



Iran Kurban Filho

**A implementação da audiência de custódia no sistema de justiça criminal  
brasileiro: uma análise acerca da efetividade dos seus objetivos**

Universidade Fernando Pessoa  
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais  
Porto – 2020

A implementação da audiência de custódia no sistema de justiça criminal brasileiro: uma análise acerca da efetividade dos seus objetivos

Autor: Iran Kurban Filho

N.º de aluno: 34646

Orientação: Professora Doutora Ana Sacau

Título: A implementação da audiência de custódia no sistema de justiça criminal brasileiro: uma análise acerca da efetividade dos seus objetivos

Porto, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_.

Trabalho apresentado à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Mestre em Criminologia.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida.

À minha amada Adelia, pelo carinho, companheirismo, amizade e pela linda família que construímos.

Ao nosso Iranzinho e ao velho Iran.

À minha orientadora, profa. Dra. Ana Sacau, pela atenção e conselhos dispensados para a elaboração deste estudo.

## RESUMO

O presente estudo pretende analisar se a audiência de custódia cumpre os objetivos para os quais foi instituída, quais sejam, de redução gradual de decretos de prisões preventivas, o estímulo ao uso de medidas cautelares diversas das prisões, e a identificação de torturas ou maus tratos no momento da prisão em flagrante, por meio do relato dos presos aos magistrados. Para se chegar a uma conclusão sobre a hipótese central da investigação, procedeu-se a estudo empírico na unidade judicial da Central de Inquéritos, na comarca de São Luís, Estado do Maranhão, Brasil, com a colheita dos dados de todas as audiências de custódia, registradas pela UMF, realizadas no período compreendido entre outubro de 2014 a dezembro de 2019. Antes do estudo empírico, realizou-se o estudo teórico no qual houve a abordagem dos principais institutos objetos da dissertação, com o intuito de situar a audiência de custódia dentro do contexto que engloba as medidas cautelares e as prisões preventivas. Ao final da pesquisa, constatou-se que não há uma relação necessária entre a realização de audiências de custódia e a redução gradual do número de decretos de prisões preventivas, uma vez que, com o passar do tempo, o número de prisões aumentou gradativamente.

**Palavras-chave:** Criminologia. Processo penal. Audiência de custódia. Medidas cautelares. Prisão preventiva.

## ***ABSTRACT***

The present study intends to analyze if the custody hearing performs the objectives for which it was instituted, namely, to gradually reduce preventive detention decrees, to encourage the use of precautionary measures different than prisons, and to identify torture or ill-treatment at the time of the act of arrest, through the prisoners' report to the magistrates. In order to reach a conclusion on the central hypothesis of the investigation, an empirical study was carried out at the judicial unit of the "Central de Inquéritos", in the district of São Luís, State of Maranhão, Brazil, with the collection of data from all custody hearings, registered by the UMF, carried out in the period between October 2014 and December 2019. Before the empirical study, a theoretical study was carried out in which the essentials institutes object of the dissertation were approached, in order to situate the custody hearing within the context of precautionary measures and preventive arrests. At the end of the research, it was found that there is no necessary relationship between holding custody hearings and the gradual reduction in the number of preventive arrest decrees, because, along the time, the number of arrests gradually increased.

**Keywords:** Criminology. Criminal procedure. Custody hearing. Precautionary measures. Pre-trial detention.

## LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. ou Arts. – Artigo ou Artigos

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CGJMA – Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

EC – Emenda à Constituição

Inc. – Inciso

LC – Lei Complementar

LCP – Lei de Contravenções Penais

LEP – Lei de Execuções Penais

PEC – Projeto de Emenda à Constituição

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCO – Termo circunstanciado de ocorrência

TIDH – Tratados Internacionais de Direitos Humanos

TJMA – Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 –	Crescimento de Presos Provisórios no Brasil.....	89
Gráfico 1 –	Comparativo das consequências das audiências de custódia entre 2014 a 2019.....	132
Gráfico 2 –	Proporção entre relatos de tortura ou maus tratos e total de audiências de custódia realizadas em São Luís.....	133

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2014.....	125
Tabela 2 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2014.....	125
Tabela 3 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2015.....	126
Tabela 4 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2015.....	126
Tabela 5 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2016.....	127
Tabela 6 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2016.....	127
Tabela 7 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2017.....	128
Tabela 8 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2017.....	128
Tabela 9 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2018.....	129
Tabela 10 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2018.....	129
Tabela 11 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2019.....	130
Tabela 12 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2019.....	130
Tabela 13 – Total de audiências de custódia realizadas entre 2014 a 2019 e consequências.....	131
Tabela 14 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia realizadas entre 2014 a 2019.....	131
Tabela 15 – Relatos de tortura ou maus tratos em audiências de custódia realizadas em São Luís/MA.....	133
Tabela 16 – Relatos de tortura e maus tratos em audiências de custódia no Estado do Maranhão e no Brasil.....	134
Tabela 17 – Relatos de tortura e maus tratos em audiências de custódia no Brasil.....	134

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR.....</b>	<b>14</b>
2.1 Prisão pena e prisão sem pena.....	14
2.2 Presunção de inocência.....	18
2.3 Prisões cautelares enquanto medidas cautelares.....	23
2.4 Características das medidas cautelares.....	27
2.5 Momento e requisitos para a aplicação das medidas cautelares.....	36
<b>3 MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE.....</b>	<b>38</b>
3.1 Comparecimento periódico em juízo.....	39
3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	43
3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	45
3.4 Proibição de ausentar-se da comarca.....	47
3.5 Recolhimento domiciliar.....	50
3.6 Suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira.....	51
3.7 Internação provisória do acusado.....	54
3.8 Fiança.....	54
3.9 Monitoração eletrônica.....	59
3.10 Prisão domiciliar.....	62
3.11 Medidas protetivas de urgência.....	66
3.12 Prisão em flagrante e liberdade provisória.....	68
3.13 Prisão temporária.....	78
3.14 Prisão preventiva.....	80
<b>4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....</b>	<b>88</b>
4.1 Escopos para sua introdução no sistema jurídico brasileiro.....	88
4.2 Percurso para a implementação da audiência de custódia no Brasil.....	92
4.3 Conceito e objetivos.....	97
4.4 Procedimento.....	99
4.5 Previsão em tratados internacionais de direitos humanos.....	103
4.6 Direito comparado: modelo do Direito de Portugal.....	104
4.7 Mitigações para a realização da audiência.....	108
4.8 Críticas positivas.....	113
4.9 Críticas negativas.....	115

<b>5 ESTUDO EMPÍRICO.....</b>	<b>119</b>
<b>5.1 Objetivos do trabalho.....</b>	<b>119</b>
<b>5.2 Metodologia.....</b>	<b>120</b>
<b>5.3 Amostra.....</b>	<b>120</b>
<b>5.4 Procedimentos realizados.....</b>	<b>120</b>
<b>5.5 Resultados: análise e discussão.....</b>	<b>125</b>
<b>6 CONCLUSÕES.....</b>	<b>138</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem como objeto a audiência de custódia. Trata-se de um estudo transdisciplinar, pois ao tempo em que intenciona realizar uma análise empírica da aplicação deste instrumento, com uma abordagem própria da criminologia e das ciências humanas e sociais, analisa-o também de forma teórica e conceitual, de acordo com a tipologia das ciências jurídicas.

No Brasil, aproximadamente no final do ano de 2014 e início do ano de 2015, alguns Tribunais e órgãos do Poder Judiciário brasileiro, em especial o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pretenderam encontrar formas de reduzir o encarceramento provisório no país, especialmente aquele que decorre de prisões preventivas (cautelares), uma vez que grande parte dos presos no país advém dessa modalidade de prisão.

Assim, com fundamento no direito internacional (tratados internacionais de direitos humanos), tais Tribunais e órgãos editaram atos administrativos através dos quais criaram a chamada audiência de custódia, a qual foi paulatinamente incorporada no sistema judicial brasileiro. Esse instrumento processual consiste na obrigatoriedade de imediata apresentação do preso a um juiz togado em uma audiência, após uma prisão em flagrante delito, para que seja analisada a eventual necessidade de manutenção da prisão (em caráter cautelar) ou a possibilidade de permanecer solto, submetido, no entanto, de acordo com a necessidade, a outra medida cautelar (denominadas de medidas de coação em Portugal).

Ocorre que essa mudança não se operou pela via legal, pois, via de regra, uma mudança no processo penal, e no seu procedimento, depende de uma alteração legislativa no Código de Processo Penal (CPP) brasileiro. Por essa razão, houve – e ainda há – alguma resistência à implementação da audiência de custódia do Brasil, pois sua autorização decorreu de atos administrativos, posteriormente sufragados por decisões judiciais.

Os objetivos declarados da audiência de custódia são dois: (I) reduzir o número de decretos de prisões preventivas, e, em consequência, o encarceramento provisório no país; (II) coibir eventuais maus tratos e torturas ocorridos no momento da prisão em flagrante.

No Brasil, até o ano de 2011, não existiam medidas cautelares de natureza pessoal previstas na sua legislação processual penal. O rol de medidas cautelares

do CPP foi introduzido pela Lei 12.403/2011. Até então, a regra que vigorava era de que uma prisão em flagrante automaticamente se converteria em uma prisão preventiva, sendo que, excepcionalmente, poderia ser concedida liberdade provisória ao preso, mediante decisão fundamentada. A Lei 12.403/2011 rompeu essa lógica, pois trouxe medidas alternativas à prisão, e adaptou a legislação processual penal do Brasil à presunção de inocência, na qual a prisão é uma medida de exceção, e uma prisão cautelar não pode representar uma antecipação de pena.

Porém, a velha prática, já muito enraizada na praxe forense, continuou a vigorar, sendo a mudança muito lenta. Por isso, acreditou-se que a audiência de custódia se mostraria como um instrumento eficaz para proporcionar a garantia de liberdade ao cidadão, e que a eventual restrição de direitos (entre eles a liberdade) deveria se operar da forma menos danosa possível, com a aplicação de uma medida cautelar adequada ao risco, sendo a prisão cautelar a medida excepcional, e aplicada apenas em último caso, quando as demais cautelares se mostrarem insuficientes.

Pelo sistema legal, após uma prisão em flagrante, o indivíduo preso deve ser apresentado imediatamente a uma autoridade do Estado (Delegado de Polícia), que em 24 horas lavrará o procedimento próprio (auto de prisão em flagrante), que será encaminhado ao Poder Judiciário que decidirá sobre a legalidade da prisão, a legalidade do auto, e sobre a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar (inclusive de prisão). No entanto, esse ato decisório é realizado pelo magistrado em seu gabinete. Com a audiência de custódia, tal ato deve ser realizado numa audiência, na qual o preso será ouvido, assim como o seu advogado e o membro do Ministério Público, para ao final o juiz tomar uma decisão ainda em audiência.

O Estado do Maranhão foi o pioneiro a regulamentar e implementar a audiência de custódia, especialmente em sua capital São Luís. Por isso, o objetivo empírico do trabalho foi o de analisar as audiências de custódia realizadas pelo juízo com essa atribuição em São Luís desde sua implementação em outubro de 2014 até o final de 2019, verificar a quantidade de audiências realizadas e as consequências que delas advieram, ou seja, quantas resultaram em liberdades provisórias (com ou sem aplicação de medidas cautelares) e quantas resultaram em prisões preventivas, bem como a evolução desses dados com o decorrer do tempo, para se chegar a conclusão se a audiência de custódia efetivamente atingiu o objetivo para qual foi proposta (redução gradativa de decretos de prisões preventivas) e aumento nas

concessões de liberdades. Ainda, procura-se verificar se existem ocorrências de maus tratos e violências aos presos, por meio de seus relatos aos magistrados nas audiências realizadas.

Antes do estudo empírico, porém, apresenta-se esta seção introdutória, seguida do estudo teórico, no qual fez-se a abordagem dos principais institutos objetos da dissertação. Assim, para cada um dos temas teóricos relevantes foi dedicado uma seção própria, com o objetivo de situar a audiência de custódia dentro do contexto que engloba as medidas cautelares, as prisões cautelares e o ordenamento jurídico brasileiro de modo geral.

A parte teórica foi dividida em três seções. A primeira envolve as generalidades e o contexto no qual a prisão preventiva está inserida, ou seja, a análise da prisão preventiva enquanto uma medida cautelar. Nela se distingue a prisão pena (sanção) da prisão sem pena (cautelar), a presunção de inocência enquanto fundamento e limite da distinção entre prisão pena e cautelar, as características das medidas cautelares, requisitos e procedimentos de aplicação. Trata-se de uma análise teórico-jurídica dos conceitos e fundamentos que permitem e autorizam a existência de uma prisão cautelar num sistema jurídico, em especial no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as características, uma importante análise teórica – com finalidade prática – diz respeito à taxatividade das medidas cautelares, ou seja, se apenas podem ser aplicadas cautelares expressamente previstas na legislação (cautelares típicas), ou se está permitido um poder geral de cautelar ao juiz para criar medidas outras que sejam suficientes ao fim pretendido e que possam evitar a aplicação de uma prisão.

Com o rompimento da dicotomia existente entre liberdade e prisão, e com a positivação de medidas cautelares de natureza pessoal, que devem ser priorizadas no lugar da prisão, a segunda seção tem como objetivo discorrer sobre as medidas cautelares penais em espécie. Além das cautelares típicas, presentes atualmente no artigo (art.) 319, do CPP, e criadas pela Lei nº 12.403/2011, foram abordadas as constantes da legislação esparsa, assim como prisões cautelares, entre elas a prisão em flagrante, a prisão preventiva, e o procedimento que decorre após uma prisão em flagrante delito, o qual pode se transmutar em prisão cautelar ou redundar numa liberdade provisória (com ou sem aplicação de outras medidas). Ainda, uma interessante comparação foi tratada na seção sobre esse ponto,

mostrando-se como funcionava o procedimento anterior e como passou a vigor após a edição da Lei n. 12.403/2001.

Na última seção teórica, adentra-se no estudo da audiência de custódia, com a compreensão das razões e objetivos pelas quais foi introduzida no sistema de justiça brasileiro (em especial, o de reduzir as prisões preventivas), o histórico de como isso se sucedeu, as dificuldades para tanto, mormente em face da crise de legalidade advinda com sua implantação (já que foi introduzida por força de atos administrativos de órgãos que compõem o Poder Judiciário, e não por alteração da lei processual penal, no caso o CPP), as suas características e procedimento. Há, ainda, a análise da sua previsão em tratados internacionais de direitos humanos, como ocorre no direito comparado (no modelo de Portugal), as mitigações autorizadas pela jurisprudência, e estudos já realizados que elencam críticas positivas e negativas à audiência.

Com base no supedâneo teórico, a análise empírica permitirá a aferição do atingimento dos escopos da audiência de custódia e, se, efetivamente, obteve êxito em seu desiderato e consistiu em instrumento de política criminal adequado para a redução das prisões preventivas no território brasileiro. Ao final do trabalho, apresentam-se as conclusões.

## 2 PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Nesta seção teórica inaugural pretende-se contextualizar a prisão preventiva, situando-a no sistema jurídico enquanto uma medida cautelar. Para tanto, o estudo se inicia com a necessária distinção entre prisão pena e prisão sem pena, e prosseguirá com as definições gerais das medidas cautelares, seus fundamentos, características e requisitos.

### 2.1 Prisão pena e prisão sem pena

A expressão prisão tem origem no latim “prensione”, que deriva de “prehensione”, que significa prender. O termo prisão é identificado no ordenamento jurídico brasileiro como sendo a pena privativa de liberdade – art. 32, inciso (inc.) I, do Código Penal (CP), cujas espécies são a reclusão, detenção (ambas previstas no art. 33, *caput*, do mesmo Código) (BRASIL, 1940) e prisão simples – art. 5º, inc. I, da Lei de Contravenções Penais (LCP) (BRASIL, 1941a).

Apesar desta identificação, a expressão prisão não tem uma definição legal, de modo que coube a doutrina penal a sua conceituação: “[...] prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.” (NUCCI, 2017, p. 23).

Ainda, admite-se no ordenamento jurídico penal brasileiro uma modalidade de prisão que não decorre de sanção penal (pena), o que se convencionou tratar como prisão sem pena, cuja regulamentação encontra previsão nos arts. 282 e seguintes, do CPP brasileiro.

Em regra, por força das garantias constitucionais da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), o indivíduo apenas pode ser privado de sua liberdade pessoal (liberdade de locomoção) após a aplicação de uma pena privativa de liberdade, em regular processo penal, no qual foram observadas as garantias processuais, entre elas o contraditório e a ampla defesa. A prisão como sanção é a prisão pena, que pode ser delimitada pela doutrina do seguinte modo:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 891).

Porém, antes da aplicação da prisão pena ao final de um processo penal (o que ocorre, em regra, com o trânsito em julgado da sentença condenatória), é possível que ocorra o encarceramento do indivíduo (prisão), com a sua restrição da sua liberdade de locomoção, ainda na fase de investigação policial ou durante o curso do processo penal. Trata-se da prisão sem pena, cuja denominação técnica é prisão cautelar, provisória ou processual. A prisão sem pena é uma medida excepcional, e somente poderá ocorrer em estritas hipóteses previstas em lei, as quais traduzem o risco representado pela liberdade da pessoa ao transcurso regular do processo. Essas hipóteses serão apresentadas com o devido vagar no decorrer deste trabalho.

A prisão sem pena também tem seu conceito formulado pela doutrina processual penal do seguinte modo:

Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF, pois 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' [...] (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 891-892).

A origem dessa distinção, de acordo com José Frederico Marques (2003), remonta à época dos Tribunais espanhóis da Inquisição que, inspirados no direito canônico, atribuíam à prisão a valoração de castigo. Essa origem histórica é o fundamento para a distinção entre prisão pena e prisão sem pena, visto que, naquele período as prisões se classificavam como prisão “*carcer ad poenam*” e “*ad custodium*”, cujos significados, em termos gerais, são os seguintes:

- 1) prisão ‘*carcer ad poenam*’: que é a prisão penal propriamente dita (prisão-pena), consistente na pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, é o consequente sancionador ligado ao antecedente da norma jurídica penal;
- 2) prisão ‘*ad custodiam*’: é a prisão cautelar, processual ou pré cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante). (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 892).

A prisão pena e sem pena são categorias de prisão penal, decretadas no âmbito de um processo penal no qual se apura a responsabilização de alguém pela prática de uma infração (crime ou contravenção penal). Por tal razão, parte da doutrina considera a existência de uma terceira categoria de prisão – ao lado da prisão pena e da sem pena – que é a prisão extrapenal, que ocorre fora do âmbito

do processo penal. No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão extrapenal se restringe a duas hipóteses: a prisão civil e a prisão militar.

A prisão civil é aquela que serve como meio de coerção a alguém para o cumprimento de um dever ou obrigação de natureza civil. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) autoriza a prisão civil em duas hipóteses, quais sejam, a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel – art. 5º, inc. LXVII, CF/1988: “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (BRASIL, 1988, n. p.). O preceito constitucional autoriza as duas formas de prisão civil, que devem, no entanto, serem previstas e regulamentadas por meio de legislação infraconstitucional própria.

Em que pese a previsão constitucional para a instituição das duas espécies de prisões civis, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, previu em seu art. 7º, § 7º, que “[...] ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (BRASIL, 1992a, n. p.). Com efeito, o referido tratado internacional apenas autorizou aos Estados signatários a instituição de prisão civil do devedor de alimentos, tendo proibido a criação de qualquer outra forma de prisão civil.

Essa situação fez surgir no ordenamento jurídico uma celeuma acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, pois, em que pese a previsão autorizativa constitucional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – do qual o Brasil é Estado signatário – vedou a sua criação. Após longo debate no âmbito dos Tribunais brasileiros, a antinomia foi definitivamente resolvida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão jurisdicional que define a interpretação das normas constitucionais no Brasil –, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, entendeu que, com a incorporação do referido Tratado ao ordenamento jurídico brasileiro, restou vedada qualquer forma de prisão civil do depositário infiel, e, por consequência, restaram derogadas as normas legais (legislação infraconstitucional) que regulamentavam a prisão do depositário infiel,

seja na hipótese de alienação fiduciária, seja na hipótese do depósito judicial. Nesse sentido:

[...] a partir do julgamento do RE nº 466.343/SP, o Supremo passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem 'status normativo supralegal', o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Portanto, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Ressaltou-se, assim, que o Pacto de São José da Costa Rica não implicaria a derrogação da Constituição Federal, mas resultaria no afastamento do arcabouço normativo das regras comuns alusivas ao depósito. (LIMA, 2013, p. 805).

A prisão militar, por sua vez, também mantém raiz na CF/1988, que a autoriza nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, inc. LXI). A transgressão militar

[...] é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe. (LIMA, 2013, p. 811).

Assim, de acordo com a espécie de transgressão disciplinar do militar e, ainda, a natureza dos fatos, as causas que o determinaram e as consequências que deles possam advir, é possível a aplicação de sanções disciplinares aos militares previstas no Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002 – que instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército – em ordem crescente de gradação, entre elas a detenção disciplinar e a prisão disciplinar (BRASIL, 2002).

O principal motivo para a tolerância do ordenamento jurídico a tais espécies de sanções é o peculiar regime jurídico aos quais militares se submetem, baseados na hierarquia e disciplina. Tais pressupostos são a base de organização das instituições militares brasileiras que, consoante a CF/1988, são as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42) e as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica (art. 142).

Com efeito, o eventual desrespeito a determinação de superior hierárquico ou a não observação aos termos da rigorosa disciplina a que se submetem os militares, no modo das normas definidoras das transgressões, podem ensejar uma pena, de natureza administrativa, de prisão.

Em suma, são essas as modalidades e espécies de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que o presente trabalho tem a prisão preventiva como objeto de investigação, que é uma espécie de medida cautelar, torna-se fundamental o estudo dos fundamentos e das características comuns a essas medidas, tarefa que será realizada nos próximos tópicos desta seção.

Por oportuno, calha iniciar esse estudo com a análise da presunção de inocência, que é a baliza que define o limite para o sancionamento do indivíduo com uma pena de prisão e a restrição de seus direitos (aqui incluída a sua própria liberdade) por uma medida cautelar. A presunção de inocência, prevista hodiernamente tanto nos tratados internacionais de direitos humanos como nas Constituições dos países civilizados, consiste, ao mesmo tempo, num princípio jurídico, e num direito fundamental do ser humano, cujos objetivos, garantias e consequências serão vistos no tópico seguinte.

## **2.2 Presunção de inocência**

Na Europa, o sistema processual penal que imperou até o século XVIII no início das Codificações era o inquisitivo, de caráter secreto, e no qual a figura do juiz assumia as tarefas de investigação, acusação e julgamento. Vigorava o sistema de provas taxadas, onde a confissão do acusado figurava como protagonista, podendo ser obtida inclusive por tortura. Isto porque, naquele modelo processual penal, por influência do processo canônico, o acusado era considerado como um pecador, e, por tal razão, deveria confessar os seus pecados e crimes (LÓPEZ, 2004).

Nesse sistema de processo inquisitivo vigorava, ainda, o princípio da culpabilidade, que acarretava ao acusado um dever jurídico de colaborar no esclarecimento dos fatos e de sua participação. Por conta dessa presunção, a sua confissão tinha grande valor probatório, sendo suficiente para a edição de uma condenação. Ademais, para a prolação de uma sentença condenatória bastavam meras suspeitas de culpa, e não a prova contundente de autoria delitiva, o que justificava a confissão como rainha das provas. A busca pela verdade era o principal fim do processo, e para a sua obtenção era possível a utilização de todos os meios, sem uma preocupação com direitos e garantias do acusado.

Nesse campo, a sequência de atos procedimentais se estabeleciam para que ao final fosse obtida uma confissão. Ao fim do procedimento, acaso não obtido

um resultado satisfatório, apesar de praticados todos os atos tendentes à obtenção da confissão, e permanecesse dúvida sobre a culpa do acusado, ao invés da necessária absolvição – conclusão dos sistemas jurídicos modernos -, a presunção de culpabilidade autorizava a prolação de uma sentença condenatória pela prática de um delito menos grave do que aquele objeto da acusação (LÓPEZ, 2004).

O sistema jurídico naquele momento histórico pode ser assim descrito:

Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência de prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve. (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Com o advento da filosofia iluminista e do pensamento ilustrado, a razão passa a ser o instrumento fundamental para o alcance do conhecimento, e, como consequência no campo do processo penal, ocorre uma mudança de paradigma conceitual, o qual passa a se basear num modelo de sistema acusatório, onde o acusado deixa de ser um objeto de prova para se tornar um sujeito do processo, com as garantias inerentes a essa condição, tais como a igualdade de condições processuais, o princípio da legalidade (aplicado ao procedimento e às penas), da proporcionalidade das penas, a jurisdição, o direito de defesa e a presunção de inocência. Tratam-se de direitos do acusado frente o poder punitivo do Estado.

Para Beccaria – cujo estudo consiste na vertente do pensamento iluminista aplicada ao direito penal –, a presunção de inocência pode ser entendida na seguinte passagem de sua obra, quando trata da tortura: “[...] um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.” (BECCARIA, 1999, p. 61).

Esse ideal influenciou as cartas constitucionais e declarações de direitos que sucederam ou constituíram a transição do antigo regime a um novo modelo baseado em direitos de liberdade do cidadão, e que decorreram da Revolução Francesa. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe em seu texto a ideia da presunção de inocência do seguinte modo:

Art. 9º. Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor

desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei. (DECLARAÇÃO... 1973, n. p.).

Além da presunção de inocência, a Declaração consolidou em matéria penal a legalidade como princípio norteador (segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não a fixada em lei – art. 8º). Pode-se dizer que a Declaração representou:

o atestado de óbito do 'Ancien Régime', constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o carácter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos. (COMPARATO, 2017, p. 163).

A partir da concepção de Beccaria, surgiram, entre os juristas italianos, três correntes de pensamento, as quais debatem em torno do alcance da presunção de inocência: a Escola Clássica, a Escola Positiva e a Escola Técnico-jurídica.

A Escola Clássica representou o início do desenvolvimento científico da presunção de inocência, assim como o marco inicial da evolução teórica das garantias processuais do acusado no processo penal. Francesco Carrara, um de seus principais expoentes, entende que a dogmática penal e processual penal tem como base duas ideias centrais. A primeira é de estabelecer as medidas necessárias para a proteção do culpado, de forma a levar a justos termos os limites da sua responsabilidade, o que significa respeitar os princípios de direito penal da intervenção mínima, legalidade e proporcionalidade. A outra base tem como reflexo o processo penal, e implica na proteção da inocência. A presunção de inocência aparece, então, com o fim de limitar a atividade que o Estado realiza no processo e que pode afetar direitos e interesses do acusado.

Na Escola Clássica, a presunção de inocência não é só um princípio aplicável em matéria probatória, mas um princípio em torno do qual gira o processo penal. Adota como referência o modelo acusatório, e trata a pessoa suspeita ou acusada como um sujeito básico de proteção, sendo a primeira medida considerá-lo inocente. Ademais, o eventual conflito oriundo do interesse público na persecução dos delitos e o interesse individual do cidadão submetido ao aparato estatal é resolvido em favor deste, representado na presunção de inocência (LÓPEZ, 2004).

Para Ferrajoli, as duas escolas de pensamento que se sucederam à Escola Clássica representaram uma mudança de pensamento sobre a presunção de inocência, pois enquanto

[...] elevado por Francesco Carrara a postulado fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo, o princípio da presunção de inocência foi objeto de ataque concêntrico no final do século XIX em diante, em sintonia com o regresso autoritário da cultura penalista lembrada com frequência. (FERRAJOLI, 2002, p. 442).

Atualmente, após o período de guerras, a presunção de inocência passou a ser reconhecida como uma garantia fundamental de toda pessoa submetida a um processo penal, servindo para proteger os cidadãos frente ao abuso que o Estado pode cometer na administração da Justiça. Para Ferrajoli, uma conceituação atual do princípio pode ser assim concebida:

[...] a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica 'segurança' fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica 'defesa' destes contra o arbítrio punitivo. (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

A partir da evolução história, e da atual concepção, a presunção de inocência acabou por ser positivada nas Constituições dos países civilizados como um direito fundamental da pessoa humana, e, no âmbito internacional, tem sua previsão positivada nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH).

A CF/1988, positivou a presunção de inocência no rol dos direitos e garantias fundamentais, do seguinte modo:

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:

[...];

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; [...] (BRASIL, 1988, n. p.).

Pela redação do dispositivo na CF/1988, parte da doutrina costuma interpretar a presunção de inocência como um princípio. E, como sendo princípio de não culpabilidade, e não de inocência. Nesse sentido, calha elucidar:

Percebam que a nossa Bíblia Política, diferente de alguns documentos internacionais, não presume, expressamente, o cidadão inocente, mas impede de considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva. Na

verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos. (CUNHA, 2015a, p. 96).

De fato, a redação da carta constitucional brasileira é diferente de outras, a exemplo da Constituição da República Portuguesa de 1976, que em seu art. 32, 2., dispõe que “[...] todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação [...]” (PORTUGAL, 1976, n. p.) e da Constituição da Espanha de 1978, na qual o seu art. 24.2 consagra expressamente a expressão “presunção de inocência” como garantia do acusado (ESPAÑA, 1978).

No âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8, item 2, que “[...] toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (BRASIL, 1992a, n. p.). No âmbito global, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, item 2, dispõe que “[...] toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (BRASIL, 1992b, n. p.).

Além de consistir em um princípio informador da atividade legislativa e de interpretação pelos órgãos do Poder Judiciário, a presunção de inocência consiste em um direito fundamental do cidadão, com vários desdobramentos, sendo um deles a regra de tratamento. Nesse sentido, a presunção de inocência representa o direito que a pessoa tem de ser tratada como inocente, seja no âmbito processual ou extraprocessual, enquanto não sobrevier uma condenação para afastar essa presunção.

No âmbito extraprocessual, enquanto não sobrevier uma sentença condenatória firme, nas relações privadas a pessoa não pode ser tratada como um culpado, um condenado. Isso repercute, principalmente nos meios de comunicação e imprensa, visando a impedi-los de submeter a pessoa a situações abusivas, ou que lhe possa conferir o tratamento de autor ou partícipe em uma infração antes que exista uma sentença condenatória sobre o fato. Evita-se, com isso, que ao acusado sejam atribuídos adjetivos como “criminoso”, “condenado”, responsável pelo fato

criminoso, ou mesmo “homicida”, “ladrão”, entre outros, ou ainda que não lhe aplique tais adjetivos, que lhe seja conferido um tratamento de culpado.

Já no âmbito processual, a presunção de inocência enquanto regra de tratamento pretende evitar a equiparação de fato entre acusado e culpado, e, com isso, impedir a adoção de qualquer tipo de provimento judicial que represente uma antecipação de pena. A questão chave diz respeito ao estabelecimento de um limite ao tratamento processual do acusado como inocente e o regime jurídico das medidas cautelares, notadamente a prisão preventiva. Esse ponto tem grande repercussão no presente estudo, pois a imposição de uma medida cautelar (notadamente a prisão preventiva, que é a prisão provisória no curso do processo) deve atender a uma situação unicamente processual, de cautelar, e não pode servir como uma pena, pois esta apenas poderá ocorrer ao final de um processo penal no qual houve a observância de todas as garantias e direitos fundamentais do acusado.

Conforme se verá em momento oportuno, a audiência de custódia surgiu como um instrumento processual (ato procedimental) que pretende a redução da aplicação de prisões provisórias, e que não sejam aplicadas de forma indiscriminada, de forma a se permitir um maior controle e fiscalização em sua aplicação, evitando-se que represente um cumprimento antecipado de uma pena.

### **2.3 Prisões cautelares enquanto medidas cautelares**

As medidas cautelares são providências que buscam garantir a efetividade de um processo. De acordo com a doutrina, as cautelares no âmbito de um processo são aquelas medidas que visam a salvaguarda:

[...] da aplicação da lei substantiva ou material, na medida em que intenta a preservação e a inalterabilidade de situações ou meios que interessem à prestação jurisdicional, de modo que toda situação ou meio de que se repute conter valor para o deslinde da causa, possa estar protegida contra seu falseio, modificação ou perda de significação ou utilidade. (BONFIM, 2011, p. 19).

Nos demais ramos do direito, notadamente no direito processual civil, a ideia de medidas cautelares é antiga, sendo que no Brasil os CPC sempre contemplaram disposições próprias para definir rol exemplificativo de medidas cautelares e o procedimento para suas aplicações, a exemplo do CPC de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), em seus arts. 675 e seguintes (BRASIL, 1939);

do CPC de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), nos seus arts. 796 a 889 (BRASIL, 1973); e no vigente CPC de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), nos arts. 301 e 305 a 310 (BRASIL, 2015a).

No âmbito do CPP, todavia, disposições próprias com essa natureza não eram comuns. Porém, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, alterou o CPP, e trouxe uma série de modificações atinentes a prisão, a liberdade provisória, a fiança, e, sobretudo, inovou ao positivar no Código um rol de medidas cautelares de natureza pessoal, a serem aplicadas ao acusado no curso de uma ação penal ou ao investigado durante a fase prévia de investigação policial (BRASIL, 2011a).

Após a alteração legislativa, o CPP teve alterada a denominação do seu Título IX, que passou a se chamar “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”, dispondo dentro dele acerca da “PRISÃO EM FLAGRANTE” (no seu Capítulo II – arts. 301 a 310), da “PRISÃO PREVENTIVA” (no Capítulo III – arts. 311 a 316), da “PRISÃO DOMICILIAR” (Capítulo IV – arts. 317 e 318) e das “OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES” (Capítulo V – arts. 319 e 320) (BRASIL, 1941b). O art. 319, do mencionado Código, elenca o rol das medidas possíveis no âmbito do processo penal do seguinte modo:

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 ou trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – monitoração eletrônica. (BRASIL, 1941b, n. p.).

Assim, ao lado das prisões de natureza cautelar (prisão preventiva e prisão em flagrante), o legislador elencou nove outras medidas cautelares que podem ser

aplicadas em desfavor de um acusado ou investigado, cuja necessidade e cujos requisitos para aplicação serão vistos adiante com maior vagar.

