial como uma garantia.

Nesse contexto surge a importância da audiência de custódia. Além de conferir um caráter humanitário sobre as medidas cautelares, historicamente enraizadas sob a característica da inquisitorialidade, a implementação da audiência de custódia assegura o respeito ao princípio do contraditório no processo judicial, concedendo ao indivíduo abertura

para sua manifestação e afastando o juiz parcial, possibilitando uma decisão adequada e próxima da realidade dos fatos.

Portanto, conclui-se que a realização da audiência de custódia garante o efetivo cumprimento e respeito ao princípio constitucional do contraditório, concedendo ao imputado a informação da medida que lhe é oposta, bem como a possibilidade de reagir, permitindo a sua presença diante da autoridade judicial e que seja acompanhado por um defensor que contradite os atos que justificam a medida requerida pelo Ministério Público, satisfazendo a ampla defesa, aproximando o sistema processual penal brasileiro da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** – 3ª ed. – São Paulo: MÉTODO, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em sua plataforma no academia.edu.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso: 20/03/2016.

BRASIL. **Código do Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso: 30/04/2016.

BRASIL. **Código do Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso: 20/03/2016.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm Acesso: 24/03/2016.

BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acessado em: 21/04/2016

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acessado em 21/04/2016

CANINEU, Maria Laura. **O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional**. Informação Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf. Acesso 01/04/2016.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. (O exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Perguntas Frequentes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acessado em 23/04/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski--quer-le-var-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Audiência de custódia no ES concede liberdade provisória a acusado**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79436-audiencia-de-custo-dia-no-es-concede-liberdade-provisoria-a-acusado>>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **DF completa ciclo de implantação das audiências de custódia no país**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80676-df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais>>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **STF confirma validade de normas sobre audiências de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80231-stf-confirma-validade-de-normas-sobre-audiencias-de-custodia>>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

CONSULTOR JURIDÍCO, **Audiências de custódia constam em leis de 27 países que integram a OEA**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/audiencia-custodia-constam-leis-27-paises-oea>>. Acessado em: 29 de abril de 2016.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. ed. Positivo Editora, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Editora Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury, MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal quem tem medo da audiência de custódia?** (parte 1) 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso em 06 de abril de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. – 3ª ed. – Salvador, BA: 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. – 2ª edição – Niterói, RJ: Impetus, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 2.vol. LOCAL: EDITORA, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I, Campinas, Bookseller, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

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

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

TEIXEIRA, Gabriela Haddad Teixeira. **Projeto de lei nº 554/2011 do senado federal brasileiro e a regulamentação das audiências de custódia**. Brasília: Monografia da Faculdade de Direito/Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: file:///D:/Documentos/2015_GabrielaHaddadTeixeira.pdf Acesso: 12/03/2016.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf. Acesso: 30/03/2016.