O fundamento para a modificação do CPP, com a introdução no sistema jurídico de medidas cautelares diversas da prisão, foi o de encontrar alternativas úteis e eficazes para a garantia da higidez do processo penal, ou de sua prévia investigação, ou mesmo a salvaguarda social, sem a necessidade de decretação de uma prisão cautelar, esta por ele considerada como medida extrema. Explica-se:

As inovações introduzidas, na maioria das hipóteses, estão em perfeita harmonia com o texto constitucional de 1988 e com a reforma processual penal de 2008. Por outro lado, a superlotação dos presídios, em particular, dos locais que abrigam presos provisórios, esperava a modificação do Código de Processo Penal para que houvesse maior coerência na aplicação de medidas cautelares eficientes, sem necessidade de automática segregação. [...]. A prisão cautelar passa a ser a 'ultima ratio'; em seu lugar, surgem as medidas cautelares alternativas (art. 319, CPP). (NUCCI, 2017, p. 18).

Antes da introdução dessas cautelares de natureza pessoal no ordenamento jurídico brasileiro, entendia-se que o sistema de cautelares no processo penal era regido pela bipolaridade, pois nele só existiam duas possibilidades, ou a medida cautelar de prisão ou a fiança (no caso de concessão de liberdade provisória mediante fiança). A doutrina elucida:

A bipolaridade é expressão utilizada para designar o sistema cautelar anterior ao advento da Lei nº 12.403/2011, que previa que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, só contaria com duas possibilidades cautelares: (1) a prisão (medida cautelar prisional); e (2) a liberdade provisória, com ou sem fiança (medida cautelar diversa da prisão. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1038).

Por conta do rigorismo de tal sistema, os Tribunais procuravam por meio de decisões – baseadas na razoabilidade e proporcionalidade – criar e aplicar medidas cautelares diversas da prisão, e que pudessem ter efeito útil e menos danoso do que a prisão.

Como exemplo, pode-se citar a aplicação do recolhimento domiciliar ao invés da manutenção da prisão cautelar (BRASIL, 2004a), a suspensão cautelar do direito de dirigir em processo penal por crime de trânsito (BRASIL, 2009a), e o afastamento de um magistrado de suas funções jurisdicionais (BRASIL, 2013a).

Com o regramento positivado pela legislação de 2011, inaugurou-se um sistema de múltiplas cautelares, colocando-se fim à bipolaridade até então existente.

As cautelares incorporadas ao CPP com a novel legislação têm inspiração em alguns modelos europeus, notadamente o português e o italiano, conforme explica Pacelli e Fischer:

As novas medidas cautelares pessoais no Brasil, como parece evidente, se espelham na legislação portuguesa, conforme se vê do art. 197 e seguintes do Código Penal de Portugal, lá tratadas como 'medidas de coacção, e que, a seu turno, se inspiram no Código de Processo Penal italiano e suas 'misure coercitive do Codice di Procedura Penale italiano' (art. 280 e seguintes). (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 647).

Além dessas cautelares previstas no CPP, existem outras medidas de igual natureza previstas em legislação esparsa (ou seja, em lei ordinária fora do CPP), que também são aplicáveis ao acusado ou investigado.

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (vulgarmente conhecida como "Lei Maria da Penha"), elencou em seu art. 22 as medidas protetivas de urgência, que nada mais são do que outras medidas cautelares com aplicação contra um agressor (acusado ou indiciado) em uma situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006a). Tais medidas, de acordo com a norma, são as seguintes:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (BRASIL, 2006, n. p.).

Como visto no dispositivo transcrito, as medidas protetivas de urgência podem ser aplicadas isoladamente ou em conjunto com outras cautelares, desde que necessárias e adequadas para a situação concreta a que visam proteger.

Ainda, a legislação esparsa criou uma terceira prisão de natureza cautelar, ao lado da prisão preventiva e da prisão em flagrante, denominada de prisão temporária. A sua previsão e regulamentação estão contidas na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 (BRASIL, 1989).

A prisão temporária “[...] foi criada com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves [...]” (LIMA, 2013, p. 948). Trata-se de:

[...] espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072, art. 2º, §4º), viabilizando a instauração da ‘persecutio criminis in judicio’. Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações – tutela-meio -, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim. (LIMA, 2013, p. 950).

## 2.4 Características das medidas cautelares

Até o momento da implementação da reforma pela Lei nº 12.403/2011, o modelo processual penal brasileiro vivenciava um fenômeno que a doutrina convencionou chamar de “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”, pois, até então, ao investigado e ao acusado só existiam duas possibilidades: o cárcere ou a liberdade (BRASIL, 2011a).

Uma nova gama de cautelares – diversas da prisão – tiveram nascimento com a reforma legislativa, e viabilizaram ao magistrado responsável pela condução do procedimento em juízo um leque de opções suficientes para a salvaguarda social, evitando a medida extrema de encarceramento.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP). (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1037).

Para a seleção e escolha da medida cautelar que melhor esteja adequada à situação em concreto, o legislador forneceu uma série de critérios no art. 282, do CPP, que constituem, em suma, as características das medidas cautelares, que são melhores elucidadas pela interpretação e sistematização conferida pelos estudiosos da disciplina. O vigente art. 282, do CPP, preceitua:

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

I – necessidade para aplicação da Lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

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

§1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§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.

§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).

§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.

§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. (BRASIL, 2011a, n. p.).

A função primordial das medidas cautelares é a preventiva, sendo esta a sua característica basilar. Nesse sentido, a atividade cautelar visa à prevenção da ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não se encerrar. Esses danos podem decorrer dos efeitos prejudiciais decorrentes do transcurso do tempo ou por atividades praticadas pelo investigado ou acusado para impedir que o processo principal atinja seu êxito final.

Dentre as características identificadas no dispositivo legal acima transcrito, pode-se destacar, de modo igualmente importante, o da proporcionalidade. Percebe-se que o legislador consagrou a proporcionalidade como a principal característica das medidas cautelares. A necessidade e a adequação, enquanto elementos da proporcionalidade, foram expressamente positivados nos inc. I e II, do art. supra.

Segundo Aury Lopes Júnior,

[...] as medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito da liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz diante do caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, [...]. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada, expondo-se às consequências de flagrante violação à presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 45).

A doutrina elucida que a legislação brasileira teve como parâmetro o modo de cautelares do sistema português e italiano, que submetem a aplicação das medidas a um critério de proporcionalidade, adequação e necessidade:

A nova legislação, que, no ponto, se alinha ao modelo português e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias corretas que possam justificar a segregação provisória. (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 541).

A adequação, inicialmente,

[...] informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como 'ultima ratio' do sistema. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 46).

Logo, o magistrado, quando da aplicação de uma cautelar, deve ponderar a gravidade do crime, suas consequências, e a situação pessoal do acusado (ou indiciado) com as medidas previstas no art. 319, do CPP, e eleger aquela, ou aquelas, que melhor se ajuste à situação em concreto (BRASIL, 2011a).

Ademais disso, a adequação exige do aplicador um juízo de proporcionalidade para evitar a aplicação de uma cautelar que possa ser mais gravosa do que a eventual pena a ser aplicada ao final do processo penal. Ou seja, se a sentença condenatória pode aplicar ao réu uma pena restritiva de direitos, a sua eventual submissão a uma prisão cautelar no curso do processo não se mostra

razoável, pois a medida provisória se mostraria muito mais severa do que a medida definitiva.

Já a necessidade, por sua vez, preconiza que a medida cautelar apenas pode ocorrer quando imprescindível para a obtenção do resultado a que almeja, pois “[...] o estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis.” (NUCCI, 2017, p. 27).

A sua necessidade deve estar justificada pelas circunstâncias fáticas de cada caso, que devem exigir a aplicação de alguma cautelar como fator imprescindível para a tutela de algum direito. Guilherme de Souza Nucci esclarece:

Não se pode olvidar que as medidas cautelares, previstas no Título IX do Código de Processo Penal, envolvem várias modalidades de restrições à liberdade individual, desde a mais grave, consistente na própria prisão, até a mais leve, baseada na proibição de contato com determinada pessoa. Por isso, não podem ser decretadas sem base legal e fática, uma vez que, acima das regras processuais, encontra-se o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). (NUCCI, 2017, p. 27).

Além de necessárias, as medidas são sempre provisórias, pois devem vigorar enquanto necessárias para a garantia da providência útil a que visam tutelar. O prazo de vigência de uma cautelar fica adstrito ao período em que se fizer necessária a sua imposição.

Humberto Theodoro Júnior esclarece o alcance do caráter provisório das cautelares ao ensinar que: “[...] toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado.” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 52-53).

Há doutrinadores que defendem que a provisoriedade das cautelares – característica essa também denominada de temporariedade ou temporaneidade –, por sua natureza precária, deve ter como tempo máximo de duração o período do processo de conhecimento (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1.040).

O ideal, em verdade, é que a legislação traga um prazo de duração definido para cada uma das medidas, no entanto, o legislador brasileiro não o fez, de forma que a avaliação da duração deverá ser feita pelo intérprete, que terá como baliza a proporcionalidade inerente às cautelares. A única medida cautelar que possui prazo pré-estabelecido é a prisão temporária, tal qual a sua norma de regência constante de legislação esparsa, já citada anteriormente.

Como consequência de sua provisoriedade, pode-se dizer que a medida cautelar é dotada do atributo da revogabilidade, pois será revogada sempre que a situação concreta não mais necessitar de sua aplicação. Por isso, em face da natureza revogável, é comum mencionar que a medida cautelar está regida pela cláusula “rebus sic stantibus”, operando-se a sua revogação sempre que não mais for necessária (BONFIM, 2011, p. 21).

Outra característica é a substitutividade. Esse atributo pode ser encontrado no parágrafo 5º do art. 282, do CPP, que autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, substituir uma cautelar por outra, isolada ou cumulativamente (BRASIL, 2011a). Nesse ponto, calha destacar que a medida cautelar extrema (prisão preventiva) só poderá ser imposta quando não for viável a sua substituição por outra cautelar menos gravosa. De acordo com o § 6º do art. 282, do CPP, verifica-se que houve uma opção legislativa pela aplicação de medidas cautelares com menor onerosidade ao acusado (ou investigado), ao invés da aplicação da prisão. A doutrina esclarece:

Há, pois, um escalonamento nas medidas restritivas dos direitos fundamentais, da menos onerosa (hipóteses das cautelares alternativas à prisão) para a mais onerosa (cerceamento da liberdade via prisão provisória), funcionando a prisão como ‘último soldado’, adentrando ao cenário processual apenas no caso de insuficiência ou inconveniência das outras medidas tomadas, oportunidade em que, nesse caso, assumiria o protagonismo ou papel principal. (BONFIM, 2011, p. 22).

No entanto, se verificada a ineficiência de uma medida cautelar menos gravosa, é admissível a sua substituição por outra de natureza restritiva de maior gravidade, ou até mesmo pela própria prisão preventiva, acaso a primeira tenha se mostrado insuficiente.

A substitutividade já foi reconhecida no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil, a exemplo do seguinte julgado, assim ementado:

Com a inovação legislativa introduzida pela Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa aplicada apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes à repressão e a reprovabilidade do delito. (BRASIL, 2012a, n. p.).

Outra importante característica das medidas cautelares, e que deve ser observada de forma rigorosa por seu aplicador, é a da excepcionalidade. Essa característica encontra sua origem no princípio constitucional da não culpabilidade

(ou presunção de inocência), segundo o qual “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...]” (art. 5º, inc.I, da CF/88) (BRASIL, 1988, n. p.).

Assim, qualquer medida que implicar em restrição dos direitos e garantias fundamentais, notadamente a liberdade de locomoção, deve ser considerada como medida excepcional. Disso, deflui-se que

[...] se a imposição da medida vier a caracterizar efetiva antecipação da pena, inverter-se-ia o referido princípio, passando a ter o acusado como presumidamente culpado enquanto não definida a decisão sobre o processo no qual figure como réu. (BONFIM, 2011, p. 23).

A característica da excepcionalidade também já foi reconhecida pelos Tribunais que, ao considerar as cautelares como medidas de exceção, atribuíram às prisões cautelares o cunho de “*exceção da exceção*”. Nesse sentido, calha a transcrição de excertos de julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A reforma havida no âmbito do processo penal, decorrente do advento da Lei nº 12.403/2011, preconizou que a prisão provisória passou a ser a exceção da exceção, ou sejam impõe-se ao Magistrado antes de decretá-la, verificar diversas probabilidades, sendo elas o risco à sociedade, ao processo, ou à própria execução da pena, como observar se, ao final da persecução penal, poderá vir a ser aplicada pena privativa de liberdade suficiente para impor ao acusado a privação da liberdade. Sendo negativas as observações, a medida extrema não se mostrará adequada, devendo, quando cabível, ocorrer a imposição de uma ou mais medidas cautelares, doravante previstas nos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal. (SANTA CATARINA, 2016, n. p.).

As medidas cautelares também são acessórias, isto significa que elas não possuem vida autônoma, pois sempre dependem da existência de um processo principal.

Porém, de acordo com Renato Brasileiro de Lima, a dependência

[...] não afasta a possibilidade de decretação da medida cautelar sem o futuro processo, já que pode ocorrer, por exemplo, a decretação de uma prisão cautelar no curso de determinada investigação, sem que ocorra a instauração do processo penal, por se verificar, posteriormente, ser hipóteses de arquivamento. (LIMA, 2013, p. 787).

Pelo que se verifica da citação, a opinião do doutrinador verte no sentido de que as medidas cautelares necessariamente não estão adstritas à existência de um processo judicial (ação penal). No entanto, de modo diverso, entendemos que as medidas cautelares são dependentes de algum procedimento, não necessariamente

de natureza jurisdicional (ação penal). O inquérito policial, dentro do qual podem ser decretadas medidas cautelares, também é um procedimento, porém de natureza administrativa, sob a presidência de uma autoridade policial. Logo, o alcance da acessoriedade é a sua dependência a um procedimento principal, seja jurisdicional ou não.

Quanto à capacidade para aplicação, as cautelares estão exclusivamente sob atribuição do magistrado (autoridade judicial), salvo exceções expressamente previstas em lei. Por isso, outra característica inerente à medidas cautelares é a jurisdicionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro existe uma exceção à jurisdicionalidade, na qual a autoridade policial (Delegado de Polícia), quando da ocorrência de uma prisão em flagrante delito, poderá conceder liberdade provisória ao capturado, mediante a aplicação da medida cautelar de fiança, em caso de infrações penais que não sejam sancionadas com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos. Essa hipótese está prevista no art. 322, do CPP.

Como decorrência da jurisdicionalidade, há a característica da sumariedade, que apregoa que o aplicador da medida deve se valer de um nível de cognição sumário. Isso significa que

[...] em razão da natureza urgente dessas medidas, o juiz exerce uma cognição sumária, limitada em profundidade, permanecendo em nível superficial. Daí por que, por ocasião da decretação dessas medidas, não se faz necessário um juízo de certeza, mas sim de probabilidade de dano ('periculum in mora') e de probabilidade do direito ('fumus boni iuris'). (LIMA, 2012, p. 788).

O § 3º do art. 282, do CPP, positivou a característica do contraditório às cautelares, de forma a oportunizar à pessoa que sofrerá a imposição de alguma medida a prévia manifestação, desde que não se trate de um caso de urgência ou que ocasione a ineficácia da medida (BRASIL, 2011a).

Por fim, a existência de uma última característica das medidas cautelares tem suscitado debates na doutrina e no âmbito da jurisprudência. Alguns entendem que as cautelares são previstas em um rol taxativo, de modo que apenas podem ser aplicadas as medidas previstas expressamente em lei. Por outro lado, há quem defenda que a taxatividade não é atributo das cautelares, sendo que o rol de medidas apresentado na lei é meramente exemplificativo, estando o magistrado

autorizado a criar hipóteses que melhor se amoldem à situação *sub judice*, como forma, inclusive, de se evitar a aplicação da medida extrema de prisão.

Os autores que defendem a taxatividade justificam sua posição pelo fato de que as cautelares são medidas restritivas da liberdade, e, por conta disso, submetem-se ao princípio da legalidade estrita, que, por sua vez, demanda que toda e qualquer medida que importar na restrição da liberdade individual deve estar expressamente prevista em lei (NUCCI, 2017).

Em sentido oposto, pode-se sintetizar a argumentação nos fundamentos do seguinte precedente jurisprudencial:

Tem há muito admitido esta Corte a criação jurisprudencial de medidas cautelares, ainda que sem específica previsão normativa, dentro dos limites da necessidade e suficiência, pois além de se constituírem em medidas ínsitas à jurisdição, são elas criadas em favor do processado, substitutivamente à mais gravosa cautelar de prisão. Política criminal encampada na Lei nº 12.403/2011, ampliadora do rol legal de cautelares no processo penal. (BRASIL, 2011b, n. p.).

Ao que parece, o entendimento que visa à restrição das cautelares ao restrito rol descrito em lei tende a equiparar as medidas com sanções e, por tal razão, apenas as previamente previstas em lei podem ter aplicação, até como forma de respeito aos princípios da legalidade e anterioridade penais. No entanto, não nos parece ser a forma mais adequada de compreensão do fenômeno. Isto porque as medidas cautelares, como já visto, têm natureza jurídica e objetivos distintos das sanções penais; logo, as medidas cautelares não têm o fim de punir, mas sim o de manter a salvaguarda social. Logo, desde que estejam adequadas à razoabilidade, proporcionalidade, e não constituam ilícitos, entendemos que toda e qualquer forma de medida pode ser aplicada pelo magistrado diante de um caso concreto, pois, com isso, evitar-se-ia a imposição da medida cautelar extrema (prisão preventiva), bem como se encontraria uma condição de melhor encaixe ao caso concreto.

Acaso tomado como parâmetro a legislação processual brasileira, é possível defender que a adoção de um rol não taxativo de medidas cautelares constitui uma tendência do legislador. Exemplo disso é o CPC de 2015. Enquanto o revogado CPC de 1973 adotava um rol de procedimentos cautelares especiais a partir do seu art. 813 (arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protesto, interpelações e notificações, homologação do penhor legal, posse em

nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos), o novel Código processual aboliu aquele rol de procedimentos e adotou um rito único para os procedimentos cautelares (art. 305 a 310), bem como autorizou expressamente a adoção de qualquer outra medida pelo magistrado, desde que idônea. Nesse sentido, dispõe o art. 301, do CPC/2015:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem **e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito**. (BRASIL, 2015a, n. p., grifo nosso).

A eventual adoção pelo CPP de artigo com redação semelhante resolveria a celeuma acerca da taxatividade das medidas cautelares nele previstas, bem como se afiguraria como medida útil a solucionar os problemas do cotidiano forense, ao conferir um poder geral de cautela ao magistrado penal na busca de uma medida que melhor se amolde ao caso concreto. Nada impede, contudo, que o art. 301, do CPC/2015 seja adotado no processo penal por analogia, uma vez que o art. 3º, do CPP, dispõe que “[...] a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” (BRASIL, 2011a, n. p.).

Há quem entenda, ainda, que o magistrado está autorizado a utilizar do poder geral de cautela no processo penal para criar cautelares de natureza pessoal desde que, no entanto, as medidas criadas não sejam mais gravosas do que as previstas no art. 319, do CPP. Nesse sentido:

Ao que nos parece, o STJ só refuta o poder geral de cautela quando a medida ‘in concreto’ for mais gravosa que aquela que a lei admite ‘in abstrato’, ou seja, imposta ao mero talante do juiz. Em outros termos, se o magistrado, fundado no poder geral de cautela, impõe medida menos restritiva que a prevista estritamente por lei, razão não há para qualificar de ilegal ou inconstitucional o seu exercício de poder geral cautelar. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1.039).

Por fim, calha mencionar uma corrente que entende ser inócua essa discussão. Nesse sentido, transcreve-se a opinião de Silvio Maciel:

[...] sem ingressarmos na discussão sobre a existência ou não do poder geral de cautelar do juiz penal, temos que o extenso rol das medidas cautelares diversas da prisão (e ainda a prisão domiciliar) trazidas pelo CPP torna inútil a criatividade judicial de imaginar, no caso concreto, outras medidas não previstas em lei. Se todas essas medidas, aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 282, §1º, CPP), não forem suficientes, parece-nos

que será mesmo o caso de se recorrer à medida extrema de prisão. (GOMES; MARQUES, 2011, p. 179).

## 2.5 Momento e requisitos para a aplicação das medidas cautelares

As medidas cautelares poderão ser aplicadas em qualquer momento da investigação policial (cujo procedimento se denomina inquérito policial, que tem natureza de processo administrativo extrajudicial) ou no transcurso do processo penal, que é a fase judicial inaugurada após proposição em juízo da denúncia pelo membro do Ministério Público ou outro legitimado. As cautelares também poderão ser aplicadas no auto de prisão em flagrante, que é o procedimento realizado pela autoridade policial (Delegado de Polícia) após a captura de pessoa que esteja cometendo infração penal em situação de flagrante. Após a lavratura do auto, o procedimento deve ser encaminhado ao Poder Judiciário para a analisar a legalidade da prisão e a eventual necessidade de aplicação de alguma medida cautelar (entre elas, a prisão preventiva ou temporária). Este procedimento será melhor analisado quando do estudo da prisão em flagrante.

Quando na fase extrajudicial, a medida será imposta ao indiciado, se na fase judicial, no entanto, o acusado (ou réu) será a pessoa sobre a qual se aplica a cautelar. De acordo com o art. 282, §2º, do CPP, as medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz de ofício, ou após requerimento das partes durante o processo penal; se na fase de investigação, estão autorizadas a postulá-las a autoridade policial (Delegado de Polícia), através de representação, ou o membro do Ministério Público, por requerimento (BRASIL, 2011a).

As características até então vistas no item anterior, por serem atributos inerentes às cautelares de natureza pessoal, constituem também pressupostos a serem observados e respeitados quando da eventual aplicação de alguma medida. Junto deles, devem estar presentes também os dois pressupostos gerais de todas as medidas cautelares, quais sejam: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como toda medida cautelar, seja de natureza cível, seja de natureza penal, as medidas cautelares de natureza pessoal se submetem aos dois pressupostos essenciais: o *periculum in mora* (perigo na demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). De modo geral, o *fumus boni iuris* diz respeito à plausibilidade do direito invocado, isto é, significa que há uma probabilidade de que o direito afirmado em juízo é verdadeiro, verossímil. O *periculum in mora* representa o risco que a demora

para o provimento judicial final (prestação jurisdicional) possa ocasionar ao bem da vida, às partes do processo, à sociedade ou até à regularidade processual.

No processo penal, em adaptação às suas peculiaridades, a doutrina convencionou utilizar expressões que melhor representam esses fenômenos. O *periculum in mora* é denominado de *periculum libertatis*, e o *fumus boni iuris* de *fumus comissi delicti*.

Elucida a doutrina o significado e alcance dos dois pressupostos:

O 'fumus boni iuris' enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento, [...]. Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, não há falar, porém, em 'fumus boni iuris', mas sim em 'fumus comissi delicti', [...] a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito. O 'periculum in mora', por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser concedida, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua, ineficaz. (LIMA, 2013, p. 784-785).

No caso da prisão preventiva, esses dois requisitos estão evidenciados no art. 312, do CPP (BRASIL, 2011a). O *fumus comissi delicti* está configurado na prova do crime e indícios suficientes de autoria, já o *periculum libertatis* consistem no risco que a liberdade do investigado ou do acusado pode ocasionar à sociedade ou ao futuro do processo, sendo seus fundamentos a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Cada um deles será analisado quando do estudo da prisão preventiva no capítulo seguinte.

### 3 MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

Após a análise das características das cautelares, passa-se à exposição de cada uma das medidas previstas expressamente na legislação penal, seja no CPP, seja na legislação esparsa.

No CPP há a expressa previsão de dez medidas cautelares de natureza pessoal – e diversas da prisão –, incorporadas pela Lei nº 12.403/2011, sendo nove previstas no art. 319, e uma no art. 320. Além dessas, o CPP contém o disciplinamento da cautelar de natureza pessoal extrema, a prisão preventiva, em seus artigos 311 a 316, bem como da prisão domiciliar (arts. 317 a 318-B), esta última também trazida ao Código pela Lei 12.403/2011 (BRASIL, 2011a).

O Código disciplina, também, a prisão em flagrante (artigos 301 a 310), a qual, conforme veremos em momento oportuno, há divergência quanto à sua natureza jurídica, porque, enquanto uns entendem se trata de medida cautelar, outros defendem que ela mantém um caráter precautelar, isto porque ela “[...] não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 50).

Com isso, a prisão em flagrante representaria apenas um procedimento, ou um instrumento, por meio do qual uma pessoa seria colocada à disposição de um magistrado para que este aplique, então, alguma medida cautelar.

Outras medidas cautelares estão previstas no CPP, no entanto, não são aquelas de caráter pessoal, mas sim, de natureza patrimonial (instrumental ou real). Essas medidas têm seus efeitos sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do acusado, sendo essa a razão de sua natureza jurídica. Com efeito,

[...] medida cautelar é o gênero, da qual são espécies aquelas prisionais (a exemplo da prisão preventiva e da prisão temporária), as denominadas diversas da prisão (cautelares limitativas de direitos dispostas no art. 319, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) e as patrimoniais em sentido estrito. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 552).

As medidas cautelares de natureza real, ou patrimonial, visam a garantir os eventuais efeitos civis de uma condenação penal, a exemplo de indenização ou reparação à vítima do crime, o pagamento das penas pecuniárias ao Estado (prestação pecuniária e multa – arts. 43, inciso I, e 49, do CP) ou mesmo o

adimplemento das despesas e custas processuais. Servem, portanto, como instrumento para garantia dos futuros efeitos genéricos de uma sentença condenatória, estipulados no art. 91, do CP (obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, perda dos instrumentos do crime e do produto da infração ou valor auferido pelo agente com a prática criminosa) (BRASIL, 1940).

As cautelares reais previstas no CPP são: o sequestro dos bens imóveis (art. 125), a hipoteca legal sobre imóveis (art. 134), o arresto (art. 136) e alienação antecipada de bens apreendidos (art. 144-A). Como o objeto do presente trabalho se cinge à análise das medidas cautelares de natureza pessoal, não se adentrará no estudo das cautelares reais (BRASIL, 2011a).

Ademais, a legislação esparsa também prevê e disciplina medidas cautelares de natureza pessoal, a exemplo da prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/1989, e as medidas protetivas de urgência, aplicáveis em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/2006). Essas medidas são aplicadas para situações próprias e pontuais, e complementam as cautelares consagradas no CPP. Por sua importância ao tema objeto de estudo, serão estudadas no decorrer do trabalho.

Passa-se, pois, a análise das medidas cautelares de natureza pessoal, iniciando-se pelas medidas que representam uma menor intervenção na liberdade do investigado (ou acusado), passando-se pelas contidas na legislação esparsa, até se chegar a medida cautelar extrema (prisão preventiva).

### **3.1 Comparecimento periódico em juízo**

Prevista no inciso I do art. 319, do CPP, “[...] o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades [...]” (BRASIL, 2011a, n. p.) não é uma medida inédita no ordenamento jurídico brasileiro, pois já estava presente como condição para a fruição de vários benefícios de natureza penal e processual penal, a exemplo do cumprimento de pena em regime aberto (art. 115, inc. II, da Lei de Execuções Penais<sup>1</sup>), livramento condicional (art. 132, § 1º, da Lei de Execuções Penais), *sursis* (art. 78, § 2º, do CP) e suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.099/1995). No

---

<sup>1</sup> LEP – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984).

entanto, com a reforma legislativa operada com a Lei nº 12.403/2011, passou a figurar como uma medida cautelar de natureza pessoal.

O significado dessa medida consiste em que “[...] o acusado deve comparecer, pessoalmente, perante a Secretaria do Juízo para informar onde está residindo e qual atividade está exercendo, caso esteja empregado.” (LIMA, 2013, p. 981). A medida, simultaneamente, permite o controle da vida cotidiana do indiciado ou acusado, assim como de seu paradeiro.

Entende-se que o comparecimento deva ser pessoal, pois, “[...] de fato, não faz sentido em se permitir que o comparecimento se dê por procuração ou por meio de pessoa da família, porquanto a medida tem em vista a pessoa do acusado.” (LIMA, 2013, p. 981).

A periodicidade será fixada pelo magistrado e deverá levar em conta a razoabilidade para atender as condições pessoais do investigado ou acusado, de forma a não prejudicar a sua rotina de trabalho e atividades diárias. O legislador não estabeleceu uma margem para aplicação, logo, o comparecimento poderá ser diário, semanal, mensal ou até mesmo em outro prazo, em horário predefinido ou não.

Como forma de atender às condições pessoais do acusado, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por exemplo, editou a norma administrativa que autoriza o comparecimento em Secretaria Judicial após o período de expediente forense, de modo a não atrapalhar a rotina de quem esteja cumprindo a medida, representando uma menor danosidade.

Na prática, além do controle das atividades realizadas por quem suporta a medida, a medida cautelar permite uma otimização da comunicação dos atos processuais, isto porque, sempre que houver alguma intimação ou notificação a ser realizada, o cumpridor da medida dela tomará ciência pessoal quando do seu comparecimento em Secretaria Judicial, evitando-se, assim, a realização de uma diligência do oficial de justiça para este fim.

No sistema português (art. 198<sup>2</sup>, do CPP de Portugal), a apresentação do acusado – no caso arguido, de acordo com a terminologia portuguesa – poderá

---

2 Artigo 198. Obrigação de apresentação periódica. 1 – Se o crime for punível com pena de prisão máxima superior a 6 meses, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita. 2 – A obrigação de apresentação periódica pode ser cumulada com qualquer outra medida de coacção, com a exceção da obrigação de permanência na habitação e da prisão preventiva. (PORTUGAL, 1987, n. p.).

ocorrer em um órgão de polícia criminal, e não necessariamente em juízo. No sistema italiano (art. 282<sup>3</sup>, do “Codice di Procedura Penale”), a apresentação deve ser dar somente perante a polícia judiciária, e não em juízo.

Há quem critique, nesse ponto, o sistema brasileiro de controle da medida, pois “[...] o modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial (afinal, a polícia está em ‘todos’ os lugares) e também a maior eficácia de controle.” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 157).

De forma diversa, entendemos que o modelo brasileiro, em face de suas peculiaridades, está adequado, caso contrário, estar-se-ia a sobrecarregar a polícia judiciária com mais uma função, obrigando-lhe com a mesma periodicidade a fazer uma comunicação – pessoal ou por ofício – ao magistrado responsável pelo processo. O Poder Judiciário, por seu turno, além de fiscalizar quem suporta a medida, teria que fiscalizar a polícia judiciária no cumprimento desta função. Mostra-se mais cômodo e oportuno o comparecimento em Secretaria Judicial, facilitando diretamente o contato com o magistrado e permitindo a fiscalização direta.

Acaso exista necessidade de mudança para município ou comarca diversa de onde cumpre a medida, é possível a transferência do ônus de fiscalização para o juízo do outro local, mediante a expedição de carta precatória, sendo que, em caso de descumprimento da cautelar, o juízo deprecado informará o fato ao juízo de origem para adoção da providência pertinente.

Ainda, em relação a esta cautelar, há que se fazer uma distinção com outra medida, a de necessidade de comparecimento aos atos processuais, mediante assinatura de “termo de comparecimento a todos os atos do processo”. O CPP, antes da reforma legislativa de 2011, dispunha em seu artigo 310 – *caput* e parágrafo único – que, com a realização de uma prisão em flagrante, se não fosse o caso de prisão preventiva, ou na evidente existência de uma causa de exclusão de ilicitude, o juiz poderia conceder liberdade provisória ao capturado mediante “[...] termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.” (BRASIL, 1941b, n. p.).

---

<sup>3</sup> Art. 282 (Obbligo di presentazione alle polizia giudiziaria) – 1. Con il provvedimento che dispone l’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, il giudice prescrive all’imputato di presentarsi a un determinato ufficio di polizia giudiziaria. 2. Il giudice fissa i giorni e le ore di presentazione tenendo conto dell’attività lavorativa e del luogo di abitazione dell’imputato. (ITÁLIA, 1988, n. p.).

De certo modo, pode-se dizer que essa condição se assemelhava a uma medida cautelar, já que era aplicada em substituição à prisão preventiva. Após a reforma legislativa, o art. 310 foi modificado, no entanto, permaneceu em vigor, em seu parágrafo único, a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, nos casos de prisão em flagrante por prática de infração com alguma excludente de ilicitude (BRASIL, 2011a).

Deve-se esclarecer o dever de comparecimento a todos os atos do processo não se confunde com o dever de comparecimento periódico em juízo. Em que pese serem condições parecidas, têm significados e objetivos distintos. Enquanto esta se destina ao controle da vida cotidiana da pessoa, que deve informar em Secretaria Judicial as atividades por ela realizadas (profissional e educacional) e o local onde mora, aquela cria o dever de a pessoa comparecer aos atos procedimentais do processo quando chamado, como, por exemplo, comparecer à audiência de instrução processual após ser intimado, ou constituir um novo advogado, acaso o seu defensor tenha abandonado o processo.

Na doutrina, existe quem defenda que a obrigação de comparecimento aos atos do processo – aplicada enquanto condição de liberdade provisória, ou como medida cautelar de natureza pessoal – não pode subsistir, porque se encontra em confronto com o direito ao silêncio do acusado, que é uma garantia constitucional fundamental (art. 5º, inciso LXIII, da CF/1988). Com efeito, para esses, se o acusado não é obrigado a se manifestar em juízo, do mesmo modo, não seria obrigado a comparecer aos atos processuais, estando desobrigado de tal mister. Nesse sentido:

E lá no art. 319 não consta o dever de comparecer a todos os atos do processo, até porque se alcançou um nível de evolução democrática em que o direito ao silêncio está atingindo o patamar de 'direito de não ir'. Ademais, o imputado deixa de ser 'objeto de prova' para ser sujeito do processo, que pode ir ou não à instrução. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 158).

Posicionamo-nos de maneira diversa. Em que pese a consagração do direito ao silêncio como garantia fundamental, que impede a produção de provas contra si mesmo, ou mesmo de depor em interrogatório judicial, o comparecimento aos atos do processo serve para manter a regularidade das comunicações procedimentais, bem como manutenção da adequada representação processual, por meio de defensor constituído, ou informar ao juízo de que não dispõe de condições

para contratação de um e disponibilização de um defensor público. Logo, o compromisso de comparecimento serve para ordenação do procedimento para que chegue ao seu ato final.

Ademais, entendemos que essa condição pode ser fixada como medida cautelar de natureza pessoal ao indiciado ou acusado, desde que se mostre útil ao caso concreto e evite a imposição de cautelar mais gravosa (prisão preventiva). Por não estar elencada expressamente no rol de cautelares do art. 319, do CPP, a sua aplicação decorreria do poder geral de cautela do magistrado.

### **3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares**

A segunda medida cautelar prevista no art. 319, inciso II, é a “[...] 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 risco de novas infrações.” (BRASIL, 2011a, n. p.).

No sistema brasileiro, essa condição já existia para a concessão e fruição de benefícios penais e processuais, a exemplo do *sursis* (art. 78, §2º, alínea “a”, do CP) (BRASIL, 1940), da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.099/1995) (BRASIL, 1995) e do livramento condicional (art. 132, §2º, da LEP) (BRASIL, 1984). Também está prevista como uma sanção, pena de interdição temporária de direitos, no art. 47, inciso IV, do CP, a ser eventualmente aplicada em substituição a uma pena privativa de liberdade em sentença condenatória (BRASIL, 1940).

Enquanto medida cautelar, busca-se:

[...] evitar o cometimento de novos crimes, contornando-se os conflitos tipicamente existentes em certos locais, como botequins e demais lugares onde se serve bebida alcoólica sem controle algum. Serve para autores de crimes agressivos (lesão corporal, rixa etc.). Ou, sob outro prisma, para quem estiver envolvido com prostituição, focando os locais onde tal prática é realizada, comumente. (NUCCI, 2017, p. 136).

Em relação à distinção feita pelo dispositivo entre acesso e frequência, calha destacar que a frequência “possui, em si, uma ideia de reiteração da conduta, habitualidade, passando o acusado a frequentar determinado lugar mais de uma vez [...]” (BONFIM, 2011, p. 44), enquanto o acesso “[...] é mais limitativo, impedindo que

o acusado adentre o estabelecimento, ainda que por uma única vez, durante o prazo de imposição da cautelar.” (BONFIM, 2011, p. 44).

O lugar cujo acesso ou frequência fica proibido deve guardar relação com o fato criminoso, com o fim de se evitar reiteração delitiva, ou seja, quando o ambiente se mostrar como um potencializador para a prática de delitos, mostra-se razoável vedar o seu acesso pelo investigado ou acusado. Assim, acaso o infrator tenha sido capturado por ocasionar brigas ou lesões em um bar ou estádio de futebol, a restrição incidirá sobre o acesso a tais lugares.

A lei não faz distinção sobre as espécies de locais que podem ter seus acessos restringidos, logo, entende-se que podem ser locais públicos (a exemplo de órgãos públicos, parques, praças e ruas), locais privados abertos ao público (como lojas, shopping center) e locais privados (residências de pessoas).

Por conta disso, entende-se que no âmbito desta medida cautelar está abrangida a medida protetiva de urgência prevista na Lei nº 11.340/2006 (vulgarmente denominada de Lei Maria da Penha), em seu artigo 22, inciso II, de “[...] afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.” (BRASIL, 2006a, n. p.).

A referida Lei criou mecanismos que visam a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, e dentre outras disposições, no seu art. 22, elencou um rol de medidas protetivas de urgência que podem ser aplicadas pelo magistrado competente em face do agressor quando constatada uma situação de violência dessa natureza.

Com efeito, entende-se que a medida protetiva de afastamento do lar (art. 22, inc. II, da Lei nº 11.340/2006) tem natureza de medida cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, porém, adstrita às situações de violência contra a mulher (BRASIL, 2006a).

Em caso de violência doméstica e familiar contra o homem, por exemplo, por não estar tutelada no âmbito da Lei Maria da Penha, poderia ser aplicada a medida cautelar genérica, prevista no art. 319, inc. II, do CPP, para se determinar o afastamento da mulher agressora do lar, assim como se determinar o afastamento do lar de qualquer outro tipo de agressor pela prática de crimes de outra natureza. Com essa mesma conclusão, pode-se citar:

No âmbito dessa medida, também pode ser determinado o afastamento do lar, já que a proibição de acesso ou frequência do acusado pode ser

determinada em relação a sua própria residência, quando, por exemplo, lá residir a vítima em situação de coabitação. Nesse caso, ainda que não se trate de situações abrangidas pela Lei Maria da Penha, que faz menção expressa ao afastamento do lar (Lei nº 11.340/06, art. 22, II), é possível que o juiz determine o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (LIMA, 2013, p. 983).

Ainda, no âmbito da Lei Maria da Penha, há outra medida protetiva de urgência de mesma natureza da presente cautelar, que é a constante do artigo 22, inciso II, alínea “c”, qual seja, “[...] proibição de determinadas condutas, entre as quais: [...] c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.” (BRASIL, 2006a, n. p.).

### **3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada**

A terceira medida cautelar prevista no art. 319, inciso III do CPP, é a “[...] proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.” (BRASIL, 2011a, n. p.).

A primeira vez que essa condição apareceu no ordenamento jurídico brasileiro foi com a forma de medida protetiva de urgência, na Lei nº 11.340/2006, com a proibição de conduta do agressor de “[...] contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.” (BRASIL, 2006a, n. p.).

Enquanto a Lei Maria da Penha especifica que o contato proibido deve ocorrer com a vítima (ofendida) e testemunhas, o CPP utiliza a expressão genérica de “determinada pessoa”, sem especificá-la. No entanto, por conta do liame causal criado pelo dispositivo (“por circunstâncias relacionadas ao fato”), entende-se que tais pessoas podem ser a vítima, testemunhas, peritos, assistentes técnicos e até mesmo corréus no mesmo processo, desde que o caso concreto aponte a necessidade.

Os objetivos da cautelar são o de proteger determinada pessoa que possa estar em perigo em face de comportamento do indiciado ou acusado, bem como o de impedir que este, de algum modo, possa atrapalhar a instrução processual e, por consequência, na descoberta dos fatos, quando em contato a vítima ou

testemunhas. Tutela-se, a um só tempo, a higidez da pessoa da vítima e a instrução processual (LIMA, 2013).

A medida não se restringe ao contato pessoal, exercido no mesmo ambiente físico, sendo possível se coibir, também, o contato telefônico, por cartas, e-mails, mensagens de SMS e aplicativos de smartphones ou tablets (“Whatsapp” e “Skype”, por exemplo), desde que esse modo de contato possa gerar intimidação.

Em relação ao contato pessoal, a lei não traz balizamento quanto ao distanciamento a ser exercido entre o indiciado (ou acusado) e a vítima (ou outras pessoas). Assim, o juiz, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, e com os critérios de razoabilidade, deverá fixar a distância mínima que deverá preservar a higidez da vítima e evitar a prática de novos crimes. Sobre o ponto:

Deve-se atentar, ainda, para a proporcionalidade da medida, evitando que o distanciamento seja exagerado a ponto de evitar que o réu conviva no mesmo bairro ou município da pessoa e, tampouco, que seja extremamente módico, permitindo-se a aproximação e, por conseguinte, inviabilizando-se a medida. (BONFIM, 2011, p. 46).

Na praxe forense, é comum a fixação pelos juízes competentes para as causas relativas à violência doméstica e familiar contra as mulheres a fixação de distanciamento mínimo de duzentos metros, pois foi um parâmetro reputado adequado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante se verifica do seguinte aresto:

Há fundamentos suficientes para a decretação de medida protetiva se, como na espécie, o Juízo de primeiro grau proíbe a aproximação do réu, por ao menos 200 metros das vítimas, amparando-se no temor destas em relação àquele que as ameaçou, o que fez com auxílio de arma de fogo. (BRASIL, 2010a, n. p.).

Quando no caso de violência doméstica e familiar a vítima for um homem, por não estar tutelada a situação pela Lei nº 11.340/2006, mostra-se possível a aplicação da presente medida cautelar como protetiva de urgência, preservando-se a sua higidez física, moral e psicológica.

Desse modo, “[...] estando agora prevista na Lei Processual Penal, poderá o juiz tranquilamente estabelecer, *verbi gratia*, que o acusado deixe de manter contato com determinada pessoa, homem ou mulher, a quem tenha agredido, vez que a medida guarda relação com o fato.” (BONFIM, 2011, p. 47).

### 3.4 Proibição de ausentar-se da comarca

Da mesma forma que as duas primeiras cautelares, a medida de “[...] proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução [...]”<sup>4</sup> (BRASIL, 2011a, n. p.) já guardava previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro como condição para a concessão e fruição de benefícios penais e processuais, a exemplo do *sursis* (art. 78, §2º, alínea “b”, do CP), da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.099/1995), do livramento condicional (art. 132, parágrafos 1º e 2º, da LEP), e do regime aberto do cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 115, inciso II, da LEP).

A redação do dispositivo não foi clara ao especificar que a Comarca da qual o indiciado ou acusado não pode ser ausentar é da do seu domicílio ou aquela onde tem curso a investigação policial ou o processo penal. Em muitos casos, o local onde o acusado mantém seu domicílio ou residente é diversa daquela onde responde à ação penal. No entanto, a lei traz uma finalidade específica para a aplicação da medida, qual seja, a conveniência ou necessidade para a investigação ou instrução. Vislumbra-se que se buscou tutelar com a presente cautelar a preservação da obtenção dos elementos de prova, seja na fase prévia de instigação, seja em juízo na instrução processual. Logo, chega-se à conclusão de que o investigado ou acusado não poderá se ausentar da Comarca onde curso o procedimento de investigação (inquérito policial) ou o processo judicial.

Por conta dessa finalidade específica, exsurge interessante questão sobre a constitucionalidade da medida e sua possibilidade de aplicação. Como já visto, a CF/1988 consagrou o direito ao silêncio como uma garantia individual da pessoa humana (art. 5º, inciso LXII), da qual decorre o direito de não produzir prova contra si mesma. Com efeito, indaga-se se poderia a legislação impor uma medida restritiva na locomoção de alguém para que ele esteja disponível para participar de atos de investigação ou de instrução, quando tal participação consiste para ele em faculdade e não obrigação.

Pela impropriedade da medida, posiciona-se Aury Lopes Júnior, sob o seguinte argumento:

---

4 Inc. III do art. 319, do CPP.

Incorrer ainda no erro de se inserir na perspectiva de obrigar o réu a estar disponível para servir de 'objeto de prova'. Vai na contramão do direito de não produzir prova contra si mesmo ('privilege against self-incrimination') e da tendência em reconhecer-se o 'direito de não ir', inerente ao réu em processos penais democráticos, que não mais o veem como 'objeto de prova', mas sim como sujeito processual.

Não vislumbramos fundamento legal em obrigar o réu a permanecer na comarca ou país em nome da 'conveniência ou necessidade para investigação ou instrução', na medida em que pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (até mesmo o reconhecimento pessoal). (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 161-162).

O pensamento diverso tem como pano de fundo a extensão do direito ao silêncio do acusado no âmbito do processo penal, e faz uma distinção entre compelir o acusado a adotar uma postura ativa na instrução – ou seja, a praticar atos (o que estaria vedado, pois poderia importar em resultado prejudicial) –, ou apenas a participar da instrução, sem necessidade de praticar atos. Acaso se adote essa compreensão sobre o direito ao silêncio, a mera participação em atos de instrução, sem necessidade de prática de atos, poderia ser exigida do acusado, e a medida cautelar manteria seu sentido e sua aplicabilidade.

Para elucidar essa corrente de pensamento, calha a transcrição dos seguintes apontamentos doutrinários:

Já dissemos um sem número de vezes: a garantia contra a não autoincriminação não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo. O que existe, como regra, é a proibição de a pessoa ser compelida, contra a sua vontade, a realizar os exames previstos em lei. De fato, não se pode forçar ninguém a soprar o bafômetro, e, tampouco, a escrever de próprio punho para comparações grafotécnicas. A violência seria inútil, desnecessária e abusiva. [...]. Já para o reconhecimento de pessoa, no caso em que a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas oculares do fato, não há como recusar validade da medida, podendo o juiz, inclusive, determinar a condução coercitiva do acusado para esse fim (art. 260, parte final, CPP). (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 649).

A medida cautelar teria sido preservada acaso o legislador não tivesse colocado na redação do dispositivo a finalidade específica, pois teria evitado a discussão quanto a sua inconstitucionalidade, ou se tivesse colocado como finalidade especial a proteção da eficácia da lei penal, como, por exemplo, evitar a fuga. Mesmo nesse caso, para controle dessa situação já existem outras medidas cautelares menos danosas, como a de comparecimento periódico em juízo e a monitoração eletrônica.

Aliás, a ausência da Comarca não tem o condão de representar necessariamente risco de fuga, já que pelas mais diversas razões isso poderá

ocorrer, como uma entrevista de emprego, a realização de um tratamento médico ou mesmo a visita a um parente residente em outra localidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se manifestou sobre a constitucionalidade dessa cautelar, motivo pelo qual tem sido aplicadas pelos juízes no Brasil.

A Lei nº 12.403/2011 alterou o art. 320, do CPP, o qual passou a ter a seguinte redação: “[...] 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.” (BRASIL, 2011a, n. p.). Logo, a cautelar de proibição de se ausentar da comarca poder ser um efeito mais largo, ao contemplar a proibição de se ausentar do país, caso em que o passaporte do indiciado ou acusado ficará retido.

Mostra-se oportuno, além da retenção do documento, a comunicação às autoridades de fronteira (Polícias Federal e Rodoviária Federal) para fiscalização de eventual tentativa de fuga, bem como para proibição de expedição de novo passaporte.

Há quem entenda que a proibição de ausentar-se do país consiste em medida cautelar autônoma, no entanto, parece-nos mais adequado compreendê-la como uma extensão dos efeitos da cautelar de proibição de se ausentar da Comarca (PACELLI; FISCHER, 2012).

A alteração legislativa foi importante para encerrar discussão existente no âmbito dos Tribunais sobre a possibilidade ou não de retenção do passaporte e proibição de sair do país como medidas cautelares. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendia que, por ausência de previsão legal, o Poder Judiciário não poderia criar restrições ao direito de ir e vir do cidadão, afigurando-se como inconstitucional a retenção do passaporte (BRASIL, 2008a), o STF, por sua vez, entendia ser medida lícita, lastreada no poder geral de cautela do juiz, não ferindo o princípio constitucional da não culpabilidade, nem o da independência de poderes (que atribui ao Poder Legislativo da União a competência para legislar sobre processo penal) (BRASIL, 2008b).

### 3.5 Recolhimento domiciliar

A medida de “[...] recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos [...]” é a cautelar prevista no art. 319, inciso V, do CPP (BRASIL, 2011a, n. p.).

Trata-se de uma cautelar menos gravosa do que a prisão preventiva, e também do que a prisão domiciliar, pois permite ao investigado ou acusado manter a sua rotina de vida normalmente, exercendo seu trabalho ou profissão durante o dia, sujeitando-se, no entanto, à obrigação de permanecer em sua casa no período noturno e nos dias de folga. O objetivo é evitar o contato social do indiciado ou acusado quando não estiver laborando.

O CPP não traz um conceito de noite. Inexiste, também, no ordenamento brasileiro uma definição legal. Por consistir em uma restrição à liberdade individual da pessoa, é importante saber qual o exato período no qual deverá permanecer recluso em seu domicílio. Do mesmo modo, não consta do dispositivo a definição de domicílio para fins de aplicação da cautelar.

Em que pese a lacuna do CPP, o CP traz uma definição de domicílio, no momento em que criminaliza por meio de tipo penal a violação de domicílio (art. 150). A pena para essa infração é qualificada quando o delito é cometido “à noite”. Porém, o dispositivo legal não define o conteúdo dessa expressão, remanescendo para a doutrina a sua definição (BRASIL, 1940). O domicílio, segundo a definição legal, é a casa do indivíduo, assim considerada:

#### Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestinamente ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

§1º Se o crime é cometido durante **a noite**, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

[...] §4º **A expressão ‘casa’ compreende:**

**I- qualquer compartimento habitado;**

**II- aposento ocupado de habitação coletiva;**

**III- compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.**

§5º **Não se compreendem na expressão ‘casa’:**

**I- hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;**

**II- taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. (BRASIL, 1940, n. p., grifo nosso).**

O conceito legal é exemplificativo e serve de norte para o aplicador do direito, que poderá encontrar outras formas de casa, a depender das circunstâncias do caso concreto. Explica-se:

Alertamos que 'casa' não é somente o recinto em que alguém, permanente ou transitoriamente, mora. É também qualquer construção, aberta ou fechada, imóvel ou móvel (ex.: um 'trailer'), individual ou coletiva, dispensando a presença dos moradores. [...] Em suma, o termo 'casa' deve ser entendido da forma mais ampla possível, abrangendo qualquer compartimento habitável, ainda que em caráter eventual, independentemente da sua destinação, bem como suas dependências. (CUNHA, 2015b, p. 207-208).

Quanto ao conceito de noite, uns entendem ser o interstício temporal compreendido entre as 18 horas do dia até as 06 horas do dia seguinte. Outros entendem a noite como o período de ausência de luz solar, de escuridão, pouco importando o horário (CUNHA, 2015b, p. 205).

A lei fixou dois requisitos para a aplicação dessa medida, quais sejam que o investigado ou acusado tenha (I) residência e (II) trabalho fixos. Caso ausente algum desses requisitos, mostra-se inviável a aplicação da cautelar, mormente quando em substituição à prisão preventiva por ser medida menos danosa.

Quando a pessoa exercer algum trabalho no período noturno, entendemos ser possível a flexibilização da norma no sentido de se permitir o seu recolhimento domiciliar no período referente ao seu descanso, no período matutino ou vespertino, de modo a não prejudicar suas atividades, mormente como forma de evitar a prisão preventiva.

Em sentido diverso, defende-se não se viável a admissibilidade do recolhimento domiciliar em período diverso do noturno, “[...] isso porque a lei faz exigência do período em que se dará o recolhimento, e sendo a medida cautelar excepcional, qualquer interpretação advinda dela deve se dar restritivamente.” (BONFIM, 2011, p. 49).

### **3.6 Suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira**

A “[...] 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 [...]” (BRASIL, 2011a, n. p.) é a cautelar prevista no inciso VI do art. 319, do CPP.

Essa medida tem especial aplicação para os crimes cometidos por funcionários públicos contra a administração pública (a exemplo do peculato, concussão, corrupção ativa), assim como para os crimes contra a ordem econômico-financeira (lavagem de capitais, gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira etc.).

O conceito de função pública diz respeito àquelas atividades voltadas para o alcance das finalidades públicas do Estado, exercidas pelos funcionários públicos, cuja definição legal consta do artigo 327, do CP:

[...] considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública; equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (BRASIL, 1940, n. p.).

O objetivo da cautelar é suspender o eventual poder ou influência que o agente possa ter dentro do funcionalismo público, já que, além das consequências deletérias para a consecução do interesse público, pode representar comprometimento da ordem pública. Logo, em existindo nexos funcional entre a atividade pública exercida com os crimes praticados, e a sua facilitação em face da função exercida, mostra-se prudente a suspensão cautelar do exercício da função.

Por se tratar de afastamento cautelar – e não de perda definitiva do cargo, função pública ou mandato eletivo, previstos como efeito da condenação penal, segundo art. 92, inc. I, do CP –, surge dúvida acerca da manutenção do pagamento do subsídio ou salário durante o período (BRASIL, 1940).

Parte da doutrina entende que o subsídio ou salário continuam sendo devidos, pois vigora nessa fase procedimental da investigação e da ação penal o princípio da presunção de inocência, tornando a medida precária e passível de revogação, sem cunho de definitividade. Com essa linha de pensamento, convém a citação:

Salvo melhor juízo, em interpretação restritiva, entendemos que, diante da previsão legal expressa, a remuneração ainda deve ser mantida ao acusado ou indiciado, sendo que o afastamento deve ser destinado unicamente para que, no exercício do cargo, não continue a engendrar na prática delituosa. (BONFIM, 2011, p. 50).

A suspensão do pagamento de salário ou subsídio poderia representar, por via oblíqua, o mesmo efeito da perda do cargo e da função, e, sabe-se que, a CF apenas autoriza a perda do cargo de servidor público por força de sentença judicial transitada em julgado (art. 41, §1º, inc. I, da CF/1988), e não estando autorizado a fazê-lo por medida cautelar, de caráter precário (revogável). Logo, uma interpretação que autorizasse a suspensão do pagamento de salário ou subsídio durante o período de suspensão poderia acarretar na inconstitucionalidade da medida.

Ao cidadão comum tal situação pode parecer uma incongruência, pois a medida que deveria ser restritiva de um direito, pode aparentar ser prêmio ao servidor público afastado, pois continuaria a receber seu salário, mesmo sem a necessidade de trabalhar, e mesmo sendo investigado ou processado criminalmente pela suposta prática de crime contra a Administração Pública. O cidadão, por seu turno, entenderia estar penalizado, pois, além de ter a responsabilidade de pagar o salário do servidor afastado, deverá arcar com o pagamento de salário de um novo servidor para exercer as funções do afastado. No entanto, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, e também da garantia constitucional do art. 41, §1º, inc. I, essa é a interpretação razoável que se deve fazer da medida cautelar, para preservar a sua constitucionalidade (BRASIL, 1988).

A lei não fixou prazo máximo de duração da restrição. Mostra-se conveniente que a decisão que aplicar essa cautelar defina de forma prévia a duração da medida, e ao final deste, acaso se mostre necessário, prorrogue a sua duração, desde que de forma justificada.

Com base no art. 319, I, o STF já decidiu pela possibilidade de afastamento de cautelar de deputado federal (BRASIL, 2016a). O STJ, com base no mesmo dispositivo, entendeu pela possibilidade de suspensão de atividades políticas do prefeito municipal (BRASIL, 2012b).

Já o conceito de atividade de natureza econômica ou financeira está ligado à natureza do crime, tais como os crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951), crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais (Lei nº 7.184/1983), crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986), crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/1990), crimes sobre a propriedade industrial (Lei nº 8.176/1991) e crimes de lavagem de capital (em Portugal denominados de

branqueamento de capitais), previstos na Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012.

Assim, quando a atividade do investigado ou acusado puder ter influência sobre alguns dos bens jurídicos tutelados por aquelas Leis, é possível a aplicação dessa cautelar.

### **3.7 Internação provisória do acusado**

A medida cautelar de “[...] 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 CP) e houver risco de reiteração [...]” está prevista no inc. II do art. 319, do CPP (BRASIL, 2011a, n. p.).

Diferente das medidas anteriores, e por expressa redação do dispositivo, a internação provisória apenas pode ser aplicada ao acusado, ou seja, impescinde de processo judicial, sendo inviável a sua aplicação ao investigado na fase extrajudicial (investigação policial). Deve, portanto, existir um incidente de insanidade mental para aferir a higidez mental e avaliar a sua incapacidade (inimputabilidade) na forma do art. 26, do CP.

Ainda, os crimes para os quais tem aplicação a medida são aqueles considerados como violentos (cometidos com violência ou grave ameaça), e deve ser cumprida em Hospital de Custódia e Tratamento. O outro requisito para a internação é a comprovação de existência de risco de reiteração da conduta criminosa.

O incidente de insanidade mental está regulado no CPP nos seus arts. 149 a 154, o qual já previa a internação do acusado em caso de doença mental, como art. 152, §2º: “[...] o juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.” (BRASIL, 1941b, n. p.). Portanto, parece-nos que a cautelar já existia no ordenamento jurídico, porém, com outra roupagem.

### **3.8 Fiança**

A fiança, enquanto medida cautelar, tem a seguinte previsão (art. 319, inc. 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 à ordem judicial.” (BRASIL, 2011a, n. p.).

A fiança já estava prevista no ordenamento jurídico antes da reforma operada pela Lei nº 12.403/2011, e era um instituto ligado à possibilidade de liberdade provisória. Quando da ocorrência de uma prisão em flagrante, em algumas hipóteses legais, possibilitava-se a concessão de liberdade provisória ao capturado mediante o pagamento da fiança. Nesse sentido, a fiança consistia num instrumento de contracautela, ou seja, uma garantia prestada pelo capturado em substituição à cautela da prisão preventiva. Era imprescindível a existência de uma prisão em flagrante, cuja manutenção seria substituída pela liberdade provisória, com ou sem fiança. Com o advento da reforma legislativa, a fiança, além de manter o caráter de contracautela, passou a existir como medida cautelar propriamente dita, a ser aplicada na fase de investigação ou no curso do processo penal.

Sobre isso, esclarece Guilherme Nucci:

O instituto era utilizado, apenas, para servir de alternativa à prisão em flagrante; quando o juiz verificasse a sua legalidade, mas não estando presentes os requisitos da preventiva, concedia liberdade provisória, com ou sem fiança. Importa a fiança, ficava o réu seguro pelo valor desembolsado, ou seja, se fugisse, poderia perder o que pagou. Hoje, ainda se mantém a liberdade provisória, na avaliação do auto de prisão em flagrante, com ou sem fiança (art. 310, III, CPP). Nesse prisma, a fiança permanece com o seu caráter de garantia real. **Porém, inovando, insere-se a fiança como medida cautelar, desvinculada da prisão em flagrante. Pode-se, em qualquer crime, seguindo-se os requisitos do art. 282 do CPP, estabelecer o pagamento de determinada quantia, como forma de assegurar a presença do réu nos atos processuais e evitar a sua ausência do distrito da culpa, sob pena de perda econômica.** (NUCCI, 2017, p. 138, grifo nosso).

A fiança está disciplinada nos art. 321 a 350, do CPP, e poderá ser aplicada em cumulação com outras medidas cautelares (art. 320, §4º). O conceito da fiança para a doutrina é:

Consiste na prestação de uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. Não se admite a de natureza fidejussória, ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado (CPP, art. 336, caput). (CAPEZ, 2019, p. 363).

A lei processual penal se utilizou da expressão fiança para a definição dessa modalidade de garantia, porém, segundo alguns, o fenômeno expressado consiste em uma caução real, tendo sido o termo fiança equivocadamente empregado pelo legislador. Explica-se:

Fiança é espécie do gênero caução. A caução, portanto, pode ser real ou fidejussória. [...]. A caução real consiste na entrega de valores (dinheiro, jóias, bens imóveis, títulos da dívida pública, pedras, objetos ou metais preciosos – cf. art. 330 do CPP) feita pelo autor do fato, ou por terceira pessoa em seu favor, para que possa elidir o efeito coercitivo do ato prisional, defendendo-se de eventual (ou atual) acusação em liberdade. A caução fidejussória, tecnicamente, é a obrigação acessória que terceira pessoa assume em nome do devedor pelo cumprimento, total ou parcial, de uma obrigação a que este está sujeito, caso não cumpra ou não possa cumpri-la. Daí nascer a fiança, de fidejussão, confiança, segurança de uma pessoa em outra. Destarte, a tradição ou ausência técnica faz com que o legislador processual penal pátrio chame de fiança o que, em verdade, é uma caução real (cf. art. 330 do CPP). (RANGEL, 2010, p. 816).

A legislação não elenca quais os crimes afiançáveis, ao contrário, elenca quais os crimes são inafiançáveis, a saber: (I) crimes de racismo; (II) crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como crimes hediondos; (III) crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323, CPP). Essa vedação legal é repercussão do art. 5º, inc. XLII, da CF/1988, que considera como crimes inafiançáveis o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos.

Embora o tráfico de drogas e entorpecentes seja considerado um crime equiparado a hediondo, por força do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990 (BRASIL, 1990), e assim, insuscetível de fiança, o STF tem abrandando tal equiparação quando se trata de tráfico privilegiado – qual seja, o crime cometido por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006b) –, para autorizar nessa hipótese a concessão de fiança, seja como contracautela (em liberdade provisória com fiança), seja como medida cautelar. Nesse sentido, o plenário do STF decidiu:

O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e §1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a

ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. (BRASIL, 2016b, n. p.).

Além das hipóteses referentes a determinadas infrações, não será concedida fiança quando presentes motivos que autorizem a decretação da prisão preventiva, em caso de prisão civil ou militar, ou àqueles que quebrarem fiança anteriormente concedida ou infringiram, sem justo motivo, as obrigações inerentes à fiança (art. 324, do CPP).

As obrigações inerentes à fiança, conforme arts. 327 e 328, do CPP, são: (I) comparecimento perante a autoridade policial ou judicial, toda vez que for intimado, e, (II) proibição de mudança de residência sem prévia autorização da autoridade ou se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem prévia autorização.

Com efeito, além do depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública ou constituição de hipoteca, a fiança traz consigo essas duas outras obrigações, cujo eventual descumprimento importa na quebra da fiança, com a sua revogação. Frisa-se que o descumprimento deve ser injustificado, o que importa em prévia manifestação do indiciado ou acusado para se justificar, antes de o juiz decidir acerca do quebramento.

Consistirão, também, em motivos para a quebra da fiança: deixar de comparecer, sem justo motivo, a ato do processo, quando intimado; praticar deliberadamente ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; resistir injustificadamente a ordem judicial, e; praticar nova infração penal dolosa (art. 341, do CPP). Nos casos de quebra da fiança, o indiciado ou acusado perderá metade do seu valor, e o magistrado deverá decidir sobre a aplicação de outras medidas cautelares ou até mesmo da prisão preventiva (art. 343, do CPP).

Como já visto, em caso de condenação penal, a fiança terá como finalidade o pagamento das custas e despesas processuais, a eventual indenização para a vítima e o pagamento da pena de multa ou prestação pecuniária (art. 336, do CPP). Se o acusado, eventualmente, for absolvido, o valor da fiança lhe será restituído, sem descontos e atualizado (art. 337, do CPP).

Uma importante inovação operada pela Lei nº 12.403/2011 foi a de autorizar a autoridade policial<sup>5</sup> (Delegado de Polícia Civil ou Federal), nos casos em que

---

<sup>5</sup> A autoridade policial, segundo definido na Lei nº 12.830/2013, é o delegado de polícia, ao qual incumbe a condução da investigação criminal por meio do inquérito policial. A Lei define, ainda, que

sejam os responsáveis pela lavratura do auto de prisão em flagrante, a conceder fiança nas infrações (crimes ou contravenções penais) cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos (art. 322, CPP). Assim, no caso de uma prisão em flagrante, o Delegado com atribuição no caso poderá, desde logo – e antes de encaminhar o auto de prisão em flagrante ao juiz –, atribuir fiança ao capturado, ao qual poderá se livrar solto. Apenas para os crimes com pena privativa de liberdade superiores a quatro anos, a competência para concessão de fiança é exclusiva do juiz, o qual deverá decidir em 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento do auto de prisão em flagrante, conforme art. 322, parágrafo único, do CPP (BRASIL, 2011a).

A autoridade policial terá a faculdade de fazê-lo, entretanto, caso não o faça, o magistrado poderá conceder a fiança após o recebimento do auto de prisão em flagrante. Não se trata, portanto, de atribuição exclusiva da autoridade policial a concessão de fiança para as infrações com penas privativas menores do que quatro anos. Ainda, a concessão de fiança pelo Delegado está sujeita a controle judicial quanto aos pressupostos de aplicação, de modo que, em não se tratando de hipótese sujeita a fiança, poderá o magistrado revogar a fiança aplicada pela autoridade policial.

Entendemos, ainda, que a fiança passível de aplicação pela autoridade policial é a que possui natureza de contracautela, sendo que a fiança, enquanto medida cautelar, é de competência exclusiva da autoridade judicial (juiz).

Por fim, calha mencionar que, conforme art. 350, do CPP, nos casos em que couber fiança, o juiz, ao verificar a situação econômica do preso – isto é, nas hipóteses em que a fiança funciona como contracautela –, poderá conceder liberdade provisória sujeitando o capturado apenas às obrigações dos arts. 327 e 328, do CPP e a outras medidas cautelares (BRASIL, 2011a). Assim, se verificar a hipossuficiência econômica do capturado, o juiz poderá, no lugar fiança aplicar outras medidas cautelares como contracautela, assim como apenas as obrigações inerentes à fiança (comparecimento perante a autoridade, proibição de mudança de endereço sem autorização, bem como de se ausentar de sua residência por mais de oito dias). Na mesma linha de raciocínio, o art. 319, §4º, do CPP, autoriza que a

---

o cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e advogados.

fiança, enquanto cautelar, poderá ser aplicada cumulativamente com outras medidas cautelares (BRASIL, 2011a).

Essa hipótese legal, ao equiparar outras obrigações à medidas cautelares, para serem usadas com mesmo efeito, torna robusta a tese de que o rol de cautelares do art. 319, do CPP, é meramente exemplificativo, podendo ser criadas outras medidas pelo magistrado, com base em seu poder geral de cautela, e que melhor possam se adequar à situação *sub judice*.

### 3.9 Monitoração eletrônica

A última medida cautelar prevista no artigo 319 é a “*monitoração eletrônica*” (inc. IX). Trata-se de medida até então pouco conhecida pelos operadores do direito no Brasil. Um ano antes da edição da Lei nº 12.403/2011, houve o advento da Lei nº 12.258/2010 (BRASIL, 2010b), que alterou a lei de execuções penais para prever a utilização de equipamento de vigilância indireta (monitoração eletrônica) pelo condenado na fruição de benefícios durante o cumprimento de sua pena, como na saída temporária e prisão domiciliar (art. 146-B, da Lei nº 7.210/1984) (BRASIL, 1984).

A monitoração eletrônica tem como modelo referencial os Estados Unidos. Explica-se:

Nos Estados Unidos, cujo modelo surgiu em 1971, para substituir prisões juvenis (menor e adolescente) e é utilizada em larga escala, o monitoramento pode ser feito de duas maneiras. Na primeira, denominado monitoramento ‘ativo’, é colocado junto ao monitorado um aparelho transmissor ligado a um computador central. Isso pode ser feito da maneira que menos danos cause à pessoa, no que toca à visibilidade da medida, permitindo maior mobilidade do usuário. Na segunda, monitoramento passivo, um computador é programado para efetuar chamadas telefônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e emitindo um relatório das ocorrências. A constatação da presença do monitorado no local pode também ser feita por meio de uma pulseira ou de uma tornozeleira eletrônica. Nesses casos, a medida impõe também o recolhimento domiciliar em determinados horários. Ali, nos EUA, a sua utilização é feita em presos condenados e em condicional, como alternativa, de custos ao sistema prisional. (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 653-654).

E ainda:

A popularização do sistema de posicionamento global (GPS) barateou muito a tecnologia empregada, tornando-se amplamente acessível e de baixo custo. Atualmente é uma forma de controle empregada em vários países, tanto como instrumento de tutela cautelar, em qualquer fase da persecução

criminal, como também na execução penal, auxiliando no controle do apenado nas diferentes fases do sistema progressivo de cumprimento da pena. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 168-169).

O monitoramento estabelecido pela Lei nº 12.258/2010 é conhecido como “back-door”, pois visa a retirar antecipadamente da prisão aquelas pessoas que tenham condições de cumprir o restante de sua sanção penal fora dele; já o monitoramento trazido pela Lei nº 12.403/2011 é o denominado “front-door”, porque visa a evitar o ingresso da pessoa da prisão, fornecendo uma medida alternativa ao cárcere (LIMA, 2013).

Após a edição das Leis, o monitoramento eletrônico foi regulamentado pelo Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que o definiu como sendo a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização (art. 2º), determina, também, que a pessoa monitorada receba documento que contenha os seus direitos e deveres, bem como o período de vigilância e os procedimentos observados durante o período de monitoração (art. 3º). Determinou que o sistema de monitoração eletrônica deverá respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada (art. 5º) (BRASIL, 2011c).

No âmbito do Estado do Maranhão, o monitoramento eletrônico teve seu disciplinamento regulamentado pela Portaria Conjunta<sup>6</sup> nº 9, de 06 de junho de 2017, que estabeleceu a tornozeleira eletrônica como o equipamento de monitoração no Estado do Maranhão (Capítulo IV). A tornozeleira será utilizada, de acordo com a norma, para monitoração eletrônica de medida cautelar, para monitoração da prisão domiciliar ou do recolhimento domiciliar no período noturno ou finais de semana, para controle de benefícios em cumprimento de pena (execução penal) e como medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

De fato, o monitoramento, com a possibilidade de controle ininterrupto sobre a localização e circulação do investigado ou acusado serve para coibir o risco de fuga e a prática de eventuais infrações penais. Afigura-se, também, como

---

<sup>6</sup> Portaria Conjunta porque subscrita pelos representantes do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (Poder Judiciário), Ministério Público do Estado do Maranhão, Defensoria Pública do Estado do Maranhão, Secretaria de Estado de Segurança Pública (Poder Executivo) e Secretaria de Administração Penitenciária (Poder Executivo) (MARANHÃO, 2017).

mecanismo útil para a fiscalização de outras medidas cautelares, a exemplo da proibição de acesso e frequência a determinados lugares, recolhimento domiciliar, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, proibição de manter contato com pessoa determinada (ou manutenção de distanciamento de pessoas, se medida protetiva de urgência). Essa ampla possibilidade de controle se mostra como salutar para evitar a aplicação da prisão preventiva, pois atinge o mesmo escopo e de forma menos gravosa.

Alguns autores entendem que a monitoração eletrônica seria inconstitucional, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo uma medida vexatória e invasiva da intimidade, podendo conferir o estigma do processo penal e do controle estatal exercido (LOPES JÚNIOR, 2017).

Os Tribunais, porém, não entenderam dessa forma, ao contrário, posicionaram-se no sentido da constitucionalidade da medida, mormente porque mais benéfica do que a prisão preventiva. Nesse sentido:

Como é cediço a dignidade da pessoa humana é uma condição 'sine qua non' do Estado Democrático de Direito e, representa a base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. E, o posicionamento mais coerente com a proposta da Constituição vigente é a preservação da integralidade física e psicológica do homem, devendo respeitar seus direitos, sua liberdade e autodeterminação, enfim, proporcionar a ele existência digna e honesta. Nesta esteira, atente-se que os direitos humanos não pertencem apenas aos criminosos, mas às vítimas e à sociedade em geral e, portanto, os preceitos constitucionais devem ser valorados sob outra perspectiva, mormente com o intuito de resguardar o bem-estar da coletividade, a teor do princípio da proporcionalidade. [...]. Assim, a tornozeleira eletrônica mostra-se apenas como um método de controle, in casu, de saída temporária deferida ao preso pelo Estado, não subsistindo qualquer vestígio de inconstitucionalidade em sua aplicabilidade. Cumpre salientar, ainda, que alusivo monitoramento se apresenta como uma alternativa interessante, já que recorre à tecnologia e à experiência comparada, considerando que já existem ensaios positivos em diversos países do mundo, concorrendo para o benefício do Estado, dos condenados e da sociedade como um todo. (SÃO PAULO, 2013, n. p).

O Estado do Ceará, em 22 de maio de 2019, em atitude inovadora, editou a Lei Estadual nº 16.881, a qual prevê a cobrança do indiciado, acusado ou apenado pelo uso da tornozeleira eletrônica, ficando isentos do pagamento os considerados pobres ou de baixa renda. O não pagamento ensejará a inscrição em dívida ativa do valor do débito (CEARÁ, 2019).

O prazo para duração da medida cautelar de monitoração eletrônica será estipulado pelo magistrado que, em decisão fundamentada, deverá justificar a

necessidade de sua duração. O prazo poderá ser predeterminado ou indeterminado, mediante avaliações periódicas acerca da necessidade de sua manutenção. Ademais, a medida poderá ser aplicada de forma isolada, ou como forma cumulada com outras cautelares que com ela são compatíveis, inclusive com a finalidade de fiscalização.

### **3.10 Prisão domiciliar**

A prisão domiciliar, segundo artigo 317, do CPP, acrescentado pela Lei nº 12.403/2011, consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Não se trata de uma modalidade autônoma de medida cautelar, uma vez que para atender a essa função já está previsto o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, inc. III, do CPP). A prisão domiciliar é a própria prisão preventiva, cumprida, no entanto, no domicílio do investigado ou acusado se presentes algumas das hipóteses do art. 318, do CPP (também com redação conferida pela Lei nº 12.403/2011). Assim, o magistrado não aplicará a prisão domiciliar como medida cautelar pessoal alternativa à prisão preventiva, por ser menos danosa. Ao contrário, quando todas as demais cautelares se mostrarem insuficientes para conter o risco representado pelo indiciado ou acusado, e se tornar imprescindível a prisão preventiva, esta será decretada, contudo, o seu cumprimento ocorrerá no domicílio do acusado, e não no regime prisional, se presentes algumas das hipóteses legais. As hipóteses são as seguintes:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I- maior de 80 (oitenta) anos;

II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV- gestante;

V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (BRASIL, 2011a, n. p.).

No ordenamento jurídico brasileiro já existia a previsão de prisão domiciliar em substituição à pena privativa de liberdade em regime aberto. O regime aberto, de

acordo com o art. 33, §1º, alínea “c”, do CP, e art. 115, da LEP, é aquele no qual o apenado deve permanecer durante o repouso e nos dias de folga na Casa do Albergado (ou estabelecimento similar) e sair para trabalhar nos horários fixados. Permite-se, porém, pelo art. 117, da LEP, que o recolhimento do apenado seja em seu domicílio (residência particular) em uma das seguintes situações: tiver mais de 70 (setenta) anos, estiver acometido de doença grave, estiver gestante ou se tratar de apenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. Nas demais modalidades de cumprimento de pena privativa de liberdade (regimes fechado e semi-aberto) não se admite a prisão domiciliar.

Sobre a diferença entre a prisão domiciliar, enquanto prisão preventiva, e não medida cautelar alternativa, esclarece-se:

Não se deve confundir prisão domiciliar com o recolhimento domiciliar noturno previsto no art. 319, V, do CPP. Este último consiste em medida cautelar alternativa diversa da prisão preventiva e pode ser aplicado a qualquer pessoa, mesmo não enquadrada nas hipóteses do art. 318 do CPP. A prisão domiciliar, por sua vez, é prisão preventiva cumprida no domicílio do agente, ou seja, o juiz verificou que nenhuma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Diploma Processual seria suficiente para garantir o juízo e decretou a medida excepcional da prisão preventiva. Entretanto, dadas as características peculiares e excepcionais do sujeito previstas nos quatro incisos do mencionado art. 318, a restrição da liberdade poderá ser cumprida no domicílio do agente. Aqui não se trata de recolhimento somente durante o período noturno, mas em período integral, já que se cuida de prisão preventiva e não de medida cautelar alternativa. (CAPEZ, 2019, p. 347).

A Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, acrescentou ao CPP os arts. 318-A e 318-B, e ampliou a possibilidade de concessão de prisão domiciliar à mulher gestante ou a mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, e que não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 2018a).

Após a leitura dos dispositivos referentes à prisão domiciliar, exsurge questionamento acerca da obrigatoriedade da sua aplicação como substituição da prisão preventiva, acaso presentes as hipóteses legais, se seria obrigatória – consistindo, assim, em direito subjetivo do indiciado ou acusado, e dever do juiz em aplicar – ou se seria uma faculdade do julgador, que ao ponderar diante do caso concreto, poderia não aplicar.

O *caput* do artigo 318, do CPP, ao utilizar a expressão “poderá”, intenciona demonstrar que o legislador conferiu uma faculdade ao juiz de conceder ou não a

prisão domiciliar. Logo, a presença dos requisitos objetivos da lei não significa que automaticamente será concedida a prisão domiciliar, não figurando como dever ao magistrado a imediata concessão, mas sim, como faculdade.

Um exemplo corriqueiro no cotidiano forense, é o da mulher que em sua casa comercializa entorpecentes e naquele lugar é presa em flagrante delito na posse de significativa quantidade de droga, já acondicionada em situação própria de tráfico. Essa mulher não possui profissão e aduz ser dona de casa, e informa também ter um ou mais filhos menores de 12 (doze) anos de idade. Quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz vai analisar a possibilidade de concessão de liberdade provisória a mulher, e verificará se há necessidade de aplicar as medidas cautelares de natureza pessoal, de modo que, se nenhuma das cautelares se mostrar suficiente, o magistrado decretará a prisão preventiva.

Assim, a prisão cautelar apenas será aplicada em situação extrema, se nenhuma das demais cautelares se mostrarem suficientes para contenção do risco. Com efeito, se o magistrado entender ser necessária a prisão no caso e decretar a preventiva da mulher – que possui os filhos menores –, mostrar-se-á oportuna a aplicação da prisão domiciliar? Evidente que não, especialmente porque a residência era o local habitual da prática criminosa. Por isso, ainda que preenchidos os requisitos legais, entendo que a prisão domiciliar não é direito subjetivo, e sim faculdade judicial, que poderá ser aplicada ao caso, sopesadas com as demais circunstâncias do caso concreto.

Outra questão diz respeito ao rol de hipóteses do art. 318, do CPP, se seria exemplificativo ou taxativo. Parte da doutrina entende que é meramente exemplificativo, e fundamentam do seguinte modo:

Pensamos que o rol de hipóteses para a decretação da substituição da preventiva pela prisão domiciliar é meramente exemplificativo, visando o legislador, com este elenco, evidenciar que o cumprimento da prisão preventiva em domicílio é permitido para casos excepcionais, mediante ordem judicial. O juiz poderá assim determinar a prisão domiciliar em outras situações análogas toda vez que se revelar mais adequada (art. 282, CPP), a partir dos casos do art. 318, que servirão como vetores interpretativos, sempre por decisão fundamentada (art. 93, IX, CF/1988). (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 957).

Na execução penal da pena privativa de liberdade em regime aberto, quando inexistente no local a Casa do Albergado ou estabelecimento penal similar, ou quando o este estiver sem vaga disponível, a jurisprudência autorizou uma interpretação

extensiva ao art. 117, da LEP, para autorizar nessas hipóteses o cumprimento da pena em regime domiciliar (BRASIL, 2014). Ampliou-se, com isso, o alcance daquela norma, de forma que as hipóteses nela previstas se mostrassem meramente exemplificativas.

Ao se adotar semelhante raciocínio para a prisão preventiva, se inexistir no local estabelecimento prisional para custódia cautelar de presos, ou se tais estabelecimentos estiverem com lotação esgotada, o indiciado ou acusado teria o direito de cumprir em seu domicílio a prisão cautelar. Essa situação não se mostra razoável, mormente porque quando há necessidade de imposição do ergástulo preventivo é porque nenhuma das outras medidas se mostrou suficiente para conter o risco social daquela pessoa.

Por tal razão, coadunamo-nos com a impossibilidade de ampliação do rol de hipóteses de prisão domiciliar do art. 318, do CPP. Pensamos que a melhor solução teria sido o enquadramento legal da prisão domiciliar como uma medida cautelar autônoma, juntamente com as demais do art. 319, do CPP, e não como uma forma de cumprimento da prisão preventiva. Assim, diante da situação concreta, a prisão domiciliar poderia ser aplicada como medida alternativa à prisão preventiva, afastando a sua incidência, por se menos gravosa, e evitando os debates acima explicitados. Essa, porém, não foi a natureza jurídica eleita pelo legislador para a prisão domiciliar.

No entanto, acaso se entenda que o rol de medidas cautelares é meramente exemplificativo, poder-se-á utilizar a prisão domiciliar como medida oriunda do poder geral de cautela do juiz, e, com isso, aplicá-la como condição alternativa à prisão preventiva.

### 3.11 Medidas protetivas de urgência

A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, vulgarmente denominada de Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e, dentre suas disposições, criou as chamadas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, *in verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006, n. p.).

A Lei Maria da Penha tem um caráter híbrido, ou seja, é aplicável tanto para processos de natureza cível, quanto processos de natureza penal. Não se trata de uma lei de caráter penal, processual penal ou processual cível, ao contrário, reúne a um só tempo todas essas características e pode ser aplicada pelo juízo cível ou criminal, em processos de suas competências.

Com efeito, uma medida protetiva de urgência pode ser requerida dentro de uma ação de família, por exemplo, a qual possui natureza cível, e desse modo consistirá numa medida cautelar dessa natureza. Por outro lado, se requerida pela ofendida, pela autoridade policial ou pelo Membro do Ministério Público no âmbito de uma investigação penal ou de um processo penal – pelo cometimento de uma infração contra a mulher, no ambiente doméstico e familiar –, a medida protetiva de urgência assumirá o caráter de medida cautelar de natureza penal, o que a reveste com as características da cautelares penais de natureza pessoal, exigindo, também, para sua aplicação os pressupostos essenciais daquelas medidas.

Apesar de a Lei nº 11.340/2006 não mencionar de forma explícita a natureza cautelar das medidas protetivas, porém o tratamento por ela conferido faz presumir

se tratarem de cautelares, seja pelo momento procedimental de sua aplicação, seja pelos legitimados a postulá-las, seja pela possibilidade de sua substituição a todo tempo (demonstrando o caráter instrumental que possuem), seja pelo disciplinamento conferido à prisão preventiva no mesmo capítulo da lei. Senão vejamos:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006, n. p.).

O STJ reconheceu em sua jurisprudência o caráter cautelar das medidas protetivas de urgência, de modo que estão submetidas aos mesmos critérios norteadores gerais. Nesse sentido:

As medidas de urgência, protetivas da mulher, do patrimônio e da relação familiar, somente podem ser entendidas por seu caráter de cautelaridade – vigentes de imediato, mas apenas enquanto necessárias ao processo e a seus fins. Se não há prazo legal para a propositura da ação, normalmente criminal, pela competência ordinária para o processo da violência doméstica, tampouco se pode admitir eterna restrição de direitos por medida temporária e de urgência. (BRASIL, 2019a, n. p.).

...

Dentre as medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, evidenciar-se que as constantes dos incisos I, II e III têm a natureza eminentemente penal, visto que objetivam, de um lado, conferir proteção à vida e à integridade física e psicológica da vítima e, de outro, impõem relevantes restrições à liberdade e ao direito de locomoção do agressor, bens jurídicos esses mercedores da maior proteção do direito penal. Ademais, as medidas protetivas possuem natureza apenas cautelar, restringindo-se a a sua aplicação a casos de urgência, de forma preventiva e provisória. [...]. A imposição das restrições de liberdade ao recorrente, por medida de caráter cautelar, de modo indefinido e desatrelado de inquérito policial ou processo penal em andamento, significa, na prática, infligir-lhe verdadeira pena sem o devido processo legal, resultando em constrangimento ilegal. (BRASIL, 2018b, n. p.).

A Lei Maria da Penha se cinge a abranger os casos de vítimas mulheres, logo, num primeiro momento, a aplicação das medidas protetivas de urgência estariam circunscritas a tais hipóteses. Porém, ao adotar a compreensão de que as medidas protetivas de urgência são cautelares penais, e ao se adotar o entendimento de que as medidas cautelares constam de rol meramente exemplificativo no CPP, sendo que outras podem ser criadas a partir do poder geral de cautela do juiz, é possível aplicar as medidas protetivas a crimes de outras naturezas, bem como a crimes de violência doméstica que possuam homens como vítimas ou a casais homossexuais.

Do mesmo modo, é possível a cumulação das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006 com as medidas cautelares do art. 319, do CPP.

Recentemente, houve a edição da Lei Federal nº 13.827, de 14 de maio de 2019, que alterou a Lei Maria da Penha, nela acrescentando o art. 12-C, que trata da medida protetiva de urgência de afastamento do lar do agressor, bem como autorizou que tal medida possa ser concedida pelo delegado de polícia (autoridade policial) ou policiais, quando o local não for sede de comarca (BRASIL, 2019b). A nova disposição foi questionada perante o STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6138, sob o argumento de que retirou o carácter jurisdicional próprio das medidas cautelares ao autorizar uma autoridade administrativa aplicar uma medida de natureza judicial. Até o momento não há decisão sobre o tema.

### **3.12 Prisão em flagrante e liberdade provisória**

A CF/1988, em seu art. 5º, inc. LXI, prevê que “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”. Assim, além de decisão judicial, somente a prisão em flagrante está autorizada pela CF/1988, consistindo em direito fundamental a proibição de outras modalidades de prisão.

A prisão em flagrante delito está disciplinada nos arts. 301 a 310, do CPP. O Código não traz o conceito legal dessa prisão, limitando-se a descrever quais as situações que caracterizam o flagrante delito (art. 302), e quais as pessoas estão autorizadas a efetuar a prisão (art. 301). Coube à doutrina a sua conceituação:

Flagrante é o delito que ainda 'queima', ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 905).

Neste trabalho, a prisão em flagrante foi elencada como espécie de medida cautelar, de modo a se presumir que possua essa natureza jurídica. Convém, entretanto, consignar, que existe divergência sobre a natureza da prisão em flagrante.

Uma parcela da doutrina entende que a prisão em flagrante não mantém natureza jurisdicional de medida cautelar, consistindo em um ato administrativo, pois praticado fora do âmbito do Poder Judiciário. Outra significativa parcela doutrinária, por sua vez, entende que a prisão em flagrante, assim como a prisão cautelar, são espécies de medidas de natureza cautelar (logo, são atos praticados dentro de um processo, mantendo natureza processual). Uma última corrente defende o caráter híbrido da prisão em flagrante, por se tratar de um ato complexo, mantendo num primeiro momento a natureza administrativa e, posteriormente, a natureza processual (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Esta última corrente leva em conta os momentos procedimentais da prisão em flagrante, pois inicialmente são praticados atos extraprocessuais (em Delegacia de Polícia, presididos perante a autoridade policial), mantendo, por isso, natureza administrativa, e, após a remessa do procedimento ao Poder Judiciário, assumirá a natureza de processo, onde figuraria como medida cautelar.

Em nosso entender, a melhor compreensão do tema leva em conta a distinção entre o procedimento de prisão em flagrante (ou auto de prisão em flagrante) e a prisão em flagrante em si. O procedimento de prisão em flagrante, num primeiro momento, enquanto conjunto de atos praticados perante a autoridade policial (extrajudicialmente), assume o caráter administrativo, porque realizado por uma autoridade administrativa (Delegado de Polícia) e num órgão da Administração Pública (Delegacia de Polícia). Posteriormente, quando encaminhado ao Poder

Judiciário, para verificação da legalidade da prisão (ou seja, para fiscalizar se os requisitos legais, formais e materiais da prisão foram observados) e eventual aplicação de uma medida cautelar (entre elas a prisão preventiva) ou concessão de liberdade provisória, o procedimento assumirá a natureza de processo judicial, visto que nele serão praticados atos judiciais (decisão), por uma autoridade judicial (magistrado). Já a prisão em flagrante em si, ou seja, a prisão de quem está cometendo uma infração penal, possui a natureza pré-cautelar, isto porque ela apenas faz cessar a infração e coloca o seu autor sob custódia do Estado, para então, posteriormente, ser aplicada uma medida cautelar, a qual poderá ser, inclusive, uma prisão preventiva. Assim, a partir da prisão em flagrante poderá decorrer uma medida cautelar, por isso, consiste em medida prévia à imposição de uma cautelar (pré-cautelar).

Corroborando esse entendimento, calha a citação:

Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter precautelar da prisão em flagrante. [...] não é uma medida cautelar pessoal, mas sim precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 50).

Essa distinção ficará melhor compreendida quando se analisar o desdobramento cronológico dos atos que compõem o procedimento de prisão em flagrante (auto de prisão), seja na fase inicial administrativa, seja na fase judicial subsequente, a qual passamos a expor.

O procedimento da prisão em flagrante se desdobra em três momentos distintos na fase administrativa: (I) captura, quando a pessoa é detido em alguma das situações de flagrância prevista no art. 302, do CPP; (II) lavratura do auto, quando após a detenção a pessoa é apresentada à autoridade policial, que verificará a ocorrência dos requisitos legais para a prisão e lavrará o auto de prisão em flagrante (com os requisitos do art. 304, do CPP), e; (III) custódia, com o recolhimento do capturado ao cárcere.

As situações ou hipóteses de flagrância estão previstas no art. 302, do CPP, e dão origem ao que se convencionou chamar de classificação ou modalidades de flagrantes delitos, senão vejamos:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 2011a, n. p.).

O flagrante denominado de próprio, real ou perfeito é aquele no qual o agente é surpreendido enquanto comete a infração penal (inc. I) ou acabou de cometê-la (inc. II); já o flagrante impróprio, imperfeito ou quase-flagrante decorre de uma presunção na qual o agente é perseguido logo após o cometimento da infração e é encontrado em situação que se faça presumir ser o seu autor (inc. III); por fim, o flagrante ficto ou presumido consiste no encontro do agente, logo depois da ocorrência da infração, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do fato criminoso (BONFIM, 2011, p. 68- 69).

Em razão do seu objetivo de fazer cessar a ocorrência de um crime, qualquer pessoa do povo está autorizada a prender quem esteja em uma dessas situações de flagrante delito, assim como as autoridades policiais e seus agentes. Porém a população em geral tem faculdade de fazê-lo, não estando obrigada quando se deparar com uma situação flagrancial, já as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de prender quem se encontrar naquela situação (art. 301, do CPP).

Com a captura, o autor do fato deve ser levado à autoridade policial (Delegado de Polícia) que é a responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante, o qual deve conter os requisitos do art. 304, do CPP, a saber:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal o auto.

§1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§3º Quando o acusado se recusar a assinar, não soube ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

§4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (BRASIL, 2011a, n. p.).

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, e recolhimento do capturado ao cárcere, a autoridade policial (Delegado de Polícia) responsável deverá encaminhar o procedimento, em até 24 (vinte e quatro horas) após a prisão, para o juiz competente (art. 306, §1º, CPP). Deverá, também, comunicar o membro do Ministério Público e a Defensoria Pública acerca da prisão (art. 306, *caput*, CPP), assim como a família do preso ou pessoa por ele indicada.

Como já visto no item sobre a fiança, há crimes que são afiançáveis e que podem ser fixadas diretamente pela autoridade policial. Nessa hipótese, a fiança servirá como contracautela e o capturado se livrará solto, sem necessidade de se recolher ao cárcere, sendo o auto encaminhado a juízo para verificação da legalidade da providência tomada pela autoridade policial. Se a autoridade policial verificar não se tratava de infração penal, o capturado também será colocado em liberdade (livrar-se-á solto).

O juiz, então, ao receber o procedimento elaborado pelo Delegado de Polícia, deverá analisar a legalidade da prisão, momento em que homologará o auto de prisão (por decisão), ou, se verificar que a prisão não observou os seus requisitos legais, deverá relaxá-la, determinando que o capturado seja imediatamente colocado em liberdade (art. 310, inc. I, CPP). Se, no entanto, a prisão estiver adequada (pela presença dos requisitos legais), e o magistrado a homologar, na mesma decisão deverá adotar alguma das três outras providências previstas nos incisos II, III e parágrafo único do artigo 310, a saber:

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

I – relaxar a prisão ilegal; ou

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

III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (BRASIL, 2011a, n. p.)

Antigamente, especialmente antes da reforma operada pela Lei nº 12.403/2011, a jurisprudência entendia que ao receber o auto de prisão em flagrante, o magistrado não estava obrigado a fundamentar a manutenção da prisão cautelar do capturado, apenas deveria fundamentar se decidisse pelo relaxamento da prisão. Assim, naquele tempo, acaso a prisão em flagrante estivesse regular, a manutenção da prisão em caráter cautelar era uma decorrência padrão, de modo que a exceção era o relaxamento da prisão, que deveria ser fundamentada. O Superior Tribunal de Justiça assim decidia:

A praxe judiciária de homologação, pelo juiz, do auto de prisão em flagrante, consubstancia mero exame das formalidades legais e tem por consequência prevenir a jurisdição, não se exigindo seja tal despacho fundamentado, salvo se for para ordenar o seu relaxamento. (BRASIL, 1997, n. p.).

Com o advento da CF/1988, notadamente das garantias fundamentais previstas no artigo 5º, incisos LXV e LXVI – “[...] a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária [...]” (BRASIL, 1988, n. p.) e “[...] ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança [...]” (BRASIL, 1988, n. p.), passou-se, paulatinamente, a entender que o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante deveria não apenas se manifestar sobre legalidade da prisão em flagrante, mas também sobre a necessidade de manutenção da prisão do agente, se presentes os pressupostos da prisão preventiva. Nesse sentido, mostra-se pertinente a lição do processualista Afrânio Silva Jardim:

Não padece de dúvidas de que isto importou na consagração legislativa da natureza cautelar da prisão em flagrante. Agora, segundo cremos, a prisão em flagrante somente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do artigo 312, sem o que sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte, arbitrária e ilegal. (JARDIM, 2000, p. 252).

Ainda assim, a prática vigente era de que o magistrado apenas verificava a legalidade da prisão, isto porque a regra legal em vigor não exigia que o magistrado analisasse de ofício a necessidade da manutenção da prisão ou possibilidade de concessão de liberdade provisória. Na prática, após a homologação do flagrante, aguarda-se a formulação de um requerimento autônomo para concessão de liberdade, por advogado do preso, para só então se decidir sobre o tema, caso contrário, permaneceria encarcerado. A prática destoava do mandamento

constitucional de excepcionalidade da prisão cautelar, que acabava se tornando regra. A situação poderia ser agravada quando o preso era pessoa hipossuficiente e não mantivesse condições de contratar um advogado para formular o seu requerimento para concessão de liberdade provisória.

Mostrava-se necessária, portanto, uma atualização da legislação, a fim de modificar essa prática, e tornar obrigatória a exigência que na mesma decisão em que se verifica a legalidade da prisão em flagrante se deve analisar a necessidade de manutenção da prisão cautelar (prisão preventiva) ou a possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem condições. Com esse escopo foi editada a Lei nº 12.403/2011 que alterou o art. 310, do CPP, para tornar uma obrigação a necessidade de manifestação do magistrado quanto à necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, e foi mais além, ao positivizar as medidas cautelares de natureza pessoal e torná-las preferenciais à decretação da prisão preventiva (que apenas será aplicada em "*ultima ratio*", quando as demais medidas se tornarem insuficientes ou inadequadas). Tornou obrigatória, também, a imediata análise da possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (contracautela), sem necessidade de se aguardar previamente por um requerimento do preso para esse fim.

Com efeito, tal qual previsto no CPP, após a captura do autor da infração a autoridade policial tem o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para concluir o auto de prisão em flagrante e o encaminhar ao Poder Judiciário. Então, o magistrado responsável deverá adotar alguma das hipóteses do art. 310, do CPP, no entanto, este dispositivo não previu, de modo expresso, qual o prazo que a autoridade judicial dispõe para tanto. Por conta de tal silêncio, costuma-se utilizar por analogia o prazo constante do art. 322, parágrafo único, do CPP, que estabelece o prazo de 48 (quarenta e oito) horas ao juiz para analisar o pedido de fiança feito pelo preso, na hipótese de a fiança não ter sido arbitrada pela autoridade policial. Nesse sentido, comunga parte da doutrina:

Ora, se a lei estabelece que o juiz dispõe de 48 (quarenta e oito) horas para a concessão da fiança, a qual é elencada como uma das cautelares do art. 319, parece ser este o prazo tido como razoável para os demais pronunciamentos em relação ao flagrante. (LIMA, 2013, p. 897).

Com efeito, a se considerar tal prazo para o magistrado analisar a validade e consequências da prisão em flagrante, estar-se-á a concluir pela existência de um

prazo global de 72 (setenta e duas) horas desde o momento da captura até a decisão que a relaxará (por invalidade), concederá liberdade provisória, ou aplicará alguma das medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva.

Como já dito, inicialmente, verificar-se-á se o auto de prisão em flagrante observou os requisitos formais, quais sejam, se narrou uma infração penal, se o agente se encontrava em uma das situações do art. 302, do CPP, e se os demais procedimentos do CPP e CF/1988 foram observados. Caso não tenham sido observados, a prisão deve ser relaxada. Acaso o auto esteja formalmente perfeito, o magistrado deverá analisar se estão presentes os requisitos para a aplicação de medidas cautelares (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*). Em caso positivo, deverá verificar qual a medida ou medidas cumuladas são suficientes para atingir o escopo das cautelares, optando-se primeiramente pelas menos danosas à pessoa do preso, e realizando um juízo de ponderação e proporcionalidade. Apenas em último caso, se nenhuma das medidas for suficiente para assegurar a eficácia do processo, o juiz decretará a prisão preventiva do preso, que é a cautelar mais danosa, por representar a privação completa da sua liberdade.

Acaso a medida a ser aplicada seja a prisão preventiva, a decisão, após homologar o auto, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva. Por outro lado, caso não se mostre imperiosa a decretação da medida extrema, após a homologação, deverá constar da decisão que o preso será colocado em liberdade mediante a aplicação da cautelar, ou cautelares, que o magistrado reputar adequada ao caso, no modo, prazo e forma que fixar. Caso nenhuma cautelar se mostre necessária, o preso deverá ser colocado em liberdade.

Importante destacar que antes da decretação de medida cautelar, dentre elas a de prisão preventiva, deve existir uma manifestação do membro do Ministério Público contendo requerimento nesse sentido, ou representação da autoridade policial, isto porque, os arts. 282, §2º, e 311, do CPP, dispõem que no curso da investigação policial apenas serão decretadas tais medidas se houver a provocação por algum daqueles legitimados. O magistrado, de acordo com os mesmos dispositivos, apenas está autorizado a decretar as medidas cautelares de ofício no curso do processo penal (ou seja, quando já iniciada a ação penal), antes dessa fase apenas se houver requerimento de algum desses legitimados. Por essa razão, o art. 306, *caput*, do CPP, exigiu como requisito do auto de prisão em flagrante que a autoridade policial comunique imediatamente o Ministério Público acerca da

prisão, a fim de que tome ciência e adote a providência que entender pertinente ao caso.

Ainda, ao invés da decretação da prisão preventiva, é possível que seja decretada a prisão temporária do preso em flagrante, desde que estejam presentes os seus requisitos próprios (constantes da Lei nº 7.960/89), e também por se tratar de uma medida cautelar de natureza pessoal menos danosa que a prisão preventiva. Em corroboração a essa possibilidade, calha a seguinte citação:

Superada essa análise, é oportuno destacar que, apesar de o art. 310, inciso II, do CPP, fazer menção apenas à conversão da prisão em flagrante em preventiva, parece-nos ser plenamente possível a conversão em prisão temporária (Lei nº 7.960/89), desde que haja requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial nesse sentido. Com efeito, se o art. 310, II, do CPP, autoriza a conversão do flagrante em preventiva, não há razão lógica para não se autorizar, por meio da analogia, a mesma conversão para a temporária. Afinal, onde impera a mesma razão, impera o mesmo direito. (LIMA, 2013, pág. 895).

A última possibilidade trazida pelo dispositivo legal menciona a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Por evidente, como já explicitado, se não houver a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar, o preso simplesmente livrar-se-á solto, ao contrário, poderá ser solto com a aplicação de alguma medida cautelar. Por essa razão, entendemos que a disposição contida no inc. III do art. 310, do CPP, é redundante, e não haveria necessidade de existir, pois o que nela está contido já está previsto no inciso anterior.

Se a intenção do legislador fosse a de reforçar que a consequência da desnecessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva fosse a colocação em liberdade do indivíduo, a melhor redação para a disposição seria “conceder liberdade, com ou sem medidas cautelares”, pois teria deixado claro que a liberdade é a consequência lógica da não prisão, e que ela estaria condicionada ao cumprimento de medidas cautelares, entre elas a de fiança (já que a fiança foi elencada no art. 319, do CPP, como uma medida cautelar).

No entanto, a redação atual pode ocasionar uma confusão para o aplicador do direito. Como já visto, no sistema anterior, a prisão em flagrante, desde que não fosse invalidada (relaxada), ensejaria a automática manutenção da prisão em caráter cautelar, a qual poderia ser substituída por uma garantia oferecida pelo preso, qual seja, a fiança, que funcionava como uma contracautela. Com efeito, a

redação do dispositivo legal – conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança – pode dar ao intérprete o equivocado entendimento de que, em sendo o caso de aplicação de prisão preventiva – ou seja, conversão da prisão em flagrante em preventiva, conforme inciso II – esta prisão poderá ser substituída desde que garantido o juízo pela contracautela de fiança, tal qual vigorava no sistema anterior. Entendemos, porém, que não foi essa a intenção do legislador, mormente porque, com a nova sistemática, a prisão apenas será decretada em último caso, excepcionalmente, existindo para ela uma série de medidas menos gravosas.

Por essa razão, entendemos o inciso III não deveria ter constado do artigo 310, sendo sua existência prescindível, para evitar equivocada interpretação. Ou, caso a intenção do legislador fosse a de reforçar a ideia contida no inciso II, a melhor redação do dispositivo seria “[...] conceder liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares [...]” (BRASIL, 2011a, n; p.).

Há casos em que o preso deverá se livrar solto, independente da aplicação de qualquer medida cautelar. Esses casos dizem respeito à natureza da infração ou às circunstâncias em que foram cometidas. A lei diz se tratar de hipótese de concessão de liberdade provisória sem fiança.

O primeiro deles diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo, que são as contravenções penais ou crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos (art. 61, da Lei nº 9.099/1995). Nesses casos, o procedimento a ser seguido é o dos Juizados Especiais Criminais (JEC), previsto na Lei nº 9.099/1995, e que traz institutos penais e processuais desencarceradores, tais como a composição civil e a transação penal (BRASIL, 1995). Logo, pela baixa potencialidade lesiva dessas infrações, e pelas consequências processuais diferenciadas, quando capturado praticando uma dessas infrações, a autoridade policial lavrará um termo circunstanciado de ocorrência, no qual a pessoa se compromete a comparecer em juízo para uma audiência preliminar de composição civil ou transação penal. Não cabe prisão preventiva nesses casos, e após assinar o compromisso de comparecer em juízo, a pessoa necessariamente será colocada em liberdade.

O outro caso é aquele previsto no art. 310, parágrafo único, do CPP, no qual se verifique que o preso cometeu a infração em uma das hipóteses de excludente de ilicitude – previstas no art. 23, do CP, a saber: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito –, hipótese

na qual será colocado em liberdade, com a obrigação de comparecimento aos atos processuais.

Por fim, cumpre registrar que a prisão em flagrante, além de ocasionar a obrigação da lavratura do auto para a autoridade policial, representa, também, o início da atividade de investigação, pois a partir da notícia do crime o Delegado instaurará o procedimento de investigação (inquérito policial), o qual tem como objetivo encontrar os elementos de prova sobre a materialidade do crime e sua autoria, que servirão, posteriormente, como substrato ao Ministério Público para ingressar com a ação penal em juízo (persecução penal). Nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, será instaurado o termo circunstanciado de ocorrência (art. 69, da Lei nº 9.099/95), ao invés de inquérito policial. Frisa-se que o prazo de conclusão das investigações será o de 30 (trinta) dias, salvo se o investigado se encontrar preso cautelarmente, hipótese em que o inquérito deverá ser concluído em 10 (dez) dias, conforme previsto no art. 10, do CPP (BRASIL, 1941b).

### **3.13 Prisão temporária**

A prisão temporária é uma medida cautelar instituída pela Lei nº 7.960/1989, com o objetivo de assegurar a eficácia da investigação criminal em alguns crimes grandes elencados na lei, de modo a evitar uma possível interferência do investigado na atividade da polícia de investigação (BRASIL, 1989).

Logo, a sua decretação apenas pode ocorrer durante a fase do inquérito policial, inexistindo possibilidade de decretação no curso da fase judicial.

A Lei nº 7.960/1989 traz as estritas hipóteses nas quais pode ser decretada, sendo que o aspecto que a difere da prisão preventiva é o prazo de duração. Enquanto a preventiva perdurará enquanto os seus motivos ensejadores subsistirem, a prisão temporária tem um prazo fixo de cinco dias, o qual poderá ser prorrogado por mais cinco dias, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, da Lei) (BRASIL, 1989). No caso de crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/1990) o prazo da temporária será de até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) (BRASIL, 1990). Esses são os prazos máximos, nada impede que seja decretada por período menor.

A Lei nº 12.403/2011 não interferiu diretamente na prisão temporária, pois não operou modificações na sua lei instituidora, no entanto, ao trazer os requisitos gerais de aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal no art. 282, do CPP, especialmente a necessidade e adequação, pensamos que a prisão temporária apenas poderá ser aplicada em situações extremas e excepcionais, e quando as demais medidas cautelares menos gravosas não forem suficientes para atenderem as finalidades para a garantia da investigação criminal.

Assim, além dos requisitos específicos da lei instituidora, cremos que para a decretação da prisão temporária há necessidade de observância também dos requisitos gerais de aplicação das cautelares, e formulação de um juízo de proporcionalidade pelo magistrado, que deverá sempre privilegiar a aplicação de medidas menos danosas no caso concreto, do que a imposição da cautelar de privação de liberdade (ainda que a temporária tenha um prazo predefinido de duração).

Em relação aos requisitos específicos de aplicação, o art. 1º, da Lei nº 7.960/1989, dispõe que caberá a prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes [...] (BRASIL, 1989, n. p.).

Assim, para o decreto da prisão temporária é imprescindível que se esteja a investigar algum dos crimes elencados no inciso III, e que a prisão se mostre imprescindível para as investigações ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos de sua identidade. Os incisos I e II representariam o perigo da demora, enquanto a prova da materialidade se refere a um dos crimes do inciso III (BRASIL, 1989).

No entanto, no que tange aos requisitos gerais das cautelares, e pela especificidade própria da prisão temporária, cujo objetivo é a plena viabilização da investigação policial, entendemos que não há necessidade da prova da materialidade do delito, mesmo porque, pode ser que a prisão tenha como finalidade encontrar a própria prova da materialidade, como, por exemplo, encontrar o corpo da vítima de um crime de homicídio. Portanto, o que se exige é que se esteja a

investigar um dos crimes elencados na lista, e não que exista prova plena da sua materialidade.

A temporária não pode ser decretada de ofício e depende de prévio requerimento da autoridade policial responsável pela investigação ou do membro do Ministério Público. Naquele caso, antes da decisão, o Promotor de Justiça deverá ser manifestar previamente.

Por fim, destaca-se que os presos temporários deverão permanecer separados dos demais custodiados, sejam estes presos preventivos ou em cumprimento de pena (art. 3º, da Lei) (BRASIL, 1989).

### **3.14 Prisão preventiva**

A prisão preventiva é a medida cautelar de natureza pessoal mais gravosa, por representar uma maior restrição na liberdade de ir e vir da pessoa. Ela está disciplinada nos arts. 311 a 315, do CPP. Com base nas suas características legais, a doutrina a conceituou do seguinte modo:

Prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória, decretada pelo juiz a requerimento de qualquer uma das partes, por representação do delegado de polícia ou de ofício, em qualquer momento da persecução penal, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (LIMA, 2011, p. 82).

Como visto no capítulo anterior, a prisão preventiva, assim como as demais prisões cautelares em geral, coadunam-se com o princípio constitucional da presunção de inocência (não culpabilidade), não estando por ele vedadas. No entanto, deve ser decretada apenas em casos extremos, após juízo de ponderação, proporcionalidade, e quando as outras medidas cautelares não forem suficientes para contenção do risco representado pela liberdade do investigado ou acusado ao processo principal, pois a decretação da prisão cautelar não pode, em hipótese alguma, representar uma antecipação de pena. Nesse caso, quando utilizada de forma indevida, e representar a antecipação da pena, a prisão preventiva estaria a violar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por essa razão, o STF entendeu que

[...] a prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da

“persecutio criminis”, pois inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. (BRASIL, 2007, n. p.).

A reavaliação da necessidade da prisão, para que não configure uma antecipação de pena, decorre da característica da provisoriedade das cautelares, e tem como consequência a revogabilidade, que impõe sua revogação quando não se fizer mais necessária ou puder ser substituída por outra medida menos gravosa. Essas características são demais importantes para a prisão preventiva, isto porque a legislação não definiu seu prazo mínimo e máximo de duração, diferente do estipulado para a prisão temporária, que deve vigorar por um prazo determinado.

Isso não significa dizer, no entanto, que a prisão preventiva pode vigorar por prazo indeterminado, pois isso representaria uma violação ao princípio da presunção de inocência e representaria uma antecipação de pena. A preventiva deve vigorar apenas enquanto se fizer imprescindível e deve ser revogada tão logo se verifique a cessação do motivo que a ensejou. Trata-se do caráter “rebus sic stantibus” da prisão preventiva, que durará enquanto a situação que a motivou subsistir.

Na ausência de um critério legal, a fixação da duração da prisão preventiva dependerá sempre de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade a ser realizado pelos órgãos do Poder Judiciário, que levará em conta as circunstâncias do caso concreto, bem como as circunstâncias pessoais do investigado ou acusado, para definir se o prazo é adequado, ou se estaria a configurar um desvirtuamento do instituto e, conseqüentemente, uma antecipação de pena.

O STF tem entendido que a duração do vigor da prisão preventiva, enquanto atrelado a duração do processo, está vinculada às suas circunstâncias próprias, as quais demonstrarão se o prazo de prisão é ou não apropriado. Nesse sentido:

Habeas Corpus. Processo penal. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico e associação criminosa. Sentença condenatória. **Prisão preventiva. Excesso de prazo.** Constrangimento ilegal não configurado. 1. **A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto.** 2. Ordem de habeas corpus denegada, com cassação da liminar anteriormente deferida. Recomendação de celeridade ao Tribunal de Justiça no julgamento da apelação criminal do paciente. (BRASIL, 2019c, n. p., grifo nosso).

...

Agravo regimental em Habeas Corpus. Roubo. Organização criminosa. Prisão preventiva. Alegado excesso de prazo. Improcedência. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a**

**razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz.** Inexistência de constrangimento ilegal apto a justificar o relaxamento da prisão. 2. Há justificativa plausível e não atribuível ao Judiciário para o alongamento da marcha processual, sobretudo se consideradas as peculiaridades da causa, como a pluralidade de réus (“13 réus, além do paciente, com defensores distintos”), a complexidade dos crimes em apuração e a necessidade de expedição de precatórias, circunstâncias que tornam razoável a dilação do prazo para o término da persecução criminal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2019d, n. p., grifo nosso).

Em face da ausência de prazo próprio de duração dessa modalidade de prisão, houve algumas tentativas de lhe atribuir um caráter objetivo, de modo a fugir da subjetividade de interpretação dos magistrados, a exemplo do Provimento nº 03/2011, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão que recomendou o prazo máximo de 148 dias para duração do processo ordinário em caso de prisão preventiva do acusado, e 75 dias para os processos sob o rito sumário (MARANHÃO, 2011). Porém, trata-se de um ato administrativo, o qual não tem autoridade para regulamentar uma matéria processual, cuja competência é exclusiva do Poder Legislativo da União, conforme art. 22, inc. I, da CF/1988. Apesar de sua inconstitucionalidade, configura-se em uma tentativa de abreviar o tempo dessa prisão sem pena. O adequado é que fossem utilizadas com mais vigor as demais cautelares, reservando-se a prisão preventiva apenas para as situações excepcionais.

Quanto aos requisitos da prisão preventiva, convém a transcrição dos dispositivos pertinentes para posterior análise do seu conteúdo:

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 2011a, n. p.).

Como visto no capítulo inicial, as medidas cautelares penais estão sujeitas aos dois pressupostos essenciais: o *periculum in mora* (perigo na demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). No processo penal, o *periculum in mora* é denominado de *periculum libertatis*, e o *fumus boni iuris* de *fumus commissi delicti*. Esses dois requisitos estão evidenciados no supra citado art. 312, do CPP. O *fumus commissi delicti* está configurado na prova do crime e indícios suficientes de autoria, já o *periculum libertatis* consistem no risco que a liberdade do investigado ou do acusado pode ocasionar à sociedade ou ao futuro do processo, sendo seus fundamentos a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A teoria geral do processo (não penal, portanto), os requisitos para a decretação de medidas cautelares se reuniram na fórmula 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora', isto é, na 'aparência do bom direito' e no 'perigo da demora' da atuação jurisdicional. Aqui, no processo penal, pode-se aceitar a sugestão, dada a proximidade total entre os objetos da cautelaridade. A 'aparência do bom direito' seria traduzida pela 'aparência do crime', a ser apreciada quanto ao fato e respectiva classificação jurídica, enquanto o 'perigo da demora', como intuitivo, indicaria a situação em que a necessidade da prisão se justificaria como única alternativa para a tutela da efetividade da jurisdição criminal. (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 621).

Deve-se ter em conta que não se trata de um juízo de certeza a ser realizado pelo magistrado, até porque esse juízo só será realizado no momento da prolação da sentença. O que será realizado é um juízo de probabilidade. Também por essa razão que se autoriza a revisão da decisão a qualquer tempo, conforme art. 316, do CPP.

Então, inicialmente, verificar-se-á se no inquérito policial (ou outro procedimento de investigação), se no auto de prisão em flagrante, ou se no processo em curso em juízo (persecução penal), existe a presença de indícios cabais do resultado danoso, a qual se chama materialidade, e se esse resultado consiste em uma infração penal (delito), assim como, se há indícios suficientes de que o investigado (ou capturado em flagrante ou acusado) é o seu autor. Se essas situações estiverem constando dos elementos procedimentais, então presente

estará o *fumus commissi delicti*. Ao seu lado, alguma situação de risco (*periculum libertatis*) também deverá estar evidenciada.

A primeira forma que o legislador elencou para significar o *periculum libertatis* foi a ordem pública. Trata-se não só do critério mais representativo da prisão preventiva, mas também de seu ponto nevrálgico. Por ordem pública,

[...] deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária de estiverem presentes os demais requisitos legais. (RANGEL, 2010, p. 772).

Trata-se do caso típico de *periculum libertatis*, no qual a liberdade do indiciado ou acusado representa risco à paz e à tranquilidade no meio social, em face da possibilidade de continuar a praticar infrações penais. Deve existir no procedimento a demonstração de que se em liberdade continuará a delinquir e, conseqüentemente, afetará a paz social. No entanto, a expressão ordem pública é aberta e comporta uma diversidade de interpretações, e, por conseguinte, muito debate sobre o seu significado e alcance, a gerar polêmica, mormente por se tratar de uma medida privativa de liberdade.

A principal crítica feita neste ponto diz respeito ao clamor popular que determinado crime possa gerar no meio social e se ele é suficiente para representar o risco à garantia da ordem pública, e como seria mencionado tal clamor. O clamor, no mais das vezes, é gerado pela mídia e pela forma com que divulga ou reporta a ocorrência de determinado crime, gerando na população os mais diversos tipos de reações, criando uma percepção de que a liberdade do investigado ou acusado reportado criaria um risco a paz social, ou mesmo já o condenando antes do devido processo legal. Com isso, uma gama de conceitos e expressões para representar o significado de ordem pública acabaram por ser criados, mas, em verdade, não representam o seu real significado.

Para melhor compreensão, calha a citação:

‘Comoção social’, ‘perigosidade do réu’, ‘crime perverso’, ‘insensibilidade moral’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pela rádio ou televisão’, ‘credibilidade da Justiça’, ‘idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica ‘ordem pública’. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam.

E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a ‘perturbação da ordem pública’, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros ‘sismógrafos’, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de ‘garantir a ordem pública’, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de seu julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 624-625).

Nessa trilha de pensamento existem autores que defendem a inconstitucionalidade da ordem pública como pressuposto para a decretação da prisão preventiva, pois violaria o direito constitucional da presunção de inocência, consistindo em uma verdadeira antecipação de pena. Ensina Aury Lopes Júnior:

O ‘clamor público’, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba confundindo-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião ‘publicada’. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas operações com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de ‘marketing’ policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um ‘clamor social’ diante dos fatos [...]. Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. [...]. É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de preservação, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 117-118).

Ao lado da utilização do clamor público para a decretação da prisão preventiva, outra crítica veemente que se faz é o da sua utilização em face do risco de reiteração de delitos pelo agente. Igualmente, Aury Lopes Júnior argumenta:

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está-se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia de Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência ou bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 122).

O posicionamento que prevalece, em que pese o relevante argumento lançado por quem defende a inconstitucionalidade da medida, é o de que a prisão preventiva pode ser decretada com base na garantia da ordem pública, para resguardar a sociedade da reiteração infracional praticada por indivíduos perigosos. O juízo de periculosidade deve ser realizado com base em dados concretos que constam do procedimento. Assim, não basta que o crime praticado abstratamente considerado grave (como um homicídio, ou um roubo), é necessário que as circunstâncias concretas do caso revelem que aquele agente é perigoso e possa praticar novos crimes. A jurisprudência do STF verte para esse sentido. Alguns arestos que representam o entendimento da Corte Constitucional:

I- A prisão cautelar foi decretada para garantia da ordem pública, ante a gravidade dos fatos narrados nos autos e o modus operandi mediante o qual foram praticados os delitos. II- A decisão do Superior Tribunal de Justiça alinha-se à jurisprudência deste Supremo Tribunal, firmada no sentido de que a periculosidade do agente, revelada pelo modo como o crime foi praticado, demonstra a necessidade de se acautelar do meio social e constitui fundamento idôneo para a prisão preventiva. III- Presentes nos autos elementos concretos a recomendar a manutenção da prisão processual, não se revela adequado fixar outras cautelares alternativas estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Pena. [...] (BRASIL, 2019e, n. p.).

De modo geral, a ordem pública então poderá envolver os seguintes quesitos: (I) gravidade concreta do crime, (II) repercussão social, (III) maneira destacada da execução, (IV) condições pessoais negativas do autor do fato, (V) envolvimento com associação ou organização criminosa. A repercussão social não se confunde com o clamor gerado pela divulgação do fato na mídia, mas sim aqueles fatos que possam gerar insegurança no meio social no qual estão inseridos. (NUCCI, 2017).

A ordem econômica nada mais é do que uma nuance da ordem pública – se considerada como um gênero -, e visa a evitar que o investigado ou acusado, se em liberdade, possam praticar as infrações penais que atentem contra a ordem econômica e financeira, e os princípios constitucionais do livre exercício da atividade econômica e a livre concorrência, inerentes à ordem econômica brasileira.

O fundamento de conveniência da instrução criminal tem como objetivo impedir que o agente impeça ou crie óbice para a produção de provas no decorrer do processo, como apagar os vestígios de um crime, ameaçar testemunhas, eliminar documentos etc. Ao permanecer solto representará o acusado um risco à obtenção

da verdade real no processo. Em que pese a utilização da expressão “conveniência”, o que deve ser realizado é um juízo de necessidade e imprescindibilidade, mesmo porque a mera conveniência pode ser obtida com a imposição de outras medidas cautelares menos gravosas.

A garantia de aplicação da lei penal visa a evitar que o investigado ou acusado empreenda fuga, de forma da evitar a futura execução da pena. Devem existir fatos concretos que corroborem a probabilidade de fuga. Ademais, a prisão nesse caso também se tornou medida subsidiária, uma vez que outras opções de cautelares menos gravosas podem servir ao mesmo propósito e com menor danosidade.

Por fim, como já visto, o descumprimento injustificado de medidas cautelares de natureza pessoal, bem como de qualquer medida protetiva de urgência, pode ensejar o decreto da prisão preventiva, pois aquelas não se mostraram suficientes para a contenção do risco representado pela liberdade do acusado. A previsão legal consta do art. 282, §4º, do CPP, repetida no artigo 312, parágrafo único, do mesmo Código. Mostra-se prudente conferir oportunidade de manifestação ao violador para apresentar sua justificativa antes da imposição da prisão cautelar, em respeito ao contraditório.

Por representar uma medida de privação completa da liberdade do indivíduo, a prisão preventiva está reservada apenas para os crimes mais graves, assim considerados os sancionados com penas privativas de liberdade superior a 4 (quatro) anos, e aos agentes reincidentes (já condenados definitivamente por outro crime doloso), ou em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (art. 313, do CPP).

## 4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

### 4.1 Escopos para sua introdução no sistema jurídico brasileiro

Como visto no capítulo anterior, após a captura de alguém que esteja cometendo infração em flagrante por uma das pessoas legitimadas e a sua apresentação à autoridade policial (Delegado de Polícia Civil ou Federal), o CPP estabelece a lavratura do auto de prisão em flagrante por tal autoridade, consoante a forma e os requisitos contidos no seu art. 304 e seguintes. A exceção, como também visto, ocorre para os crimes de menor potencial ofensivo, para os quais serão lavrados um termo circunstanciado de ocorrência (TCO), cujos requisitos constam da Lei nº 9.099/1995.

A lavratura do auto, ou lavratura do procedimento de prisão em flagrante, pela autoridade competente é um ato conhecido popularmente como “formalização da prisão em flagrante”. Trata-se de um ato imprescindível, necessário para a verificação da legalidade da prisão.

Com efeito, após a captura de quem esteja praticando infração em situação de flagrância,

[...] deve-se apresentar o preso à autoridade competente (como regra, o delegado da área onde ocorreu o crime), que ouvirá os envolvidos: o condutor (pessoa que deu voz de prisão ao autor), as testemunhas do fato ou, no mínimo, da apresentação do preso à autoridade, bem como o acusado, que possui, por óbvio, o direito ao silêncio, ou seja, presta declarações se quiser. (NUCCI, 2017, p. 70).

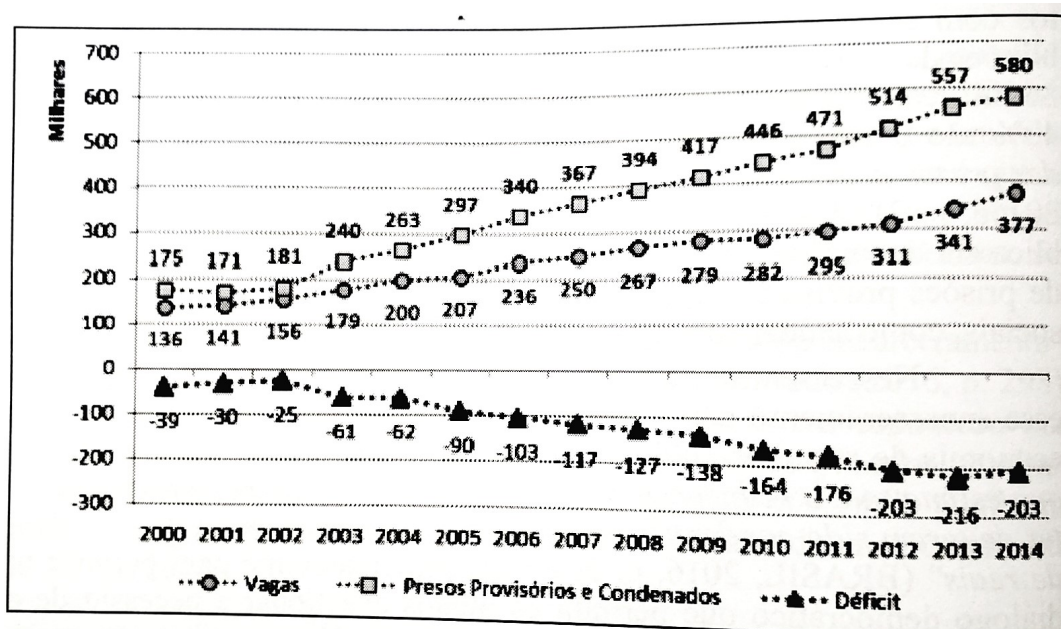
Ainda, a formalização do auto de prisão em flagrante se mostra obrigatória, pois, “[...] permite aferir a abordagem jurídica dos fatos levadas a efeito pela autoridade que o formalizou com base nas declarações colhidas, a possibilita a responsabilização do condutor por eventuais excessos cometidos.” (MELO, 2016, p. 103).

Após a formalização, o auto de prisão é encaminhado ao Poder Judiciário, oportunidade em que o magistrado deverá adotar alguma das soluções previstas no art. 310, do CPP (com redação conferida pela Lei n 12.403/2011). Via de regra, o magistrado adotava a solução por decisão, após prévia manifestação do membro do Ministério Público.

Ocorre que, mesmo com a adoção do novo procedimento previsto em lei, verificou-se que os magistrados acabam por converter as prisões em flagrante em

prisões preventivas, de forma a manter o índice de encarceramento provisório no Brasil muito alto, conforme se vê na Figura 1.

**Figura 1 – Crescimento de Presos Provisórios no Brasil**



Fonte: Zackseski, Machado e Azevedo (2016, p. 316).

No Brasil, há muitos anos já se buscava algum modo de se evitar o encarceramento (definitivo ou provisório), mormente porque os estabelecimentos penais no país estavam superlotados, não comportando mais presos novos. Procurava-se, também, evitar o ingresso de pessoas no sistema penitenciário, também porque nos estabelecimentos penais brasileiros estavam ocupados por facções criminosas, e aqueles que recém ingressavam no sistema acabam sendo aliciados compulsoriamente a aderir a alguma facção criminosa (e, conseqüentemente, ao crime organizado), sob pena de represálias de toda ordem, inclusive física e contra suas famílias. Pessoas que nunca tiveram contato com o sistema penal e penitenciário, muitas vezes sem antecedentes penais, acabam sendo obrigadas a ingressar em alguma facção criminosa (ainda que contra as suas vontades), e a cumprir a vontade dos seus chefes.

Um grande exemplo de medida instituída para evitar o encarceramento, e também para retirar das prisões quem já não deveria lá permanecer, foi o Mutirão

Carcerário instituído no âmbito do CNJ<sup>7</sup> no ano de 2008 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008). Para cumprir o seu escopo, o Mutirão reuniu em todos os Estados da Federação uma equipe de juízes para analisar a situação processual das pessoas presas, sejam por prisão preventiva, sejam por prisão definitiva, para evitar irregularidades e garantir o correto cumprimento da legislação processual e penal. A atuação do Mutirão Carcerário, em suma, divide-se em duas vertentes: (I) garantir o devido processo legal, com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios e, (II) a inspeção nos estabelecimentos prisionais dos Estados.

Os objetivos detalhados do programa estão especificados em portal da internet do CNJ<sup>8</sup>, bem como os relatórios anuais produzidos em cada Estado da Federação. De acordo com o CNJ, cerca de 400.000 processos foram analisados no país desde a instituição do programa, resultando em mais de 80.000 benefícios penais concedidos e a concessão de liberdade a pelo menos 45.000 presos. Como resultado do programa houve a edição de um livro (Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro), o qual descreve a situação degradante dos estabelecimentos penais brasileiros. Apenas para se ter uma pequena noção, calha a citação de excertos do trabalho, para ilustrar o que já mencionado:

Prisões sujas com celas escuras e mal ventiladas compõem o cenário no qual dezenas de milhares de pessoas cumprem pena nos estados da Região Norte. Entre 2010 e 2011, o Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) testemunhou um quadro de insalubridade generalizada nos sistemas carcerários dos estados do Acre, Amazonas, Amapá, Rondônia, Pará e Tocantins. O calor amazônico é sofrimento extra que se impõe aos apenados sujeitos ao clima equatorial do Brasil. A insalubridade atinge o extremo em uma prisão do Acre onde falta água. No Amazonas, seis em cada dez detentos ainda aguardam julgamento, enquanto a média nacional de presos provisórios é de 43%. (MONTENEGRO; BRAGA, 2012, p. 11).

...

As más condições são uma penalidade até para quem ainda não foi condenado. No Piauí e em Alagoas, por exemplo, os presos provisórios correspondem a mais de 60% da população carcerária. A ineficiência do Executivo e do Judiciário transformou as unidades prisionais do Maranhão em campos de guerra, com rebeliões e ocorrência de crimes bárbaros.

7 O CNJ é um órgão do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional (EC) n° 45, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu o art. 103-B, na CF/1998, dispondo sobre sua composição e atribuições (BRASIL, 2004b). O Conselho não é órgão jurisdicional, e tem como competência precípua o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estando autorizado, para tanto, dentre outras funções, a expedir atos regulamentares, recomendar providências, elaborar relatórios estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e elaborar relatório anual, no qual deverá propor providências sobre a situação do Poder Judiciário do país.

8 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mutirao-carcerario/>.

Adjetivos não faltam para classificar os presídios nordestinos. No Rio Grande do Norte, algumas unidades foram comparadas pelo Mutirão a calabouços, onde até respirar é difícil, por causa da falta de ventilação e do mau cheiro. No Ceará, ruína foi o termo escolhido para descrever algumas penitenciárias inspecionadas, enquanto na Bahia, o pátio de uma unidade foi comparada a um campo de concentração. Um cenário árido de desrespeito aos direitos humanos. (MONTENEGRO; BRAGA, 2012, p. 61).

...

Com mais da metade dos presos que cumprem pena no Brasil, o sistema prisional da Região mais rica do País padece das mazelas de localidades menos favorecidas. A lentidão no andamento de processos e o descontrole quanto ao cumprimento das penas no Sudeste resultaram em mais de sete mil pessoas presas ilegalmente e libertadas pelo Mutirão Carcerário do CNJ. A força-tarefa verificou a situação processual de quase 30% da população carcerária brasileira, que está segregada nos presídios da Região, concedendo mais de 18,6 mil benefícios. (MONTENEGRO; BRAGA, 2012, p. 135).

...

No Rio Grande do Sul, as unidades prisionais viraram terreno fértil para a atuação das organizações criminosas. O Estado lida atualmente com o 'monstro' que criou ao permitir que facções dominassem o sistema prisional. Quando cruza a porta de um presídio, o novo detento é forçado a trabalhar para a organização na qual está 'filiado' e, em troca, recebe o que o Estado não fornece, como segurança e complemento alimentar. A insegurança criado dentro da prisão – laboratório do crime – atravessa muros e torna-se pública. (MONTENEGRO; BRAGA, 2012, p. 169).

Para conduzir o programa, bem como para verificar as condições de encarceramento no país, acompanhar o andamento dos processos criminais, das execuções penais e promover ações de reinserção social de presos, a Lei nº 12.106, de 02 de dezembro de 2009, criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF), no âmbito do CNJ. Seus objetivos específicos são os seguintes:

Art. 1º [...] Constituem objetivos do DMF, dentre outros correlatos que poderão ser estabelecidos administrativamente:

I- monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes;

II- planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para aperfeiçoamento de rotinas cartorárias;

III- acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas;

IV- fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário;

V- propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria;

- VI- acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas;
- VII- acompanhar a implementação e funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
- VIII- coordenar a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária no âmbito do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas. (BRASIL, 2009b, n. p.).

No Estado do Maranhão, a Coordenadoria de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário, abreviadamente denominada de Unidade de Monitoramento Carcerário (UMF), foi criada pela Lei Estadual nº 9.551, de 04 de janeiro de 2012, para funcionar no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA), com o objetivo de monitorar e fiscalizar o cumprimento da legislação constitucional, penal e processual penal, leis esparsas, recomendações e resoluções do CNJ, TJMA e Coordenadoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão (CGJMA), em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e internação de adolescentes. Por meio de redes de cooperação interinstitucional visa-se a garantir a dignidade humana da pessoa em cárcere, seja definitivo ou em prisão cautelar. Dentre inúmeros programas desenvolvidos, incumbiu-se de realizar os Mutirões Carcerários no Maranhão, bem como a auxiliar a implementar e acompanhar a realização de audiências de custódia no Estado.

Ainda, dentro do CNJ surgiu uma nova iniciativa com a instituição da audiência de custódia, cuja implementação no Brasil será melhor analisada no tópico seguinte.

#### **4.2 Percurso para a implementação da audiência de custódia no Brasil**

No ordenamento jurídico brasileiro, a audiência de custódia não tem expressa previsão em lei. Logo, inexistente um disciplinamento legal acerca do que consistiria essa audiência, o momento de sua realização, a sua forma e seus participantes.

É certo que, no ano de 2001, paralelamente à tramitação do projeto de lei que culminou na Lei Federal nº 12.403 (que instituiu as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal), tramitou o Projeto de Lei do Senado nº 554 que alterava o CPP para, no seu artigo 306, §1º, prever a audiência de custódia,

consistente na condução do preso à presença do juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão em flagrante delito, ocasião em que avaliará a legalidade da prisão, bem como a necessidade de sua manutenção, ou possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão, assim como verificará a ocorrência de maus tratos ou tortura ao flagranteado (BRASIL, 2011d). Em 2016, o referido projeto foi aprovado no âmbito do Senado, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramitou com a denominação de Projeto de Lei nº 6620/2016, e, ao fim das discussões, deliberou-se por incorporar as alterações ao projeto de novo código de processo penal, ainda em tramitação nas casas do Poder Legislativo brasileiro (BRASIL, 2016c).

Há, ainda, duas propostas de emendas à CF/1988 que pretendem incorporar expressamente ao rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º a apresentação do preso ao juiz competente para análise da legalidade e necessidade da prisão (audiência de custódia). Tratam-se da PEC nº 112/2011 (BRASIL, 2011e) e da PEC nº 89/2015 (BRASIL, 2015b), que ainda se encontram em tramitação legislativa.

A primeira vez que a audiência de custódia surgiu no ordenamento jurídico interno do Brasil, no entanto, foi por meio de um ato administrativo da CGJMA, qual seja, o Provimento nº 14, de 24 de abril de 2014 (MARANHÃO, 2014a). A Corregedoria é o órgão correicional do TJMA, e tem como função institucional a fiscalização, disciplina e orientação administrativa do Poder Judiciário do Estado do Maranhão (conforme art. 32, do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão – Lei Complementar (LC) nº 14/1991 (MARANHÃO, 1991).

De acordo com a norma, no caso de uma prisão em flagrante, o juiz responsável pelo plantão judicial deverá realizar audiência de custódia para oitiva do preso, acaso vislumbre a necessidade de conversão da prisão em flagrante delito em preventiva (art. 1º, parágrafo único).

O Provimento nº 24, também da CGJMA, de 10 de dezembro de 2014, complementou a norma anterior e disciplinou os objetivos e a forma de realização da audiência de custódia. Segundo ela, a audiência se destina à oitiva do preso em flagrante delito e ao exame da legalidade da prisão, devendo o magistrado presidente do ato verificar a ocorrência de indícios de tortura física e/ou psicológica ao preso, bem como a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva ou aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 1º).

Ainda, determinou que a audiência deverá ocorrer no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento do comunicado da prisão (art. 2º) (MARANHÃO, 2014b).

Após a experiência no âmbito de um dos Estados da Federação (Maranhão), o CNJ resolveu encampar a ideia e lançou o “Projeto Audiência de Custódia” sob a gestão do seu então presidente, o Ministro Ricardo Lewandowski, cujo objetivo pode ser assim definido:

Launched on 6 de fevereiro, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia, em São Paulo. No discurso, Lewandowski anunciou a intenção de levar o projeto a outras capitais. O DMF (Departamento de Monitoração e Fiscalização do Sistema Carcerário) já discutia a proposta em AM, MT, TO, PI, CE, DF, PB, PE, MG, ES, PR, SC, RJ e MA. No dia 9 de abril, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que **têm por objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o País, o uso das medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica. As medidas buscam combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil.** (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2005, n. p., grifo nosso).

A partir do incentivo do CNJ, outros Tribunais da federação começaram a editar atos administrativos para instituir e disciplinar as audiências de custódia no âmbito de suas jurisdições. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015, de sua Presidência e Corregedoria Geral, cuidou de implementar a audiência de custódia no Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2015a).

O referido ato administrativo foi impugnado e objeto de questionamento na ADI nº 5.240 no STF (BRASIL, 2015c). Por meio dela se veiculou a inconstitucionalidade do ato administrativo por dois motivos: (I) o vício de iniciativa, pois é competência exclusiva do poder legislativo federal (Congresso Nacional) legislar sobre processo penal, e, (II) desrespeito a separação de poderes, pois ao criar atribuições aos delegados de polícia (autoridades policiais), o Poder Judiciário estaria a se imiscuir em atividade própria de outro poder (Poder Executivo). A ADI nº 5.240 foi julgada em 20.08.2015, e teve como conclusão a improcedência do pedido, e manutenção do ato administrativo que implementou a audiência de custódia no Estado de São Paulo. Calha a transcrição de excertos de sua ementa para compreensão dos principais argumentos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que ‘toda pessoa presa,

detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz', posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada 'audiência de custódia', cuja denominação sugere-se 'audiência de apresentação'. [...].

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de 'habeas corpus' instaurado perante o juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). [...].

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. (BRASIL, 2015c, n. p.).

Assim, a partir das diversas regulamentações nos âmbitos dos Tribunais brasileiros, e com a convalidação de um dos atos pelo STF, o CNJ resolveu avançar e procedeu uma unificação normativa acerca do tema, e editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. O objetivo foi o de tornar *erga omnes* a instituição das audiências de custódia em todos os Tribunais brasileiros, assim como o de padronizar o procedimento para a realização da audiência, trazendo um disciplinamento minucioso a respeito do tema. Ademais, a norma do CNJ autorizou a continuidade da vigência dos atos locais, desde que com ele não fossem colidentes, e servissem ao propósito de adequação da Resolução nº 213/2015 às realidades locais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

A constitucionalidade do ato administrativo do CNJ foi também questionado no STF por meio da ADI nº 5.448, sob o argumento de que o ato tem caráter normativo abstrato e, por tal razão, só poderia ser editado por Lei Federal, que é de competência privativa do Poder Legislativo Federal (Congresso Nacional), por força do art. 22, inc. I, da CF/1988. A ação, porém, não foi conhecida por ausência de legitimidade da parte que a propôs, não tendo o seu mérito sido julgado (BRASIL, 2016d).

Paralelamente ao Projeto Audiência de Custódia do CNJ, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou no STF com a Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, na qual propugna pela adoção de diversas providências em face do quadro crítico do sistema prisional brasileiro. Segundo narra em sua extensa petição inicial:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agente do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. [...].

Nesse contexto, a prisão torna-se uma verdadeira 'escola do crime', e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão em que vêm surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas. O encarceramento em massa não gera a segurança que promete, mas, ao contrário, agrava os índices de criminalidade e de violência social, em detrimento de toda a população. (BRASIL, 2015d, p. 2; 5).

Dentre as diversas medidas, postulou cautelarmente a determinação a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação da liberdade, assim como o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. A audiência de custódia se afigura, na visão do autor da ação, como medida necessária para evitar o alto índice de encarceramento provisório do Brasil.

O Plenário do STF, em 09.09.2015, deferiu o pleito de medida cautelar para:

[...] determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. (BRASIL, 2015d, p. 3).

A ação ainda está em tramitação, não tendo ocorrido o julgamento do seu mérito, de modo que a decisão liminar que determinou a realização das audiências de custódia permanece vigente.

Ainda, calha informar que, em 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei Federal nº 13.964 que alterou a legislação processual penal, e, entre inúmeras outras medidas, tornou necessária a realização de audiência de custódia no prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, com a alteração do art. 310, do CPP. Criou, também, a figura do juiz de garantias, que passa a ser o responsável pelo controle da legalidade da instigação criminal, incluindo aqui o controle de legalidade da prisão em flagrante e decisão sobre decretação de prisão provisória ou outra medida cautelar (consoante nova redação do art. 3º, do CPP) (BRASIL, 2019f).

Essas alterações foram objeto de questionamento no STF por meio da ADI nº 6.298, na qual houve o deferimento de medida cautelar para suspender a vigência da Lei, sob o argumento de que a criação da figura do juiz de garantias representa uma alteração na estrutura da organização judiciária, a respeito da qual a iniciativa de lei é matéria privativa do Poder Judiciário, não podendo ter sido concebida por projeto de lei emanado de outro Poder, como o foi (BRASIL, 2020a) O mérito da ação ainda não foi julgado, de modo que a Lei em comento permanece suspensa.

Deve-se ressaltar, porém, que a Lei nº 13.964/2019 apenas contemplou a previsão da audiência de custódia após o recebimento do auto de prisão em flagrante, não tendo, porém, disciplinado o procedimento para a sua realização.

### **4.3 Conceito e objetivos**

Diante da falta de previsão legal, coube à doutrina a elaboração do conceito de audiência de custódia, elaborado com base na previsão da Resolução nº 213/2015, do CNJ, e também nos tratados internacionais de direitos humanos.

A citada Resolução determina, em seu art. 1º, que

[...] toda a pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se se realizou sua prisão ou apreensão [...] (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, n. p.).

A norma cuidou ainda de denominar esse ato de audiência de custódia, em seu art. 4º, ao dispor que “[...] a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua

defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, n. p.).

Para a doutrina:

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução da pessoa presa, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. (PAIVA, 2018, p. 43).

E, ainda:

A audiência de controle de detenção é um ato processual realizado após a prisão em flagrante de um acusado. Essa audiência é fruto de um sistema acusatório amparado nas legislações processuais penais que versam sobre direitos e garantias fundamentais, de tal forma que grande parte dos países latino-americanos adotam a audiência de controle de detenção como mecanismo de proteção da própria legalidade. Ainda assim, essa prática judicial também está fundamentada nos tratados e convenções internacionais, por isso teve grande relevo no cenário jurídico mundial. No Brasil, a nomenclatura adotada foi diversa, ganhou notoriedade com o nome de audiência de custódia, na qual possui grande semelhança com as práticas adotadas na audiência de controle de detenção. (TEIXEIRA, 2019, p. 70).

Com efeito, para além do objetivo geral de evitar o encarceramento provisório, é possível se extrair do conceito as finalidades imediatas da audiência de custódia, assim resumidas: (I) ampliação e aperfeiçoamento do controle da legalidade e da cautelaridade da prisão, (II) prevenção e apuração de eventuais maus tratos e tortura contra os presos. Logo,

[...] não se trata de gostar ou não da medida, mas de dar efetividade a um direito básico do preso de ser levado, sem demora, à presença do juiz, a quem exporá pessoalmente as circunstâncias de sua prisão. Com isso, será possível evitar prisões e desnecessárias, com reflexo direito no problema da superpopulação carcerária que, como já referido aumenta dia a dia. (SILVA, 2018, p. 65-66).

Sobre a apuração de maus tratos, tortura e adoção de medidas para sua coibição:

Esta é, sem dúvida, uma medida proativa, tendo também por finalidade suprir as falhas do Estado Brasileiro na investigação de arbitrariedades que ocorrem com frequência por ocasião da efetivação das prisões. Não é aceitável que, apesar da absoluta proibição no direito internacional e nacional do uso da tortura ou de outros tratamentos desumanos ou degradantes a qualquer pessoa, tais violências continuam sendo um grave

problema de direitos humanos no Brasil, mesmo após 21 anos de ditadura militar (1964-1985). (SILVA, 2018, p. 66).

Como objetivo, acrescentamos também o de efetivo respeito à garantia do contraditório e da presunção de inocência (em sua vertente regra de tratamento) quando da aplicação de uma medida cautelar, possibilitando a manifestação prévia e presencial das partes interessadas antes da elaboração de uma decisão, contribuindo efetivamente com o cotejo de ideias para a sua formulação, e um melhor uso dos meios alternativos à prisão.

#### **4.4 Procedimento**

Em relação ao seu procedimento, a citada Resolução nº 213/2015, do CNJ, determina que em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação do flagrante ao Poder Judiciário, a autoridade judicial realizará audiência na qual deverão estar presentes o membro do Ministério Público, o capturado, e seu advogado (ou Defensor Público, acaso não tenha condições financeiras de contratar um). É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão. Antes do início do ato, a pessoa presa tem o direito de um atendimento prévio e local reservado com o seu defensor (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

No início da audiência, o magistrado explicará sobre o que se trata a audiência, garantirá que o capturado não se encontre algemado e lhe esclarecerá sobre os seus direitos, notadamente o de permanecer em silêncio. Após, indagará sobre as circunstâncias da prisão, o tratamento recebido pelos agentes policiais e em todos os locais nos quais esteve após a prisão, questionará sobre a ocorrência de tortura ou maus tratos, bem como verificará se foi realizado exame de corpo de delito no preso. Após suas perguntas, será oportunizado ao membro do Ministério Público e à defesa técnica formularem questionamentos.

O magistrado, assim como o Promotor de Justiça e o Defensor, deverão se abster de formular perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou a ação penal referente aos fatos objetos da prisão em flagrante. Isto porque, a audiência de custódia se cinge tão somente à análise das circunstâncias da prisão em flagrante, da sua legalidade, e da necessidade de aplicação de alguma medida cautelar de natureza pessoal (inclusive a prisão preventiva). Não se trata de ato de instrução processual, tampouco de fase do procedimento de investigação ou da

ação penal. Perguntas sobre o fato criminoso (ou seja, o mérito da conduta) estão vedadas, não servindo a oitiva do preso como interrogatório judicial, tampouco como sua antecipação, e não poderá servir como elemento de prova.

Sobre a impossibilidade de atuação investigatória e probatória na oitiva do preso, esclarece-se:

Ainda com relação à entrevista, o juiz deverá abster-se de formular perguntas com finalidade probatória em relação aos fatos que ensejaram a prisão em flagrante (inciso VIII). Não se deve, com base em práticas inquisitivas ainda hoje existentes, buscar a confissão da pessoa presa ou informações sobre comparsas não capturados. A finalidade precípua é apurar eventuais ilegalidades cometidas contra o preso – e não pelo preso –, sobretudo tortura e maus tratos, não tendo caráter de interrogatório investigativo sobre os fatos objeto da prisão em flagrante. [...].

Não se pode atribuir valor probatório à entrevista da pessoa presa, pois isso equivaleria a transferir o interrogatório judicial para momento anterior ao início da ação penal, quando não há sequer, uma imputação determinada. Isso violaria a garantia da ampla defesa, além de desnaturar a audiência de custódia.

No entanto, tal entrevista tem o condão de fornecer subsídios sobre a ilegalidade da prisão, sendo possível que a pessoa presa, em sua autodefesa, alegue não participação no crime, situação que o descaracterize (atipicidade ou causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade) ou atipicidade processual da prisão, no que não pode ser impedido pelo juiz, que deverá levar em consideração essa argumentação. (MELO, 2016, p. 185-186).

Quanto a esse aspecto, pensamos ser muito difícil aos magistrados realizarem uma avaliação adequada sobre a legalidade da prisão e mesmo quanto à própria aplicação de medidas cautelares sem adentrarem efetivamente ao fato concreto em si. Exemplifica-se: acaso o crime se trata de uma violência doméstica e familiar contra a mulher, para a averiguação de necessidade de uma medida protetiva de urgência – e qual delas –, ou manutenção de uma prisão, mostra-se imprescindível a compreensão como o fato efetivamente ocorreu, qual foi sua motivação – ou justificação –, se houve prévia provocação, se há circunstâncias subjacentes (a exemplo de um processo de divórcio ou partilha de bens entre o casal, discussão sobre guarda de filhos etc.). O manejo adequado e prudente dos instrumentos postos à disposição do juiz partem da perspectiva que conheça a totalidade do fato e circunstâncias que envolvam o fenômeno, para que profira uma decisão consentânea com a estrita necessidade que o caso requer.

Conforme será visto em item futuro (críticas negativas), em muitas comarcas do Brasil há apenas um único juiz, responsável pelo julgamento das demandas de todas as naturezas. Por essa razão, nessas comarcas, o mesmo juiz que realizaria a

audiência de custódia seria aquele que no futuro julgaria a ação penal. O modelo ideal de audiência de custódia exigiria que o juiz responsável pela audiência de custódia fosse distinto daquele responsável pelo julgamento futuro do mérito do caso, para não formar uma convicção prévia sobre os fatos que tomou conhecimento na audiência de custódia e ter um pré-condicionamento em futuro julgamento. Como não há possibilidade de contratação de outro juiz nessas comarcas apenas para realizar essa função, por implicar um custo demasiado aos cofres públicos, cremos que a Resolução do CNJ optou por limitar o âmbito de cognição do magistrado no ato da audiência de custódia, a fim de não ter seu julgamento futuro comprometido.

Ainda quanto ao procedimento, ao final da audiência de custódia, o representante do Ministério Público, seguido da defesa, apresentarão suas manifestações sobre a legalidade da prisão, do auto, e sobre a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar, após aos quais o juiz deverá proferir uma decisão, com o seguinte conteúdo: (I) relaxamento da prisão em flagrante, (II) concessão da liberdade provisória sem ou com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, (III) decretação da prisão preventiva, e, (V) adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Dentre inúmeras questões que o procedimento pode suscitar, um ponto relevante versa sobre a eventual possibilidade de realização da audiência por sistema de videoconferência. A Resolução nº 213/2015, do CNJ, silenciou a respeito do tema, sendo que muitos Tribunais passaram a autorizar tal possibilidade. O CNJ, então, decidiu sobre a questão, tendo entendido pela impossibilidade de adoção do mecanismo. Senão vejamos:

De outro lado, sem olvidar da reconhecida importância da ferramenta ora em análise para o trâmite dos procedimentos judiciais, sua utilização para as audiências de custódia aparentemente contrasta com só princípios e com as garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento buscou preservar. [...].

O DMF considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, eis que a transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, n. p.).

Com a devida vênia ao CNJ, pensamos não ser a melhor interpretação para colmatar a lacuna constante da Resolução. O CPP, desde o ano de 2009, com a

alteração dada pela Lei nº 11.900/2009, autoriza que o interrogatório do réu preso seja realizado por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 185, §2º) (BRASIL, 2009c). Portanto, se dentro da própria ação penal, no processo judicial, o qual poderá redundar na condenação do acusado, inclusive com o seu sancionamento pela prisão pena, a legislação autoriza o interrogatório por videoconferência, com mesma razão, na oitiva que implicará em consequência menos gravosa à sua pessoa (aplicação de medida cautelar) deveria ser autorizada tal possibilidade.

Além da redução dos custos com deslocamentos, seja do preso do estabelecimento prisional até o Fórum, seja do membro do Ministério Público e advogados, a realização da audiência pelo sistema de videoconferência permitiria a redução do prazo para a sua realização, por conta da imediatidade do acesso aos meios de comunicação nos dias atuais, podendo ser realizada quase que imediatamente após o recebimento do auto de prisão em flagrante pelo Poder Judiciário. Ademais, o preso não estaria constrangido a relatar maus tratos ou tortura, isto porque os agentes estatais responsáveis pela prisão não se encontram no estabelecimento prisional – que é gerenciado e administrado por agente diversos –, muito menos se fazem presentes em audiência, por expressa proibição normativa.

Com conclusão semelhante, calha citar:

Em outra leitura, partindo-se do pressuposto de que a audiência de custódia nada mais é do que um ato voltado ao atendimento dos objetivos já mencionados, chegaremos a duas conclusões constrangedoras, obtidas em razão do rechaço à possibilidade de utilização de videoconferência para aquela oportunidade.

A primeira nos levaria a considerar que, no Brasil, o legislador admite a relativização do princípio da imediação somente para um momento mais gravoso aos interesses do sujeito passivo da persecução penal, inadmitindo-a para um momento destinado a avaliar sua situação prisional cautelar. Noutros termos, autorizada está a relativização desse princípio somente em ato que pode levar à condenação ou absolvição do réu (audiência de interrogatório), mas, no que diz respeito ao ato que se restringe a simplesmente averiguar a legalidade de sua prisão e incidência, ou não, de alguma cautelar pessoal (audiência de custódia), aquele mesmo princípio deve ser interpretado de forma absoluta.

A segunda diria respeito às hipóteses autorizadoras da videoconferência somente passarem a existir após a instauração do processo de conhecimento, pois questões relacionadas à preservação da segurança e ordem públicas estariam ausentes do foco de interesses a se preservar quando da realização da audiência de custódia. [...].

Por razões como estas, não vemos motivo algum para que a audiência de custódia não possa ser realizada mediante videoconferência. (ANDRADE; ALFEN, 2018, p. 68-69).

Inegável, portanto, o uso da tecnologia em fazer da celeridade e efetividade dos procedimentos judiciais, entre eles, o da própria audiência de custódia, que poderia ocorrer de forma mais rápida, menos onerosa, viabilizando de forma quase imediata a presença de todos os atores envolvidos.

#### **4.5 Previsão em tratados internacionais de direitos humanos**

No âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a audiência de custódia está prevista tanto no sistema universal, quanto no sistema regional do qual o Brasil é componente.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é um dos instrumentos jurídicos que compõem o Sistema Global ou Universal de proteção aos direitos humanos, e previu a audiência de custódia em seu art. 9º, item 3, do seguinte modo:

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.<sup>9</sup> (BRASIL, 1992b, n. p.).

O referido Pacto foi aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida em 16 de dezembro de 1966, juntamente com o Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. No entanto, entrou em vigor apenas em 1976 após a adesão de 35 (trinta e cinco) Estados (RAMOS, 2018).

No Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, do Presidente da República, momento este que marca a incorporação definitiva do Tratado ao ordenamento jurídico interno e a partir do qual passou a ter efeito vinculante e obrigatório (BRASIL, 1992b).

Já no âmbito do Sistema Interamericano (âmbito regional de proteção), a Convenção Americana de Direitos Humanos previu a audiência de custódia em seu artigo 7º, item 5, do seguinte modo:

---

<sup>9</sup> Tradução oficial constante do Anexo do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que promulgou o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos.

Toda pessoa 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 dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992a, n. p.).

A mencionada Convenção também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em homenagem ao local de sua celebração, ocorrida na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969. No plano internacional, entrou em vigor em 18 de julho de 1978, após a adesão de 11 (onze) Estados-membros, e no plano jurídico brasileiro houve sua definitiva incorporação pelo Decreto presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992a).

Deve-se ter em vista que a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, o STF passou a reconhecer aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) uma prevalência sobre a legislação interna (leis ordinárias e complementares) que lhe seja contrária, de modo a manter uma natureza (*status*) supra-legal (BRASIL, 2009d).

Assim, de acordo a atual orientação do STF, a legislação ordinária deve ser conformada aos preceitos contidos nos TIDH. No caso da audiência de custódia, a ausência de sua previsão no CPP não pode constituir num óbice à sua implementação, já que sua obrigatoriedade decorre da imediata aplicação dos Tratados Internacionais a que o Brasil é Estado aderente e, após regular incorporação à sua ordem jurídica, tornou-se obrigado a respeitar.

#### **4.6 Direito comparado: modelo do Direito de Portugal**

Mostra-se oportuna uma análise do funcionamento do mecanismo similar ao da audiência de custódia em outros ordenamentos jurídicos, como no caso do direito português, que é do sistema europeu de justiça, e está submetido tanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos, quanto ao Sistema Regional Europeu de Proteção, regido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. O conhecimento do sistema português serve também como comparativo ao modelo adotado pelo Brasil.

Inicialmente, cumpre registrar que, pela Constituição da República Portuguesa, a magistratura se divide em duas carreiras, sendo uma a magistratura dos Tribunais Judiciais, formada pelos membros que compõem o Poder Judiciário, e cujo estatuto fundamental se encontra disciplinado nos arts. 215 a 218, da Constituição portuguesa. A outra carreira é a do Ministério Público, cuja previsão e estatuto se encontra no art. 219 da Constituição (PORTUGAL, 1976).

Ao Ministério Público se atribui a função primordial de representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, assim como a participar da execução de política criminal estabelecida pelo Estado, exercer a titularidade da ação penal e defender a legalidade democrática.

O CPP de Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987, regulamentou seu art. 53 as atribuições do Ministério Público no processo, as quais podem ser assim elencadas:

- 1 – Compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade.
  - 2- Compete em especial ao Ministério Público:
    - a) Receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes;
    - b) Dirigir o inquérito;
    - c) Deduzir acusação e sustentá-la efectivamente na instrução e no julgamento;
    - d) Interpor recursos, ainda que no exclusivo interesse da defesa;
    - e) Promover a execução das penas e das medidas de segurança.
- (PORTUGAL, 1987, n. p.).

Assim, além de defender em juízo a persecução criminal, o Ministério Público é responsável pela direção do inquérito, ou seja, do procedimento da investigação prévia que visa a elucidar a existência do crime e de seu autor.

Ainda, o art. 56, do Código, define que os órgãos de polícia criminal atuam sob a direção das autoridades judiciárias e na sua dependência funcional (PORTUGAL, 1987). Nesse ponto, convém traçar um comparativo com o sistema vigente no Brasil. Neste país, apenas os membros dos Poder Judiciário são considerados magistrados, sendo esta expressão utilizada como sinônimo de juiz. O Ministério Público é uma carreira paralela e, em que pese manterem prerrogativas e estatuto constitucional tal qual ao dos integrantes do Poder Judiciário, não são considerados magistrados, nem integrantes do Poder Judiciário. Trata-se de uma

função pública, com previsão constitucional<sup>10</sup> e organização própria, no entanto, não se submete hierarquicamente a nenhum dos três Poderes da República (Executivo, Legislativo ou Judicial), e não é considerada magistratura.

As atividades de segurança pública são realizadas, no Brasil, pelas diversas polícias, incumbindo as funções de polícia judiciária (ou seja, a investigação de crimes) à Polícia Civil, no âmbito dos Estados – para os crimes cuja prática serão processados na Justiça Estadual –, e à Polícia Federal, aos crimes de competência da Justiça Federal<sup>11</sup>. Ambas são dirigidas por Delegados de Polícia de carreira.

De acordo com a Lei nº 12.830/2013, art. 2º, §1º, as investigações criminais são conduzidas pelo delegado de polícia, este que “[...] na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio do inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.” (BRASIL, 2013b, n. p.).

A referida norma, ao conferir o *status* de autoridade ao cargo de delegado de polícia, coloca-o em patamar protocolar de equivalência ao dos magistrados e das outras carreiras jurídicas, fazendo-o do seguinte modo: “Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.” (BRASIL, 2013b, n. p.).

Assim, enquanto em Portugal o inquérito é dirigido pela magistratura do Ministério Público, e os órgãos policiais estão sob a direção das autoridades judiciárias, no Brasil, o inquérito e a direção da polícia são atribuições de uma autoridade própria, a autoridade policial, exercida pelo Delegado de Polícia, que mantém status protocolar de mesmo nível da autoridade judicial e do Ministério Público.

Em Portugal, no caso de uma detenção em flagrante delito – assim considerado como o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer (art. 256) –, o detido deverá ser apresentado no prazo máximo de 48 (quarenta e oito)

---

10 De acordo com o art. 127, da CF/1988, “[...] o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...] assegurada autonomia funcional e administrativa.” (BRASIL, 1988, n. p.).

11 Nesse sentido, o artigo 144, §1º, inciso IV, da CF/1988, dispõe que a polícia federal exercerá as funções de polícia judiciária da União, e o §4º, que a polícia civil exercerá as funções de polícia judiciária no âmbito estadual.

horas a uma autoridade para uma das três possíveis consequências, previstas no art. 254: (I) julgamento sob forma sumária; (II) realização do primeiro interrogatório judicial; (III) aplicação ou execução de uma medida de coação.

Cumprido esclarecer que o julgamento sob forma sumária diz respeito a um processo especial, previsto no art. 381, do CPP português, denominado de processo sumário e que é aplicado para os crimes punidos com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a cinco anos, mesmo em caso de concurso de infrações. Nesse caso, de acordo com o art. 382, do mesmo Código, será apresentado em até 48 (quarenta e oito) horas ao Ministério Público, para então ter curso o rito do processo sumário (PORTUGAL, 1987).

No caso do primeiro interrogatório judicial, já se refere a um ato processual, com previsão no art. 141, do CPP português, e é realizado pelo juiz de instrução, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção. No ato, após questionamentos sobre a pessoa do detido são formuladas perguntas sobre o próprio fato, acerca do qual pode haver confissão.

As medidas de coação, referem-se ao que no direito processual brasileiro se denominam de medidas cautelares de natureza pessoal, e estão previstas no art. 196 e seguintes da norma processual penal portuguesa, com natureza processual cautelar, a serem aplicadas por juiz em despacho fundamentado. Dentre elas, inclui-se a prisão preventiva (PORTUGAL, 1987).

No caso do Brasil, a audiência de custódia tem única finalidade de verificação de necessidade de imposição de uma medida cautelar (medidas de coação no direito português), e não serve como ato processual, muito menos como antecipação de futuro ato de interrogatório, até pela vedação constante da Resolução nº 213/2015, do CNJ, em de realização de perguntas sobre o mérito do fato. Em item de estudo futuro (críticas negativas), pensa-se que a audiência de custódia poderia ter um melhor aproveitamento no Brasil se ela já tivesse o condão de ato processual, inclusive para resolução imediata de crimes de natureza menos grave, o que evitaria um futuro e longo procedimento judicial, bem como evitaria a necessidade de imposição de alguma medida cautelar.

Ainda em comparação ao Brasil, entende-se que, por existir uma autoridade policial (Delegado de Polícia) que deve receber pessoalmente o preso e no prazo de até 24 (horas) lavrar o auto de prisão em flagrante, não ocorreria violação aos TIDH, porque há uma autoridade legalmente constituída, responsável pelo recebimento do

preso, e que, inclusive, poderá liberá-lo de imediato em algumas hipóteses de liberdade provisória. Após a lavratura do ato de prisão, a autoridade judiciária ainda se manifestaria sobre a legalidade da prisão, a legalidade do auto lavrado pelo Delegado, e a necessidade de imposição de alguma medida cautelar.

Por fim, em casos de crimes de menor ofensivo no Brasil – o que poderia corresponder a hipótese do processo sumário no direito português –, a autoridade policial lavrará apenas um termo circunstanciado de ocorrência, a fim de que futuramente o capturado comparece em juízo para a realização de um procedimento abreviado – Juizado Especial Criminal (JEC), no entanto, desde logo livrar-se-á solto, sem qualquer imposição de medida cautelar.

#### **4.7 Mitigações para a realização da audiência**

Ao longo do tempo a partir da implementação das audiências de custódia pelo CNJ no ano de 2015, uma série de questões foram suscitadas e debatidas nos Tribunais, não apenas sobre sua constitucionalidade, mas em situações específicas, nas quais se consolidaram entendimentos pela desnecessidade de realização da audiência de custódia.

Assim, mostra-se oportuna elencar tais hipóteses, nas quais, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais – notadamente dos Tribunais Superiores – não ocorrerá nulidades do procedimento ou ato decisório do juiz pela não realização da audiência, seja para concessão de liberdade provisória ao preso flagrante, seja até mesmo para a decretação de sua prisão preventiva.

No ano de 2018, o STJ, em alguns julgados, adotou o entendimento, de forma reiterada, de que se dos elementos constantes do auto de prisão em flagrante sobressaírem evidências aptas à decretação da prisão preventiva, e esta for decretada pelo juiz mesmo sem a realização de audiência de custódia, inexistente nulidade na decretação da prisão, desde que os demais direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados.

Nesse sentido, a transcrição de excertos de alguns desses arestos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA.

REINCIDENTE. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE SUPERADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I – A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312, do Código de Processo Penal.

II – Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira inconteste a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública, seja pela forma na qual a conduta foi em tese perpetrada, tendo o recorrente agredido a vítima, sua própria companheira, ‘com chutes e empurrado da escada, além de cortar o cabelo dela com uma faca’; seja pelo fato de o recorrente já ter sido condenado por crime doloso, com sentença transitada em julgado, bem como em virtude de notícias de que o recorrente constantemente agredia a vítima, dados que revelam a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas, sendo imperiosa a imposição da medida extrema, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. [...]

IV – Quanto à alegação de constrangimento ilegal em razão da não realização da audiência de custódia, cumpre consignar que a jurisprudência desta Corte tem reiteradamente decidido que ‘a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante’. (BRASIL, 2018c, n. p.).

...

O entendimento majoritário da Sexta Turma desta Corte é no sentido de que a ausência da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restado então superado o exame desse tema. (BRASIL, 2019g, n. p.).

...

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento segundo o qual a alegação de nulidade de prisão em flagrante, em razão da não realização da audiência de custódia no prazo legal, fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, tendo em vista que constitui novo título a justifica a privação da liberdade. (BRASIL, 2018d, n. p.).

Após a reiteração dessa orientação nos julgados, o entendimento foi solidificado na tese nº 08, da Jurisprudência em Teses, edição nº 120, com a seguinte redação: “[...] realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia.” (BRASIL, 2019h, n. p.).

Por outro lado, vários Tribunais do país têm entendido que, se ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz verificar que se mostra possível a concessão de liberdade provisória – com ou sem cumulação com medidas cautelares –, é

permitida a sua concessão sem a necessidade de realização de audiência de custódia, sem que tal fato gere invalidade da decisão.

Nesse sentido, destacam-se algumas decisões pretorianas:

Habeas Corpus. Contrabando de cigarros. Prisão em flagrante. Concessão de liberdade provisória. Dispensa da realização da audiência de custódia. Relaxamento da prisão. Ilegalidade. Não ocorrência. Redução do valor da fiança arbitrada. Possibilidade.

1. No tocante à audiência de custódia, já decidiu o STF pela sua obrigatoriedade [...]. Todavia, nos termos do disposto no art. 276, da Consolidação Normativa da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, a questão da 'prescindibilidade de realização da audiência de custódia em razão da concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, consiste em matéria jurisdicional e, por conseguinte, deve ser apreciada casuisticamente pelo juiz, natural ou plantonista.

2. No caso, o juízo impetrado entendeu ser desnecessária a realização da audiência de custódia, pois o auto de prisão em flagrante já havia sido homologado pelo juízo plantonista, bem como porque havia sido concedida a liberdade provisória ao paciente, sendo ressalvada a possibilidade de sua designação em caso de requerimento da defesa. Isso, contudo, não implica em ilegalidade da prisão em flagrante, sobretudo porque a defesa do paciente não alegou nenhuma irregularidade do ato. (BRASIL, 2019i, n. p.).

...

Da ausência de realização de Audiência de Custódia: Conforme o exposto, será concedida liberdade provisória ao flagrado, o que dispensa a realização de audiência de custódia – disciplinada, no âmbito deste Tribunal, pela Resolução Conjunta nº 01 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicada em 15/04/2016.

Sobre o tema, destaca a Instrução da Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região, a qual aduz que: A prescindibilidade de realização da audiência de custódia em razão da concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, consistente em matéria jurisdicional e, por conseguinte, deve ser apreciada casuisticamente pelo Juiz, natural ou plantonista.

Sobre isso, destaco, ainda, o enunciado do Fonacrim aprovado em 2015: 'É dispensável a realização de audiência de custódia se, ao receber a comunicação de flagrante, o juiz entender de pronto que é caso de concessão de liberdade. (BRASIL, 2020b, n. p.).

Como destacado no corpo das decisões acima citadas, alguns Tribunais adotaram atos administrativos sufragando tal posicionamento. No Estado do Maranhão, o reconhecimento dessa prática ocorreu por meio do Provimento nº 01, de 27 de janeiro de 2020, da CGJMA, que ao dispor sobre os plantões regionais criminais nas Comarcas do Interior do Estado, dispôs que a audiência de custódia apenas será realizada se não houver relaxamento do flagrante ou concessão de liberdade provisória (MARANHÃO, 2020). Ou seja, se o magistrado verificar que o caso não se enquadra numa possibilidade de liberdade provisória, e puder decretar

a prisão preventiva, então deverá designar a audiência, na qual após o curso do seu rito deliberará sobre a sua necessidade.

A norma assim dispõe:

Art. 2º. Nas Comarcas de Entrância Inicial e Intermediária do Estado do Maranhão, as audiências de custódia serão realizadas mediante videoconferência, observado o seguinte: [...]

§1º A autoridade policial deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante ou comunicar o cumprimento de mandado de prisão ao juiz plantonista, na forma dos incisos I e II acima, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, conforme o art. 306 do Código de Processo Penal, protocolado na Secretaria da Distribuição, plantão judiciário, ou por meio eletrônico, desde que assegurada, nesta última hipótese a ciência inequívoca.

§2º Recebido o auto ou a comunicação, o juiz deverá verificar sua legalidade, com eventual relaxamento da prisão, bem como a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou medida alternativa àquela, por decisão fundamentada.

§3º Relaxado o flagrante ou concedida a liberdade provisória ou medida alternativa à prisão, a decisão deverá ser comunicada à autoridade competente para cumprimento do alvará de soltura e/ou implementação de eventuais medidas substitutivas.

§4º Caso não configuradas as hipóteses dos §§2º e 3º acima, a audiência de custódia será realizada em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação da prisão, nos termos do art. 1º da Resolução nº 213/2015 – CNJ. (MARANHÃO, 2020, n. p.).

Com efeito, passou a vigorar um entendimento no âmbito da CGJMA, já reconhecido pela jurisprudência de alguns Tribunais, de que a audiência de custódia seria um instrumento subsidiário, a ser realizada apenas se não houver a imediata concessão de liberdade provisória ou eventual relaxamento da prisão por uma ilegalidade.

Essa interpretação se mostra interessante e oportuna, pois não seria razoável aguardar pela realização de uma audiência se desde logo o capturado puder ser colocado em liberdade, seja por conta de uma prisão ilegal ou mesmo pela viabilidade de deferimento liberdade provisória com aplicação de cautelares. Trata-se de meio menos gravoso ao próprio preso, pois não terá que aguardar até a realização de uma audiência para que o seu direito (decorrente da presunção de inocência) seja imediatamente garantido. Ademais, ao Estado também é meio menos dispendioso, pois não terá que deslocar membro do Ministério Público, Defensoria e magistrado para a realização de um ato presencial cujo resultado já está antevisto. Trata-se de uma aplicação do instituto que se coaduna com princípios outros do direito, como a proporcionalidade, razoabilidade, racionalidade

dos atos processuais, economicidade e, especialmente, o de menor onerosidade e gravosidade da medida à pessoa do preso.

O estímulo e fomento a tal interpretação, mormente por atos administrativos dos Tribunais têm, ao nosso entender, mostrado-se prudente, pois conferem maior segurança aos magistrados na aplicação deste entendimento, de modo que não sintam que estão descumprindo com o dever jurídico de realização da audiência de custódia. Assim, apenas se o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, identificar uma possível causa a ensejar a decretação de uma prisão cautelar, terá a incumbência de realizar o ato, o qual poderá resultar na confirmação de sua percepção inicial – após o contraditório e manifestação dos demais envolvidos –, ou ser dissuadido de tal conclusão inicial, convencendo-se que outras medidas cautelares possam ser suficientes para a contenção do risco processual.

Por outro lado, a posição do STJ, apesar do máximo respeito à instituição, e com a devida vênia, mostra-se, em verdade, como uma forma de burla à necessidade de realização de audiência de custódia. Se a audiência de custódia tem como finalidades, a oitiva pessoal do preso pelo magistrado, promotor de justiça e defensor público, a fim de esclarecer todos os pontos de sua prisão, e outras circunstâncias necessárias à formulação de convicção sobre a necessidade de aplicação da cautelar extrema (prisão preventiva), não faria sentido dispensar a realização da audiência se o magistrado de pronto decretar a prisão cautelar, mormente porque não viabilizou os questionamentos pelas partes interessadas, nem ao menos colher suas manifestações. Essa exceção criada pela jurisprudência se mostra como uma autorização expressa para a adoção do antigo sistema, ignorando a necessidade reconhecida pelo STF acerca da obrigatoriedade de realização da audiência de custódia.

É certo que o Brasil é um país continental, e abarcar inúmeras realidades distintas em seu território, de modo que em alguns lugares remotos, e pelas mais diversas razões, a realização de audiência de custódia no prazo e na forma regulamentadas pelo CNJ se mostra inviável, e que a manutenção de um capturado em prisão preventiva possa ser extremamente necessária. Nesses casos, mostra-se razoável a flexibilização quanto à realização da audiência de custódia, com o pressuposto de que em cada caso concreto seja devidamente justificada a impossibilidade da realização da audiência e a necessidade de imposição da prisão. Com efeito, desde que apontados esses dois requisitos a não realização da

audiência pode ser superada. No entanto, o livre argumento de que o decreto de prisão preventiva torna desnecessária a prévia realização de audiência, sem que isso configure uma nulidade processual, significa ignorá-la do sistema e torná-la como instrumento prescindível.

#### **4.8 Críticas positivas**

Inicialmente, pode-se defender que a audiência de custódia no Brasil pode representar uma efetivação do garantismo jurídico na aplicação da prisão preventiva e de medidas cautelares, que compõem algumas das restrições à liberdade e direito do cidadão.

O movimento jurídico filosófico do garantismo, pode ser sucintamente definido do seguinte modo:

A expressão 'garantismo' ficou conhecida a partir dos estudos do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, em meados do século XX, que elaborou inúmeras obras problematizando a questão criminal, por isso procurou consolidar um sistema de controle dos direitos fundamentais com o objetivo de limitar um autoritarismo penal. (TEIXEIRA, 2019, p. 59).

A audiência de custódia, nesse aspecto, procura ampliar a garantia de menor ingerência do Estado quando da eventual restrição de seus direitos e liberdades individuais. O modo como é realizada a audiência, em um ato procedimental com a presença dos principais atores processuais (magistrado, membro do Ministério Público e advogado de defesa), além da presença pessoal do preso em flagrante delito, permite um efetivo contraditório e influência de manifestações antagônicas na formulação da decisão judicial, com a possibilidade de colheita de informações diretamente da pessoa presa acerca dos fatos importantes e pertinentes à decisão. Deste modo, a decisão se torna bem qualificada e elaborada na presença de todos os interessados. Com isso, efetiva-se a garantia da presunção de inocência no seu viés de regra de trato, no sentido de que enquanto não sobrevier uma sentença condenatória de caráter firme, um investigado não recebe o tratamento de um culpado, ou seja, evita-se que a prisão tenha um caráter próprio de uma pena (sanção penal), não servindo como uma antecipação de pena, senão somente em estritas hipóteses de natureza cautelar.

Como consequência, acredita-se que a qualificação das decisões implicaria no adequado manejo de medidas cautelares em desprestígio da prisão preventiva, fomentando o uso das cautelares e evitando-se o cárcere de natureza cautelar, este que, para muitos autores, é a principal causa de aprisionamento não só no Brasil, mas como na própria América Latina. Nesse sentido:

Os índices de encarceramento na América Latina não variam muito em função das reformas penais, mas sim, da regulamentação do confinamento cautelar, tradicionalmente legislado no código processual. Noutras palavras esses índices dependem do sistema penal cautelar e não do da condenação. (ZAFFARONI, 2016, p. 111).

A implementação da audiência de custódia serviria, também, para adequar o ordenamento jurídico interno aos postulados de direito internacional, em especial, aos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é país signatário.

Do ponto de vista econômico, a redução do encarceramento provisório reduziria o custo do Estado com a manutenção de presos, com a construção de novos estabelecimentos penais e com o custo para gerenciamento da superlotação. Ainda, a pessoa em liberdade, desde que submetida a uma cautelar adequada para a exata contenção do risco que possa representar, permanece economicamente ativa, podendo exercer o trabalho e o sustento seu e de sua família, de modo a contribuir com a ordem econômica do Estado, e a evitar o pagamento de benefícios previdenciários ou assistenciais em razão de sua prisão.

Presume-se uma redução de gastos da seguinte monta:

O Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do CNJ, partindo do custo mensal de R\$ 3.000,00 por pessoa presa, afirma que 'se o projeto se desenvolver – e certamente se desenvolverá -, ao cabo de um ano, levando em conta que temos uma média de 50% de liberdades condicionais, nós vamos deixar de prender 120 mil pessoas que não oferecem perigo à sociedade e economizaremos quase R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos, que poderão ser investidos em saúde, educação, transporte e outros benefícios para a coletividade. Pelos nossos cálculos, também deixaremos de construir 240 presídios em um ano. Ao custo de R\$ 40 milhões por presídio, significa que economizaremos R\$ 9,6 bilhões. (MELO, 2016, p. 162-163).

Também, a audiência de custódia teria o condão de revelar uma eventual cifra negra de violência ou maus tratos no momento da prisão em flagrante, quando do depoimento do preso diretamente à autoridade judicial, obrigando o magistrado e membro do Ministério Público a adotarem as providências adequadas para repressão e prevenção em casos futuros. Essa ideia parte do pressuposto que o

auto de prisão em flagrante não conteria a narrativa de eventual violência estatal por ser lavrado por uma autoridade policial.

Em se tratando de uma boa prática, há quem defenda a extensão de sua aplicação para abarcar também os procedimentos relativos à apreensão em flagrante de ato infracional cometido por adolescente, para que no prazo de 24 (vinte e quatro) horas seja apresentado ao juiz competente para análise da legalidade do auto apreensão e da necessidade de aplicação de alguma medida de proteção ou socioeducativa, ao invés da medida de internação provisória (PRIEBE, 2017).

#### **4.9 Críticas negativas**

Se por um lado muitos setores comemoram como algo positivo a implementação das audiências de custódia no Brasil, outros levantaram a existência de algumas críticas negativa ao instituto, reputando-o até desnecessário.

A primeira delas diz respeito ao aspecto de política criminal adotado ao presente caso, no sentido de que, ao invés de se aumentar o número de vagas nos presídios para comportarem novos presos, bem como instrumentalizá-los com meios adequados para a plena ressocialização dos reeducandos, optou-se pela adoção da audiência de custódia como um modo rápido para evitar a superlotação dos estabelecimentos penais. Nesse sentido, registra-se:

Por trás dessa questão, no entanto, sabe-se que há a velha política criminal para 'dar um jeito' na superlotação dos presídios sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz 'veja' o preso à sua frente, 'ouça' as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva. (NUCCI, 2017, p. 72).

Outro aspecto diz respeito à interpretação dada aos TIDH, os quais foi baseada a implementação da audiência de custódia no Brasil, no sentido que a autoridade para o qual o preso deve ser apresentado é a judicial (juiz de direito ou federal), o que ignoraria a situação do Brasil, no quando a autoridade policial, ou seja, o Delegado de Polícia, é considerado uma autoridade que goza de igual tratamento protocolar conferido aos juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados. Assim, a legislação brasileira não apresentaria incompatibilidade com os TIDH, pois já mantém a previsão de imediata

apresentação de um capturado em preso em flagrante para uma autoridade, no caso, o Delegado de Polícia, que deverá lavrar o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Sobre esse ponto, destaca-se:

Alguns passaram a advogar a ideia de que o referido art. 7º, item 5, da mencionada Convenção não vinha sendo cumprido; afinal, apresentar o preso ao Delegado de Polícia não é o mesmo que apresentar ao Juiz de Direito. Então, 'criaram' a audiência de custódia como instrumento por meio do qual o preso é visualizado pelo magistrado 24 horas após a sua prisão. Enumeram pontos a favor desse procedimento, mas se esquecem de um detalhe muito importante: para cumprir rigorosamente o disposto no texto da Convenção, é preciso apresentar o preso 'diretamente' ao juiz. A figura do Delegado, para tanto, inexistiria. Leia-se o texto referido: 'toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais [...]'. Ora, os defensores da audiência de custódia não aceitam o Delegado como autoridade com funções típicas de juiz. Então, segundo nos parece, devem defender o óbvio: levar o preso diretamente ao juiz. Entretanto, isso não está sendo feito no Brasil há décadas, e nem mesmo é o projeto atual de audiência de custódia. Deveria haver um juiz de plantão para receber presos e, quiçá, lavrar o flagrante com o Delegado – ou sozinho, pois o Delegado estaria por aí, investigando crimes. (NUCCI, 2017, p. 73-74).

Existem, inclusive, decisões judiciais com essa linha de argumentação, a exemplo do aresto a seguir:

Inicialmente, quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Isso porque conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, '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'.

No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante.

Assim, 'in concreto', os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante. (SÃO PAULO, 2015b, n. p.)

Ainda, outro questionamento que se suscita diz respeito à ausência de pesquisas no campo empírico e da criminologia a comprovar que a adoção da audiência de custódia é um meio eficaz ao fim a que se propõe, qual seja, o de reduzir o encarceramento provisório, de modo que a forma anterior, na qual o Delegado de Polícia recebia o preso e lavrava o auto de prisão em flagrante e, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, encaminhava-o a um magistrado para análise

das consequências ao caso, já atendia ao mesmo fim. Nesse sentido, igualmente inexistem pesquisas empíricas, – aptas a autorizar a mudança da legislação como forma de política criminal – que corroborem uma mudança no comportamento do juiz ao analisar a situação do preso pessoalmente, em audiência, ou apenas pela análise do processo em papel (auto de prisão em flagrante). Segundo a doutrina, os defensores dessa mudança, embasam-na por mera suposição, no sentido de que o juiz, ao confrontar pessoalmente o preso, ficaria comovido com sua situação e optaria por soltá-lo. Nesse sentido, calha a transcrição:

Há uma terceira, na qual realmente não posso crer: o juiz, vendo o preso entrar em sua sala, com seus chinelos ‘de dedo’, camiseta e calça simples, comove-se e o solta, mesmo sendo um homicida ou estuprador. Esse foi outro argumento apresentado por defensores da audiência de custódia. [...]. Observa-se que os defensores dessa audiência apontam números incomuns, demonstrativos da mudança de comportamento dos juízes em basicamente 180 graus: da prisão à soltura, com economia milionária (ou até bilionária) aos cofres públicos. Pensamos que faltava, no Brasil, a audiência ‘lombrosiana’: liberta-se a pessoa simpática ao juiz; mantém-se preso o antipático. Sim, porque todos os dados objetivos (reincidente, primário etc.) já constam dos autos. (NUCCI, 2017, p. 74; 78).

No que tange à questão orçamentária, se por um lado a redução do encarceramento provisória representa uma diminuição do custo com a abertura de novas vagas em estabelecimentos penais, por outro, a implementação da audiência de custódia, de forma adequada, representaria um enorme dispêndio aos cofres do Estado. Explica-se.

Como já visto no item do procedimento, a audiência de custódia visa tão somente a analisar as circunstâncias relativas a pessoa do preso, restando vedadas qualquer pergunta sobre o fato criminoso em si. Por não existir uma ação penal, com o respectivo processo, tampouco a investigação policial (inquérito), pois a prisão em flagrante é momento anterior a ambos, convencionou-se que as perguntas sobre o fato apenas podem ser formuladas no momento do interrogatório judicial, pelo juiz que presidir a instrução processual, de modo a não ocasionar prejuízo a pessoa do preso no momento da audiência de custódia.

Por esse motivo, entende-se que o juiz que presidirá futuramente a instrução processual e proferirá o julgamento do caso não pode ser o mesmo que realizará os atos anteriores ao processo, especialmente o que presidir a audiência de custódia, isto porque em audiência de custódia o juiz pode ouvir narrativas e obter informações que inevitavelmente o conduziria a formular convicções sobre o fato

criminoso e a pessoa do acusado, de modo que no futuro, quando no ambiente próprio do contraditório processual, já estaria carregado de tais convicções (mesmo que não intencionalmente), o que poderia ocasionar uma pré-disposição para o julgamento.

Nessa linha de pensamento, a Lei nº 13.964/2019 – a qual já vista anteriormente, e cuja aplicabilidade está suspensa por decisão do STF – criou a figura do juiz de garantias, cuja função é de análise da legalidade dos procedimentos prévios à ação judicial, entre outras, a de realizar as audiências de custódia (BRASIL, 2019f). É um juiz distinto daquele que julgará o processo no futuro. Ocorre que nas grandes cidades, cujas comarcas contam com inúmeros juízes, a delegação de atribuição do juiz de garantias a um magistrado distinto daquele que julgará o processo no futuro é tarefa simples. Porém, a grande maioria das comarcas do Brasil são de cidades de interior, que possuem um único magistrado, responsável pelo julgamento de todas as demandas do local. Para esses casos haveria a necessidade da criação de um segundo cargo de juiz, para exercer a função de juiz de garantias, o que implicaria em enorme custo ao Estado para a contratação de todos os magistrados necessários, bem como da estrutura de serviços para que seja comportado. Por conta desse aspecto orçamentário, critica-se a implementação da audiência de custódia.

Ainda, nessa mesma linha de pensamento, entende-se que o legislador, quando da eventual regulamentação da audiência de custódia, deveria avançar quanto a sua abordagem, não devendo limitar seu uso apenas para a aplicação ou não de medidas cautelares (entre elas a prisão), como é feito no atual modelo. Pensa-se que, com base no direito comparado, a exemplo do modelo português, a audiência de custódia não deveria apenas tratar da possibilidade de aplicação de cautelares, mas poderia já servir como um ato processual para o julgamento de crimes mais simples, abreviando com isso o seu rito, ou mesmo servir como um ato de interrogatório.

## **5 ESTUDO EMPÍRICO**

Após a passagem pela fase teórica, na qual foi possível a compreensão e definição dos institutos fundamentais tratados no presente trabalho (medidas cautelares, prisão preventiva e audiência de custódia), com todos os conceitos, nuances, divergências teóricas e práticas, passa-se agora à fase empírica do estudo científico, no qual se busca verificar o resultado da aplicação da audiência de custódia em um determinado interstício temporal e num espaço bem definido, a fim de que se possam encontrar resultados e conclusões sobre eles.

### **5.1 Objetivos do trabalho**

O objetivo geral do trabalho foi investigar se a implementação da audiência de custódia atinge a finalidade precípua de sua instituição, qual seja, a de reduzir gradativamente a decretação de prisões preventivas após o recebimento de um auto de prisão em flagrante pelo Poder Judiciário, com a consequente concessão de liberdades provisórias, com ou sem a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal.

Como objetivo específico, buscou-se verificar o comportamento da unidade judicial da Central de Inquérito da Comarca de São Luís após o início das realizações das audiências de custódia, e das consequências dela advindas, o que tange à expectativa de diminuição gradual dos decretos de prisão preventiva com a prática da audiência, com a consequente expectativa de redução de encarceramento provisório. Com isso, torna-se possível a averiguação dentro desse campo espacial, em um determinado lapso temporal, se as audiências de custódia atingiram as finalidades que justificaram a sua implementação.

Ainda como objetivo específico, pretendeu-se verificar se as medidas cautelares instituídas pela Lei nº 12.403/2011 têm sido aplicadas como forma alternativa à prisão preventiva, quando da concessão de liberdades provisórias.

Também, buscou-se verificar se é possível detectar informações de maus tratos ou torturas durante a ocorrência das prisões em flagrante delito, por meio de relatos dos capturados ao juiz durante a audiência de custódia.

Por fim, intencionou-se averiguar se a quantidade de relatos de torturas ou maus tratos na comarca de São Luís é alta ou baixa se comparada à média das

demais comarcas do Estado do Maranhão e à média de todas as comarcas do Brasil.

## **5.2 Metodologia**

A parte metodológica foi muito importante para a realização da investigação, porque por meio dela foi possível concretizar a pretensão da pesquisa. Para o desenvolvimento da pesquisa, realizou-se um estudo quali-quantitativo para se obter uma análise mais aprofundada sobre o tema pesquisado. Após definida a forma do estudo, passou-se a recolha de dados, a avaliação da aplicação da audiência de custódia e, por fim, a interpretação e conclusão dos resultados obtidos.

## **5.3 Amostra**

Serviram como amostra as 8.127 (oito mil, cento e vinte e sete) audiências de custódia realizadas pela unidade judicial da Central de Inquérito de São Luís, Comarca de São Luís, Estado do Maranhão, no período compreendido entre outubro de 2014 a dezembro de 2019. Não houve critério de exclusão.

## **5.4 Procedimentos realizados**

Como já visto, a implementação da audiência de custódia no Estado do Maranhão ocorreu pelo Provimento nº 14/2014, da CGJMA (MARANHÃO, 2014a). Inicialmente, a obrigatoriedade da realização das audiências devia se dar apenas na capital do Estado, a Comarca de São Luís, por concentrar o maior número de prisões em flagrante delito, os maiores estabelecimentos prisionais do Estado, e por contar com uma estrutura do sistema de justiça apta a, após uma necessária reorganização, realizar de imediato as audiências de custódia sem prejuízo de funcionamento aos demais serviços de prestação jurisdicional.

Assim, desde outubro de 2014, passou-se a realização de audiências de custódia na Comarca de São Luís como ato procedimental necessário após a ocorrência de uma prisão em flagrante delito. As comarcas do interior do Estado só em momentos posteriores passariam a ter obrigação de realizar as audiências de custódia, desde que mantivessem estrutura de serviços adequados à sua recepção.

O Provimento nº 24/2014, da CGJMA, regulamentou os trâmites procedimentais para a realização da audiência de custódia, bem como estabelecendo qual a autoridade judicial competente para, ordinariamente, realizar o ato, no caso o juiz da Central de Inquéritos (MARANHÃO, 2014b).

Logo, os autos de prisão em flagrante recebidos na Comarca de São Luís durante o horário de expediente regular do Poder Judiciário do Maranhão (a ocorrer entre 08h até 18h) devem ser remetidos à unidade judicial da Central de Inquéritos, para que lá seja realizada a audiência de custódia presidida pelo seu magistrado.

A Central de Inquéritos – existente no Estado do Maranhão tão somente na comarca de sua Capital – é uma unidade judicial cuja instalação foi autorizada pela Resolução nº 10/2014, da Presidência do TJMA, e é composta por três juízes de direitos, sendo um deles o seu coordenador (MARANHÃO, 2014c). Compete à Central de Inquéritos o processamento de todos os inquéritos policiais da competência das varas criminais do termo judiciário de São Luís, conhecendo e decidindo os atos a eles relativos e seus incidentes e medidas cautelares, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Enquanto o procedimento para a apuração da prática de um crime ainda estiver em sua fase de investigação policial (a ocorrer em inquérito policial, presidido por um Delegado de Polícia), os atos judiciais necessários são realizados pela Central de Inquérito, tais como a análise das medidas cautelares nele incidentes, o que incluiu a análise de prisão preventiva e temporária. Por essa razão, a análise dos autos de prisão em flagrante, assim como da legalidade dessa prisão, e da necessidade de sua conversão em uma prisão cautelar, ou aplicação de outra medida passaram a ser de atribuição dos juízes da Central de Inquéritos, pois se trata de procedimento realizado na fase de investigação policial, anterior, portanto, a ação penal.

Após a conclusão do inquérito policial, o membro do Ministério Público poderá deflagrar a ação penal, que inaugurará o processo judicial para apuração da responsabilidade criminal. Este processo tramitará em uma das Varas Criminais de São Luís, que são as unidades judiciais com atribuição para a produção de provas (instrução processual) e julgamento do feito, bem como a análise da necessidade de aplicação de alguma medida cautelar nessa fase procedimental.

Desse modo, a Central de Inquéritos funciona de forma parecida com o juízo de garantias do modelo de países que o adotam.

Em São Luís, durante o regular normal de funcionamento do Poder Judiciário (expediente forense que ocorrer entre 08h e 18h), as audiências de custódia devem ser realizadas por um dos juízes da Central de Inquérito. No horário extraordinário de funcionamento (entre 18h e 08h do dia seguinte), os autos de prisão em flagrante devem ser analisados pelo juiz criminal plantonista, o qual estará incumbido de presidir a audiência de custódia. O Provimento nº 22/2015, da CGJMA, vinculou o serviço de plantão judicial criminal da Comarca de São Luís ao juízo da Central de Inquéritos, determinando que todas as audiências de custódia, realizadas durante o expediente forense ou em horário extraordinário, seja pelo juiz da Central, seja pelo juiz plantonista, deverá ser realizada dentro do âmbito e da estrutura da Central de Inquérito (MARANHÃO, 2015). Logo, todas as audiências são realizadas dentro da Central de Inquérito, e com sua estrutura, com a diferença de que se realizadas durante o horário regular de expediente forense serão presididas por juiz da Central de Inquérito, e se realizadas em horário extraordinário, serão presididas pelo juiz plantonista.

Como já visto na subseção 4.1, a UMF tem a função legal de monitorar e fiscalizar a aplicação das normas que dizem respeito às prisões, cautelares ou não. Dentro de suas atribuições, inclui-se a de acompanhar a realização das audiências de custódia no Estado do Maranhão, notadamente na Comarca de São Luís, local inaugural de implementação no Estado. Por meio do Termo de Compromisso nº 02<sup>12</sup>, firmado entre o TJMA e o CNJ, o Tribunal ficou incumbido de coletar os dados de todas as audiências de custódia realizadas no Estado, identificando além da sua quantidade, o tipo e número de decisões a serem proferidas em cada ato, para fins de acompanhamento.

Dentro dessa atribuição, a UMF passou a atuar em conjunto com a Central de Inquérito de São Luís e a identificar todas as audiências de custódia realizadas naquela unidade judicial. Assim, desde o início da realização das audiências em São

---

12 Cláusula oitava. [...]. Parágrafo único. O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão deverá coletar dados acerca da implementação da audiência de custódia, quantificando e identificando, diariamente, por comarca: o número de audiências de custódia realizadas. O tipo penal imputado nos autos de prisão em flagrante realizadas; o tipo penal imputado nos autos de prisão em flagrante à pessoa que participou da audiência de custódia; o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante; sua conversão em prisão preventiva; concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código Penal, identificando-as); conversão, pelo juiz competente, da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma; o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente, de modo a produzir um apanhado estatístico relacionado à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória, conforme prescreve a Resolução CNJ nº 66/2009 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015b).

Luís, no mês de outubro de 2014, a UMF passou a acompanhar todas as audiências realizadas, e publicar mensalmente em seu portal de internet<sup>13</sup> o quantitativo das audiências e os resultados dela procedentes, em especial o quantitativo de decretações de prisões preventivas, ou de liberdades provisórias, para o fim de informar a população em geral e formação de dados estatísticos.

Então, passou-se a coleta dos dados relevantes para a análise do objeto da presente investigação e divulgados pela UMF mensalmente em seu portal, referentes aos meses compreendidos entre outubro de 2014 a dezembro de 2019.

Elaboramos para cada um daqueles anos uma tabela com a divisão por meses, na qual há a indicação das audiências de custódia (decorrentes de autos de prisão em flagrante) realizadas naquele período, e as respectivas consequências, a saber: (I) concessão de liberdades provisórias, nas quais houve a aplicação de cautelares comuns (ou seja, as elencadas no art. 319, do CPP), ou aplicação de monitoração eletrônica (com o uso de tornozeleira), ou casos de internações e tratamentos psicológicos<sup>14</sup> nos Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), para os casos de inimputáveis; (II) relaxamento de prisão, para o caso de prisões em flagrantes nas quais não foram respeitados os requisitos legais (hipóteses não flagranciais ou auto de prisão eivado de vícios ou nulidades), hipótese em que o capturado é colocado em liberdade sem aplicação de qualquer medida, ou; (III) decretação de prisão preventiva, quando se mostrou imprescindível a conversão da prisão em flagrante em prisão cautelar, por insuficiência de outras cautelares para contenção do risco processual. Ainda, uma última divisão denominada de “outros casos” foi agregada à tabela, tratando-se de situações excepcionais, nas quais houve óbito do capturado antes da realização da audiência de custódia, ou quando o auto foi convertido em termo circunstanciado de ocorrência por se constatar que o crime era de menor potencial ofensivo, hipóteses essas não enquadráveis na divisão tripartite anteriormente mencionada.

Juntamente às tabelas anuais, foram criadas pequenas tabelas com a percentagem anual de cada uma das situações (prisão preventiva, liberdade

---

13 Disponível em: <<http://site.tjma.jus.br/umf/noticia/sessao/2191/publicacao/415083>>.

14 Os penalmente inimputáveis, ou seja, aqueles que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado eram ao tempo do fato criminoso inteiramente ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito (art. 26, do CP), não se submetem a pena de prisão, tampouco à prisão cautelar, estando sujeitos a medida de segurança, que são respectivamente a de internação ou tratamento ambulatorial (em São Luís o tratamento se realiza no CAPS), conforme art. 96, do CP. Essas medidas são aplicadas em caráter cautelar quando constatada alguma das hipóteses de incapacidade penal no auto de prisão em flagrante.

provisória e relaxamento de prisão), para adequada indicação anual dos resultados obtidos com as audiências de custódia realizadas no período. Para melhor visualização, foram criados gráficos com essas correspondências.

Após o detalhamento de todas as audiências de custódia realizadas em São Luís desde sua implementação até o final do ano de 2019, poder-se-á vislumbrar os seus resultados e fazer uma avaliação estatística, no sentido de se perquirir se atendeu ao seu escopo de redução gradativa do encarceramento preventivo, e, por via oblíqua, o de maior utilização das medidas cautelares criadas pela Lei nº 12.403/2011.

Para a apuração sobre a ocorrência de tortura ou maus tratos durante as prisões em flagrante, foi confeccionada uma tabela própria com a indicação dos períodos de apuração, o total de audiências de custódia realizadas e o total de relatos de tortura ou maus tratos pelos capturados em flagrante delito, acompanhado de um gráfico comparativo com os percentuais respectivos.

A UMF, nesse ponto, apenas recolheu os dados em um determinado período, compreendido entre fevereiro de 2017 a abril de 2018, interstício esse ao qual nos reportamos.

Para enriquecer a pesquisa nesse ponto, houve a elaboração de tabelas com os dados constantes do portal de internet do CNJ. Em uma delas, os dados recolhidos pelo CNJ de todas as audiências de custódia realizadas no Estado do Maranhão (comarcas do interior e capital) e respectivas narrativas de torturas ou maus tratos. Em outra, com as informações de todas as audiências de custódia realizadas no Brasil, que compreendem os 27 (vinte e sete) Tribunais das unidades da federação (Estados e Distrito Federal) e os 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais. Tais dados são obtidos pelo CNJ porque, de acordo com a Resolução nº 213/2015, o juiz após realizar a audiência deve cadastrar informações sobre elas no site do CNJ, possibilitando a criação de um banco de dados para informação do público e análise estatística. Essas duas tabelas, acompanhadas de gráficos, servem como parâmetro comparativo com a realidade de São Luís, a fim de se traçar um paralelo entre suas situações, bem como analisar o quantitativo de relatos de torturas ou maus tratos, e a sua relevância.

## **5.5 Resultados:** análise e discussão

Conforme enunciado no procedimento, Tabelas e Gráficos a seguir demonstram os dados obtidos na pesquisa das audiências de custódia realizadas na unidade judicial da Central de Inquéritos de São Luís/MA, no período compreendido entre outubro de 2014 até dezembro de 2019.

Para cada ano foi feita uma tabela autônoma, para melhor visualização dos dados a cada ano, bem como a evolução dos resultados, o que permite uma melhor análise e discussão sobre os dados obtidos e ao fim, um gráfico com a divisão dos dados por ano permite a comparação dos resultados, bem como a progressão das consequências das audiências de custódia ao longo do tempo (TABELAS 1 a 14 e GRÁFICO 1).

**Tabela 1 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2014**

Ano	Mês	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão	Outros casos	Decretação de Prisão Preventiva			
			Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS				Qt.	Qt.	Qt.	%
			Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%						
2014	Out.	11	6	54,55	0	0	0	0	0	0	5	45,45		
	Nov.	41	20	48,78	0	0	0	0	0	0	21	51,21		
	Dez.	40	15	37,50	8	20,00	0	0	0	0	17	42,50		
<b>TOTAL</b>		<b>92</b>	<b>41</b>	<b>44,57</b>	<b>8</b>	<b>8,70</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>43</b>	<b>46,74</b>		

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 2 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2014**

ANO DE 2014		
Descrição	Qt.	%
Prisão Preventiva	43	46,74
Liberdade Provisória	49	53,26
Relaxamento de Prisão	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>92</b>	<b>100,00</b>

Fonte: dados da pesquisa.

**Tabela 3 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2015**

Ano	Mês	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão		Outros casos	Decretação de Prisão Preventiva	
			Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS						
			Qt.	Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%	Qt.	Qt.
2015	Jan.	39	11	28,21	7	17,95	0	0	1	2,56	0	20	51,28
	Fev.	57	21	36,84	14	24,56	0	0	4	7,01	0	18	31,57
	Mar.	65	21	32,31	13	20,00	1	1,54	7	10,76	0	23	35,38
	Abr.	53	11	20,75	20	37,74	0	0	0	0	0	22	41,50
	Mai	61	5	8,20	22	36,07	0	0	1	1,63	0	33	54,09
	Jun.	107	21	19,63	19	17,76	1	0,93	0	0	0	66	61,68
	Jul.	209	90	43,06	9	4,31	0	0	1	0,47	0	109	52,15
	Ago.	146	35	23,97	27	18,49	1	0,68	6	4,10	0	77	52,73
	Set.	113	22	19,47	26	23,01	0	0	14	12,38	0	51	45,13
	Out.	73	22	30,14	16	21,92	0	0	1	1,36	0	34	46,57
	Nov.	104	26	25,00	32	30,77	0	0	2	1,92	1	43	41,34
	Dez.	127	21	16,54	34	26,77	0	0	4	3,14	2	66	51,96
<b>TOTAL</b>		<b>1.154</b>	<b>306</b>	<b>26,52</b>	<b>239</b>	<b>20,71</b>	<b>3</b>	<b>0,26</b>	<b>41</b>	<b>3,55</b>	<b>3</b>	<b>562</b>	<b>48,70</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 4 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2015**

ANO DE 2015		
Descrição	Qt.	%
Prisão Preventiva	562	48,70
Liberdade Provisória	548	47,48
Relaxamento de Prisão	41	3,55
<b>TOTAL</b>	<b>1151</b>	<b>100,00</b>

Fonte: dados da pesquisa

**Tabela 5 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2016**

Ano	Mês	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão		Outros casos		Decretação de Prisão Preventiva	
			Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS		Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%
			Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%						
2016	Jan.	172	52	30,23	25	14,53	0	0	3	1,74	1	0,58	91	52,90
	Fev.	147	46	31,29	25	17,01	0	0	13	8,84	2	1,36	61	41,49
	Mar.	98	28	28,57	8	8,16	0	0	1	1,02	2	2,04	59	60,20
	Abr.	102	40	39,22	12	11,76	0	0	3	2,94	0	0	47	46,07
	Mai	113	27	23,89	32	28,32	0	0	3	2,65	2	1,76	49	43,36
	Jun.	112	19	16,96	25	22,32	0	0	6	5,35	1	0,89	61	54,46
	Jul.	149	61	40,94	1	0,67	0	0	2	1,34	0	0	85	57,04
	Ago.	144	59	40,97	0	0	2	1,39	1	0,69	0	0	82	56,94
	Set.	117	35	29,91	26	22,22	0	0	1	0,85	0	0	55	47,00
	Out.	98	7	7,14	24	24,49	0	0	7	7,14	2	2,04	58	59,18
	Nov.	118	18	15,25	13	11,02	0	0	5	4,23	2	1,69	80	67,79
	Dez.	152	44	28,95	17	11,18	1	0,66	10	6,57	3	1,97	77	50,65
<b>TOTAL</b>		<b>1.522</b>	<b>436</b>	<b>28,65</b>	<b>208</b>	<b>13,67</b>	<b>3</b>	<b>0,20</b>	<b>55</b>	<b>3,61</b>	<b>15</b>	<b>0,98</b>	<b>805</b>	<b>52,89</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 6 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2016**

ANO DE 2016		
Descrição	Qt.	%
Prisão Preventiva	805	52,89
Liberdade Provisória	647	42,50
Relaxamento de Prisão	55	3,61
<b>TOTAL</b>	<b>1507</b>	<b>100,00</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 7 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2017**

Ano	Mês	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão		Outros casos		Decretação de Prisão Preventiva	
			Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS		Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%
			Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%						
2017	Jan.	161	57	35,40	16	9,94	1	0,62	4	2,48	0	0	83	51,55
	Fev.	118	28	23,73	15	12,71	0	0	0	0	1	0,84	74	62,71
	Mar.	125	10	8,00	12	9,60	0	0	3	2,4	4	3,2	96	76,8
	Abr.	194	51	26,29	24	12,37	0	0	6	3,09	1	0,51	112	57,73
	Mai	222	61	27,48	35	15,77	0	0	4	1,80	13	5,85	109	49,09
	Jun.	174	36	20,69	15	8,62	0	0	7	4,02	2	1,14	114	65,51
	Jul.	202	84	41,58	18	8,91	0	0	2	0,99	0	0	98	48,51
	Ago.	165	36	21,82	17	10,30	0	0	1	0,60	0	0	111	67,27
	Set.	221	42	19,00	28	12,67	1	0,45	4	1,80	0	0	146	66,06
	Out.	150	29	19,33	11	7,33	0	0	3	2,00	0	0	107	71,33
	Nov.	219	30	13,70	26	11,87	0	0	3	1,36	4	1,82	156	71,23
	Dez.	131	41	31,30	15	11,45	0	0	8	6,10	5	3,81	62	47,32
<b>TOTAL</b>		<b>2.082</b>	<b>505</b>	<b>24,26</b>	<b>232</b>	<b>11,14</b>	<b>2</b>	<b>0,10</b>	<b>45</b>	<b>2,16</b>	<b>30</b>	<b>1,44</b>	<b>1.268</b>	<b>60,90</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 8 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2017**

ANO DE 2017		
Descrição	Qt.	%
Prisão Preventiva	1268	60,90
Liberdade Provisória	739	35,49
Relaxamento de Prisão	45	2,16
<b>TOTAL</b>	<b>2052</b>	<b>98,55</b>

**Tabela 9 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2018**

Ano	Mês	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão		Outros casos		Decretação de Prisão Preventiva	
			Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS							
			Qt.	Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%	Qt.
2018	Jan.	247	39	15,79	23	9,31	0	0	11	4,45	6	2,42	168	68,01
	Fev.	170	43	25,19	29	17,06	0	0	0	0	4	2,35	94	55,29
	Mar.	87	14	16,09	10	11,49	0	0	1	1,14	0	0	62	71,26
	Abr.	117	14	11,97	10	8,55	0	0	2	1,70	0	0	91	77,77
	Mai	104	18	17,31	15	14,42	0	0	3	2,88	0	0	68	65,38
	Jun.	87	19	21,84	5	5,75	0	0	0	0	0	0	63	72,41
	Jul.	117	18	15,38	10	8,55	0	0	2	1,70	0	0	87	74,35
	Ago.	143	20	13,99	21	14,69	0	0	5	3,49	0	0	97	67,83
	Set.	136	19	13,97	19	13,97	0	0	3	2,20	1	0,73	94	69,11
	Out.	122	4	3,28	23	18,85	0	0	0	0	0	0	95	77,86
	Nov.	175	38	21,71	30	17,14	0	0	2	1,14	1	0,57	104	59,42
	Dez.	72	15	20,83	11	15,28	0	0	1	1,38	1	1,38	44	61,11
<b>TOTAL</b>		<b>1.577</b>	<b>261</b>	<b>16,55</b>	<b>206</b>	<b>13,06</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>30</b>	<b>1,90</b>	<b>13</b>	<b>0,82</b>	<b>1.067</b>	<b>67,66</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 10 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2018**

ANO DE 2018		
Descrição	Qt.	%
Prisão Preventiva	1.067	67,66
Liberdade Provisória	467	29,61
Relaxamento de Prisão	30	1,90
<b>TOTAL</b>	<b>1564</b>	<b>99,17</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 11 – Audiências de custódia realizadas no ano de 2019**

Ano	Mês	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão		Outros casos		Decretação de Prisão Preventiva	
			Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS		Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%
			Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%						
2019	Jan.	127	22	17,32	18	14,17	0	0	0	0	0	0	87	68,50
	Fev.	77	3	3,90	8	10,39	0	0	0	0	0	0	66	85,71
	Mar.	167	23	13,77	31	18,56	0	0	6	3,59	0	0	107	64,07
	Abr.	142	27	19,01	11	7,75	0	0	3	2,11	0	0	101	71,12
	Mai	165	29	17,58	22	13,33	0	0	0	0	0	0	114	69,09
	Jun.	149	18	12,08	15	10,07	0	0	3	2,01	0	0	113	75,83
	Jul.	104	8	7,69	13	12,50	0	0	3	2,88	2	1,92	78	75,00
	Ago.	160	15	9,38	31	19,38	0	0	2	1,25	3	1,87	109	68,12
	Set.	165	22	13,33	42	25,45	0	0	4	2,42	0	0	97	58,78
	Out.	185	32	17,30	44	23,78	0	0	0	0	7	3,78	102	55,13
	Nov.	111	21	18,92	18	16,22	0	0	4	3,60	6	5,40	62	55,85
	Dez.	148	24	16,22	24	16,22	0	0	0	0	0	0	100	67,56
<b>TOTAL</b>		<b>1.700</b>	<b>244</b>	<b>14,35</b>	<b>277</b>	<b>16,29</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>25</b>	<b>1,47</b>	<b>18</b>	<b>1,05</b>	<b>1.136</b>	<b>66,82</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 12 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia em 2019**

ANO DE 2019		
Descrição	Qt.	%
Prisão Preventiva	1.136	66,82
Liberdade Provisória	521	30,64
Relaxamento de Prisão	25	1,47
<b>TOTAL</b>	<b>1682</b>	<b>98,93</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 13 – Total de audiências de custódia realizadas entre 2014 a 2019 e consequências**

Ano	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias						Relaxamento de Prisão	Outros casos	Decretação de Prisão Preventiva			
		Cautelares comuns		Tornozeleiras		Internações e Tratamento CAPS							
		Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%					Qt.	%
2014	92	41	44,57	8	8,70	0	0	0	0	0	0	43	46,74
2015	1.154	306	26,52	239	20,71	3	0,26	41	3,55	3	0,25	562	48,70
2016	1.522	436	28,65	208	13,67	3	0,20	55	3,61	15	0,98	805	52,89
2017	2.082	505	24,26	232	11,14	2	0,10	45	2,16	30	1,44	1.268	60,90
2018	1.577	261	16,55	206	13,06	0	0	30	1,90	13	0,82	1.067	67,66
2019	1.700	244	14,35	277	16,29	0	0	25	1,47	18	1,05	1.136	66,82
<b>TOTAL</b>	<b>8.127</b>	<b>1.793</b>	<b>22,06</b>	<b>1.170</b>	<b>14,40</b>	<b>8</b>	<b>0,10</b>	<b>196</b>	<b>2,41</b>	<b>79</b>	<b>0,97</b>	<b>4.881</b>	<b>60,05</b>

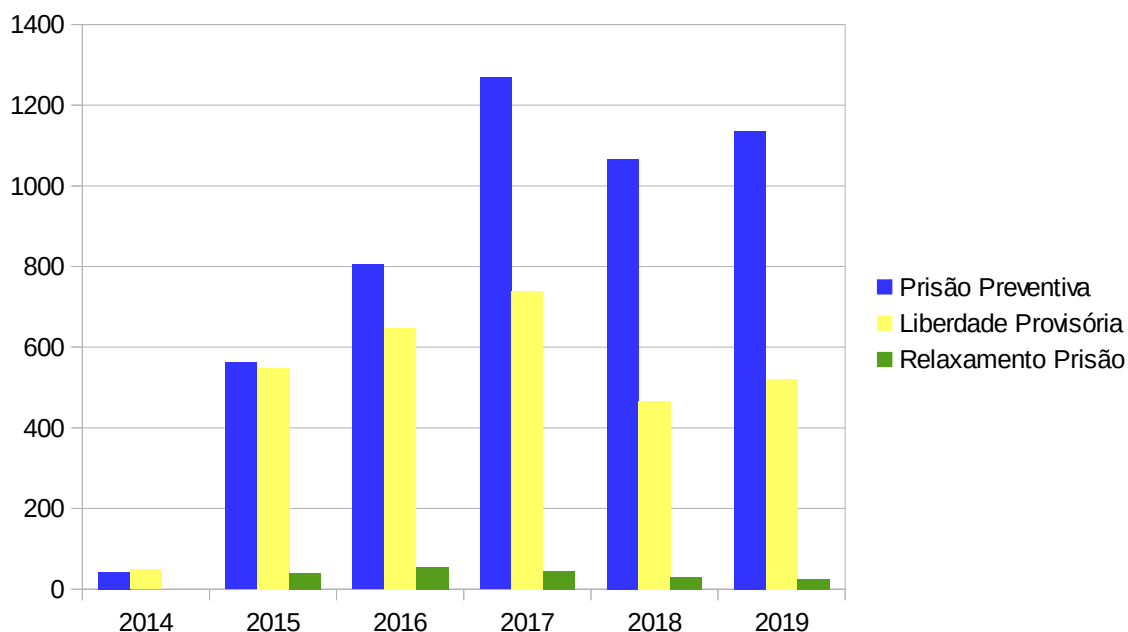
Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 14 – Resultados das decisões prolatadas nas audiências de custódia realizadas entre 2014 a 2019**

Ano	Audiências realizadas	Liberdades Provisórias		Relaxamento de Prisão		Decretação de Prisão Preventiva	
		Qt.	%	Qt.	%	Qt.	%
2014	92	49	53,26	0	0	43	46,74
2015	1.154	548	47,48	41	3,55	562	48,70
2016	1.522	647	42,50	55	3,61	805	52,89
2017	2.082	739	35,49	45	2,16	1.268	60,90
2018	1.577	467	29,61	30	1,90	1.067	67,66
2019	1.700	521	30,64	25	1,47	1.136	66,82
<b>TOTAL</b>	<b>8.127</b>	<b>2.971</b>	<b>36,55</b>	<b>196</b>	<b>2,41</b>	<b>4.881</b>	<b>60,05</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Gráfico 1 – Comparativo das consequências das audiências de custódia entre 2014 a 2019**



Fonte: Dados da pesquisa.

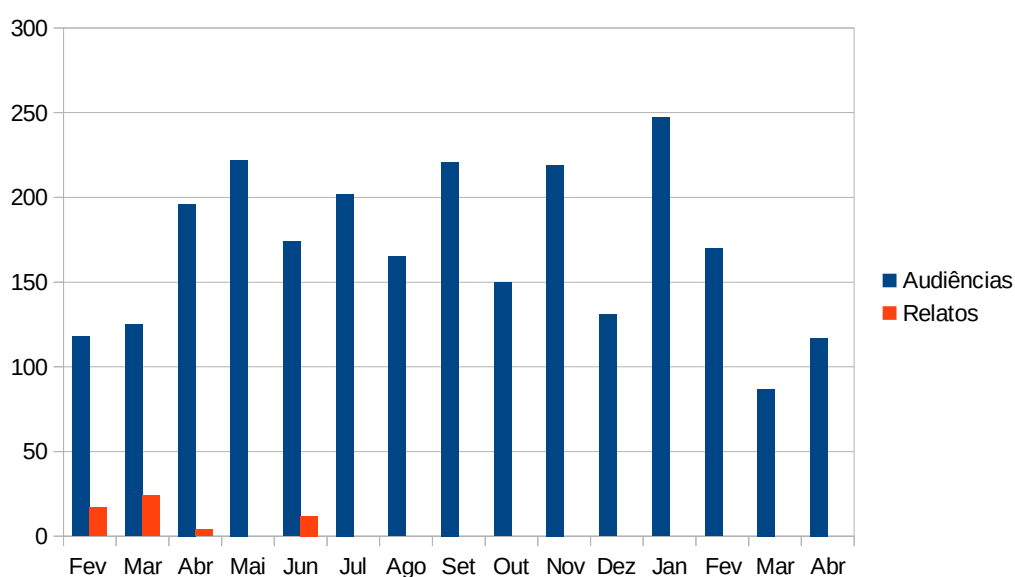
Em sequência, consta a Tabela 15, na qual houve apuração de relatos de tortura e maus tratos nas audiências de custódia realizadas naquela unidade judicial, no interstício compreendido entre fevereiro de 2017 a abril de 2018. A referida Tabela está acompanhada do Gráfico 2, bem como das Tabelas 16 e 17, que trazem os dados referentes aos relatos de tortura e maus tratos em audiências de custódia ocorridas nas comarcas do Maranhão e no Brasil.

**Tabela 15 – Relatos de tortura ou maus tratos em audiências de custódia realizadas em São Luís/MA**

MESES/ANO		QUANTIDADE AUDIÊNCIAS	RELATOS DE TORTURA OU MAUS TRATOS	
2017	2018	Qt.	Qt.	%
Fev.	-	118	17	14,40
Mar.	-	125	24	19,20
Abr.	-	196	4	2,04
Mai	-	222	0	0
Jun.	-	174	12	6,89
Jul.	-	202	0	0
Ago.	-	165	0	0
Set.	-	221	0	0
Out.	-	150	0	0
Nov.	-	219	0	0
Dez.	-	131	0	0
-	Jan.	247	0	0
-	Fev.	170	0	0
-	Mar.	87	0	0
-	Abr.	117	0	0
<b>TOTAL</b>		<b>2.544</b>	<b>57</b>	<b>2,24</b>

Fonte: Dados da pesquisa.

**Gráfico 2 – Proporção entre relatos de tortura ou maus tratos e total de audiências de custódia realizadas em São Luís**



Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 16 – Relatos de tortura e maus tratos em audiências de custódia no Estado do Maranhão e no Brasil**

ESTATÍSTICA DO CNJ SOBRE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO MARANHÃO <sup>15</sup>					
Total de Audiências	Prisão Domiciliar	Liberdade Concedida	Prisão Preventiva	Serviço Social	Relato tortura ou maus tratos
14.343	15	6.133	8.195	228	928 (6,47%)

Fonte: Dados da pesquisa.

**Tabela 17 – Relatos de tortura e maus tratos em audiências de custódia no Brasil**

ESTATÍSTICA DO CNJ SOBRE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM TODO O BRASIL					
Total de Audiências	Prisão Domiciliar	Liberdade Concedida	Prisão Preventiva	Serviço Social	Relato tortura ou maus tratos
724.690	782	291.419	432.486	28.087	40.783 (5,62%)

Fonte: Dados da pesquisa.

De acordo com os dados colhidos, pode-se verificar que desde a implantação das audiências de custódia em São Luís/MA houve um gradativo aumento da realização desse ato procedimental até o ano de 2017, a partir do qual houve uma estabilização em seu quantitativo, variando um pouco para menos até o fim de 2019.

No que tange à expectativa de diminuição gradual dos decretos de prisão preventiva com a prática da audiência de custódia, com a conseqüente expectativa de redução de encarceramento provisório, os dados recolhidos na Central de Inquéritos de São Luís/MA demonstram o que segue.

Em termos percentuais, a cada ano houve um aumento no número de decreto de prisões preventivas como resultado das audiências de custódia. Enquanto em 2014, as prisões preventivas representaram 46,73% das audiências realizadas, no ano de 2019, as prisões preventivas representaram 66,82% das audiências realizadas, numa média de 60,05% para o período total.

<sup>15</sup> Dados estatísticos colhidos no site do CNJ e atualizados até 16/05/2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Quando da realização de uma audiência de custódia em qualquer comarca do Brasil é necessário o seu cadastro no sistema SISTAC do CNJ, na qual consta uma série de dados a serem preenchidos pelo juiz que presidiu a audiência, entre eles a eventual narrativa de maus tratos ou tortura pelos presos, o que permite a colheita de dados pelo Conselho e sua divulgação ao público para fins de informação e estatístico em seu site. É possível a consulta segmentada de dados, sejam dados referentes apenas a algum Tribunal do Brasil, como foi o caso da consulta relativa ao TJMA (a qual abrange todas as suas comarcas), ou a consulta a todos os Tribunais do país.

Por outro lado, as liberdades provisórias seguiram uma proporção inversa, pois, no ano de 2014, a concessão de liberdades provisórias – com a aplicação de alguma medida cautelar de natureza pessoal – representou o percentual de 53,26% das audiências de custódia realizadas. Gradativamente, ano após ano, houve uma diminuição desse percentual, de modo que, no ano de 2019, apenas 30,64% das audiências de custódia resultaram na concessão de liberdade provisória.

Portanto, é possível concluir que, de acordo com os dados recolhidos de todas as audiências de custódia realizadas pela unidade judicial da Central de Inquéritos, em São Luís/MA, o objetivo esperado pelos idealizadores da audiência de custódia, qual seja, o de redução gradual de prisões preventivas e do encarceramento provisório, com a maior concessão de liberdades provisórias com o uso de medidas cautelares diversas da prisão, não foi alcançado. Isso porque, de acordo com a pesquisa empírica, houve um efeito contrário ao esperado com a implementação da audiência de custódia em São Luís, com o aumento ano após ano dos decretos de prisões preventivas em audiência, e a redução das concessões de liberdades provisórias.

Os dados demonstram, ainda, que não há relação necessária entre realização de audiência de custódia e redução gradativa do encarceramento cautelar.

De outro lado, todas as liberdades provisórias foram concedidas com a aplicação de alguma medida cautelar de natureza pessoal, sejam as medidas cautelares denominadas como comuns, seja a medida cautelar de monitoramento eletrônico (utilização de tornozeleira). Nesse ponto, percebe-se que as medidas cautelares instituídas pela Lei nº 12.403/2011 têm sido utilizadas como condicionantes à concessão de liberdade provisória, e de modo preferencial à prisão preventiva. Nesse aspecto, a audiência de custódia tem se mostrado como um instrumento de garantia da presunção de inocência enquanto regra de trato, com a priorização da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Das audiências de custódia, verifica-se que não houve concessão de liberdade provisória pura, ou seja, sem a aplicação de medidas cautelares. Apenas nos casos de relaxamento da prisão em flagrante (por invalidade ou nulidade da prisão ou do seu procedimento), os capturados foram postos em liberdade sem qualquer condicionante.

Quanto à utilidade da audiência de custódia para combater os maus tratos e torturas nas prisões em flagrante, por meio do relato do preso em audiência a um juiz togado, os dados recolhidos nas audiências realizadas na unidade judicial de São Luís/MA no período compreendido entre fevereiro de 2017 a abril de 2018 revelaram que em apenas 2,24% das audiências houve relato de maus tratos ou tortura pelo preso.

Trata-se de um quantitativo de relatos muito baixo, mesmo quando comparado ao percentual do Brasil (5,62%) ou a de todas as comarcas do Maranhão (6,47%). Deve-se destacar que o relato de maus tratos ou tortura não significa que necessariamente ocorreu tal violência quando da prisão ou nos momentos que a sucederam. O relato é um indício inicial, o qual dará início a uma investigação que concluirá se o ilícito ocorreu ou não.

Importante destacar uma situação que muitas vezes ocorre no cotidiano forense. Uma pessoa presa em flagrante, por vários motivos, inclusive arrependimento, quando apresentada ao Delegado de Polícia, acaba por confessar a prática da infração, descrevendo-lhe os motivos e circunstâncias da fato criminoso. No entanto, após consultar-se com um advogado, como estratégia para sua defesa técnica, percebe que a confissão que lhe foi prejudicial. Então, quando apresentada ao juiz em audiência de custódia, afirma que sua confissão foi obtida mediante tortura, e que aquela não era sua intenção, e que os fatos narrados ao Delegado em interrogatório não são verdadeiros. Não se está aqui a questionar a legitimidade ou eticidade de tal ato, mas apenas informar que é uma situação que ocorre no cotidiano forense, e que algumas das narrativas de tortura em audiência de custódia não revelariam efetivamente uma violência policial.

Outras situações poderiam dar ensejo a eventual violência por parte dos agentes de polícia, como legítima defesa no momento da prisão, a resistência ao ato de captura, ou mesmo o ferimento involuntário do capturado num ato de fuga, a exemplo de uma queda.

O ideal é que nenhum tipo de violência ocorra no momento da prisão, e que todos os direitos e garantias individuais sejam respeitados pelos agentes públicos. A audiência de custódia tem como objetivo revelar a violência ocorrida nas prisões, de modo a dar início em investigações para apurações e para coibir futuras transgressões em novas prisões. Os dados colhidos, no entanto, revelaram um baixo percentual de narrativas de violência pelos presos em audiência de custódia.

Ainda assim, o número de efetivas ocorrências pode ser ainda mais baixo que o declarado, em face dos motivos acima narrados.

## 6 CONCLUSÕES

Após o estudo teórico e empírico, foi possível o alcance de algumas conclusões acerca do tema das prisões preventivas e das audiências de custódia.

Como visto, a prisão preventiva é uma medida excepcional, e apenas deve ter lugar quando nenhuma das outras medidas cautelares de natureza pessoal forem suficientes para a contenção do risco que a liberdade da pessoa humana possa representar à investigação ou ao processo penal. Desse modo, o conhecimento de cada uma das medidas cautelares presentes no ordenamento brasileiro, e à disposição do operador jurídico, mostrou-se importante, como forma de priorizá-las em detrimento da aplicação da prisão cautelar, mormente como respeito à garantia universal da presunção de inocência, em sua vertente de regra de tratamento (ou trato).

No que tange à audiência de custódia, seu objetivo primordial foi o reduzir os decretos de prisões preventivas, e evitar o encarceramento provisórios das pessoas, com a intenção de viabilizar uma melhor valoração e aplicação das medidas alternativas. O ambiente do cárcere no Brasil não tem se mostrado adequado para as finalidades de ressocialização, ao contrário, revela, de acordo com estudos do CNJ, ser ambiente com pouca higiene, salubridade, e muitas vezes comandados por organizações criminosas. Nesse sentido, os escopos para a implementação da audiência de custódia se mostraram valorosos e consentâneos com os princípios internacionais de direitos humanos nos quais seus idealizadores se basearam para sua adoção no Brasil.

Por outro lado, existe uma crise de legitimidade para a implementação da audiência de custódia no Brasil pois, em que pese uma previsão geral em tratados internacionais de direitos humanos, a previsão no ordenamento nacional, bem como o seu disciplinamento, devem se operar por lei, que é atribuição exclusiva do Poder Legislativo, através do qual, os representantes populares podem, e devem, discorrer e debater sobre todos os aspectos pertinentes para a adequação desse instrumento no país. O disciplinamento legal de um instituto tipicamente processual por meio de atos administrativos de Tribunais e órgãos do Poder Judiciário parece, para muitos, uma intromissão indevida em competências exclusivas de outros poderes da República – especialmente por se tratar do poder que legisla, no qual o povo está diretamente representado –, apesar da boa intenção dos idealizadores.

Ademais disso, a implementação da audiência de custódia, com a alteração da legislação processual penal, é uma medida de política criminal, pois visa à redução do encarceramento, com a preservação da liberdade e dignidade humanas, bem como redução do custo estatal com a manutenção de estabelecimentos prisionais. A formulação de políticas criminais, por dizerem respeito a interesses fundamentais da pessoa humana, não podem ser construídas com base em meras suposições. Ao contrário, devem estar lastreadas em estudos empíricos e explicativos, próprios da criminologia, e das ciências humanas e sociais, para melhor equalização das alterações legislativas, e alocação do orçamento estatal da forma que melhor atenda ao interesse público e social. Nesse sentido, destaca-se:

A utilização da Criminologia, sob o enfoque da análise criminal, estatística qualitativa ou jurimetria, [...] é predominantemente empírica, científica, acadêmica e metodológica, com aplicação direta na gestão racional e científica da segurança pública e da construção de uma doutrina racional de produção da lei penal. (MORAES; FERRACINI NETO, 2019, p. 26).

Por esse aspecto, o presente estudo se mostrou importante, com a realização de análise empírica dos efeitos da implementação da audiência de custódia, para aferição de sua eficiência, para servir como um dos parâmetros ao legislador, para sopesar de modo racional se convém a manter no ordenamento, ou investir seus recursos em melhorias no sistema carcerário e de ressocialização.

Ainda, o modo como a audiência é realizada no Brasil não parece ser apropriado, pois não é autorizado ao juiz, nem ao promotor de justiça ou defensor, realizarem perguntas ao preso sobre os fatos criminosos, o que não permite uma análise total do conjunto que envolve o preso e o fato, o que inviabiliza a seleção da melhor e mais adequada medida cautelar ao caso, no lugar do decreto de uma prisão. O fundamento dessa vedação é a não contaminação subjetiva do magistrado, pois no futuro realizará o julgamento da causa e já estará imbuído com uma eventual predisposição psicológica adquirida no momento da audiência de custódia.

Outros sistemas jurídicos nos quais se realiza audiência semelhante com a custódia brasileira, a exemplo do sistema português, o juiz que decreta as medidas cautelares (no caso, as de coacção), não pode ser o mesmo que julgará a causa posteriormente. Esse sistema se mostra adequado, pois não limita a cognição fática do juiz responsável pela aplicação das cautelares. No caso do Brasil, houve a

criação do juiz de garantias, o qual estaria responsável pela decretação de cautelares (inclusive de prisão), em momento pré-processual, o que incluiu as audiências de custódia. Porém, sua criação poderia representar um alto custo ao Estado, pois grande parte das comarcas do Brasil possuem apenas um juiz, e a criação do magistrado de garantias importaria na contratação de outro juiz para essa função, e da estrutura para comportá-lo. Também por essa razão a realização de estudo prévio e empírico sobre a efetividade da audiência de custódia se mostrou adequado para a melhor tomada de decisão pelo legislador na formulação da política criminal e gestão do orçamento público.

O estudo empírico relevou que no período inicial da implantação da audiência de custódia na unidade judicial de São Luís/MA, os magistrados acabaram por conceder um maior número de liberdades provisórias, com o uso de medidas cautelares. No entanto, com o decorrer do tempo, a média anual de decretos de prisões preventivas se elevou a cada ano, atingindo no ano de 2019 o patamar de 66,82% dos casos das audiências realizadas. Com efeito, a análise empírica demonstrou que não há uma relação necessária entre a realização de audiências de custódia e a redução gradual do número de decretos de prisões preventivas. Ao contrário, com o passar do tempo, o número de prisões tem crescido nas audiências.

No entanto, se tomados outros pressupostos para a análise dos dados recolhidos, pode-se chegar a conclusão um pouco diversa, a qual poderia demonstrar que a audiência de custódia em algum grau representaria a diminuição de prisões cautelares.

Conforme visto na parte teórica, no item sobre mitigações para a realização de audiência de custódia, foi esposado o entendimento sufragado por vários Tribunais do país no sentido de que ao juiz é permitida a imediata concessão de liberdade provisória – com ou sem cumulação com medidas cautelares –, sem necessidade de realização de audiência de custódia, após o recebimento do auto de prisão em flagrante. Igualmente, em mesma circunstância, autorizou-se o magistrado a relaxar imediatamente uma prisão ilegal, sem necessidade de aguardar para fazê-lo em audiência de custódia. Tal entendimento jurisprudencial começou a se firmar com o tempo e, nos dias atuais, foi referendada por um ato administrativo da CGJMA do Maranhão. Trata-se, como visto, de prática benéfica ao preso, pois evita-se de aguardar até a realização de uma audiência para colocá-lo

solto – por concessão de liberdade provisória ou relaxamento de prisão ilegal – quando é possível fazê-lo desde logo.

Deve-se ressaltar que é uma vertente de interpretação do instituto, porém, não se trata de uma imposição legal de aplicação, apenas possibilidade de interpretação autorizada aos magistrados. Mesmo com tal possibilidade, muitos magistrados continuaram entendendo ser obrigatória a realização da audiência, sendo que apenas nessa oportunidade seria adotada uma das três consequências (decretação da prisão preventiva, concessão da liberdade provisória ou relaxamento da prisão ilegal), de modo a permitir uma prévia manifestação dos interessados antes de proferir essa decisão. Porém, outros magistrados, por entenderem se tratar de uma situação menos prejudicial ao preso, por liberá-lo imediatamente (sem necessidade de aguardar a realização do ato), passaram a adotá-la, concedendo de pronto o benefício, acaso presentes os requisitos necessários. Para estes juízes, a audiência de custódia apenas é realizada se for vislumbrada a possibilidade de decretação de prisão, caso contrário, já se decide imediatamente pela soltura do preso.

Acaso os magistrados que atuam Central de Inquérito de São Luís tenham adotado esse entendimento jurisprudencial, muitas das suas decisões de liberdade provisória não foram contabilizadas nas estatísticas, pois decorrem de decisões proferidas antes da audiência de custódia, e os dados recolhidos dizem respeito unicamente às decisões proferidas em audiências de custódia. Assim, se as audiências, em tal hipótese, ficaram reservadas apenas para os casos em que se vislumbrou previamente a possibilidade de decretação de prisão preventiva e, após a audiência (onde houve oitiva do preso e manifestações), o juiz optou por conceder liberdade provisória, significa dizer que a audiência de custódia serviu como um instrumento eficaz para a redução de decreto de prisão. Se existia uma prévia inclinação para a decretação da prisão – já que não concedida de plano a liberdade - e após a realização da audiência em média 30% de liberdades foram concedidas, significa dizer que a sistemática adotada no ato serviu para inibir o uso da prisão, com a adoção de outras medidas suficientes para o fim processual.

A UMF que é órgão estatal responsável pela colheita dos dados não leva em conta, no entanto, tal variação. Para que os dados oficiais tenham uma maior capacidade de espelhar a realidade, seria importante a introdução de um item que diga respeito a eventual concessão de liberdade por decisão anterior à realização da

audiência de custódia. Isso possibilitaria uma melhor interpretação do fenômeno, bem como uma maior precisão para a análise do alcance dos fins da audiência de custódia. O certo é que a mitigação é uma tendência da jurisprudência, porém, não se trata de uma regra de obrigatória observância, pois não decorre de norma. Pode ser que no futuro tal entendimento seja superado, e a audiência se mostre como obrigatória para todas as situações. Por essa razão, muito provavelmente, a UMF se limita a colher os dados unicamente das audiências realizadas.

Porém, ao se limitar a análise do fenômeno apenas pelos resultados obtidos em audiência, esses revelaram que a audiência de custódia não se mostrou como instrumento útil e eficaz para a redução gradual do encarceramento provisório. Ao contrário, demonstrou que, paulatinamente, o comportamento do Poder Judiciário – no tempo e espaço definidos, ou seja, Central de Inquéritos de São Luís/MA – foi de decretar mais prisões preventivas e conceder menos liberdades provisórias no ato da audiência de custódia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara Federal. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6620, de 6 de dezembro de 2016c**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Câmara Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 112, de 21 de novembro de 2011e**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528162>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Câmara Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 89, de 09 de julho de 2015b**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Gráfica do Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Código de Processo Civil. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1939. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 ago. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, 07 jul. 1992b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, 09 nov. 1992a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **[Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941a](#)**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 2004b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 08 ago. 2006a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 24 ago. 2006b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código

de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 09 jan. 2009c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 08 dez. 2009b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12106.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial da União**, 16 jun. 2010b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 05 mai. 2011a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**, 21 jun. 2013b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. **Diário Oficial da União**, 19 dez. 2018a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. **Diário Oficial da União**, 14 mai. 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, 24 dez. 2019f. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm#livroiituloiv](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#livroiituloiv). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, 22 dez. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, 26 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 7.627, de 26 de agosto de 2011. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, 25 nov. 2011c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 7 de setembro de 2011d**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC nº 219.101/RJ**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 10/04/2012, publicado no DJ em 08/05/2012a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC nº 228.023/SC**. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ). Julgado em 19/06/2012, publicado no DJ em 01/08/2012b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC nº 423.564/SC**. Relator: Ministro Joel Illan Paciornick. Julgado em 13/11/2018, publicado no DJ em 28/11/2018d. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC nº 85.412/RJ**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves de Lima. Julgado em 22/04/2008, publicado no DJ em 01/02/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **RHC nº 103.333/MG**. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 06/12/2018, publicado no DJ em 12/12/2018c. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **RHC nº 26.499/MG**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 04/02/2010, publicado no DJ em 01/03/2010a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **RHC nº 94.320/BA**. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 09/10/2018, publicado no DJ em 24/10/2018b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **AgRg no REsp nº 1.769.759/SP**. Relator: Ministro Nefi Coredeiro. Julgado em 07/05/2019, publicado no DJ em 14/05/2019A. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC nº 114.734/ES**. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 17/03/2009, publicado no DJ em 30/03/2009a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC nº 28.530/SP**. Relator: Ministro Paulo Medina. Julgado em 04/12/2003, publicado no DJ em 17/05/2004a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC nº 474.093/SP**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 04/12/2018, publicado no DJ em 04/02/2019g. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **RHC nº 5.650/RS**. Relator: Ministro Vicente Leal. Julgado em 02/06/1997, publicado no DJ em 01/09/1997. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **AgRg na AP nº 675/GO**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJ em 01/02/2013a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tese nº 08**: Jurisprudência em teses. ed. 120. [S. I.]: STJ, 2019h. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **AgRg no HC nº 173.340/SP**. Relatora: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 30/08/2019, publicado no DJ em 13/09/2019d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC nº 113.334/RS**. Relatora: Ministra Rosa Weber, redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli, julgado em 18/02/2014, publicado no DJ em 20/03/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC nº 167.463/SE**. Relator: Ministro Marco Aurélio julgado em 27/08/2019, publicado no DJ em 30/09/2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC nº 90.464/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 10/04/2007, publicado no DJ em 04/05/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **AgRg no HC nº 166.655/PA**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 01/03/2019, publicado no DJ em 08/03/2019e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC nº 94.147/RJ**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 26/05/2008, publicado no DJ em 12/06/2008b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.448/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado monocraticamente em 02/02/2016, publicado no DJ em 05/02/2016d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial na ADPF nº 347/DF**. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **AC nº 4.070/DF**. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 05/05/2016, publicado no DJ em 12/05/2016a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI nº 5.240/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 20/08/2015c, publicado no DJ em 01/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC nº 118.533/MS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 23/06/2016, publicado no DJ em 30/06/2016b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MC na ADPF nº 347/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, publicado no DJ em 14/09/2015d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, decidido em 22/01/2020, publicado no DJ em 03/02/2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE nº 466.343-1/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008, publicado no DJ em 08/06/2009d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma. **HC nº 5011704-72.2020.4.04.0000**. Relator: Desembargador Federal Leandro Paulsen. Julgado em 26/03/2020b. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. 7ª Turma. **HC nº 5015479-13.2011.404.000**. Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 08/11/2011b. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. 7ª Turma. **HC nº 5049557-52.2019.4.04.0000**. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos Canali. Julgado em 10/12/2019i. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CEARÁ. Lei Estadual nº 16.881, de 22 de maio de 2019. **Diário Oficial da União**, 22 maio. 2019. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/index.php/atividades-legislativas/leis>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Histórico do projeto Audiência de Custódia**. 2005. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/historico/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Histórico do projeto Mutirão Carcerário**. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mutirao-carcerario/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015a. **Diário de Justiça da União**, 08 jan. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RGD nº 0008866-60.2019.2.00.0000.**

Relator: Ministro Dias Toffoli. Decidido em 19/11/2019, ratificado pelo Conselho em 13/12/2019. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termo de compromisso nº 002/2015b.**

Disponível em:

[https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/convenios/4586\\_termo\\_de\\_compromisso\\_n\\_02\\_\(1\).pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/convenios/4586_termo_de_compromisso_n_02_(1).pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). Rogério Sanches Cunha. 7. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2015b.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015a.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789. *In*: TEXTOS Básicos sobre derechos humanos. Traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Madrid: Universidad Complutense, 1973. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7-%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7-%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Constitución Española. **Boletín Oficial del Estado**, n. 311, de 29 de diciembre de 1978. Disponível em:

<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ITÁLIA. **Decreto Del Presidente Della Repubblica nº 447, 22 settembre 1988.**

Codice di Procedura Penale. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>. Acesso em: 10 abr. 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal**. 2014. 503 fls. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Espanha, 2014.

MARANHÃO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 03, de abril de 2011**. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/publicacoes/sessao/31>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 14, de 24 de outubro de 2014a**. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/publicacoes/sessao/31>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Provimento nº 24, de 5 de dezembro de 2014b. **Diário de Justiça do Estado do Maranhão**, 10 dez. 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/publicacoes/sessao/31>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 22, de 19 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/publicacoes/sessao/31>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Provimento nº 01, de 27 de janeiro de 2020. **Diário de Justiça do Estado do Maranhão**, 29 jan. 2020. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/publicacoes/sessao/31>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991. Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão. **Diário Oficial do Estado do Maranhão**, 24 dez. 2014. Disponível em: [http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/9293/20110131\\_lei\\_complementar\\_n\\_014\\_atualizada\\_ate\\_lc\\_1332010.pdf](http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/9293/20110131_lei_complementar_n_014_atualizada_ate_lc_1332010.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Lei Estadual nº 9.551, de 04 de janeiro de 2012. **Diário Oficial da União**, 04 jan. 2012. Disponível em: <<https://www.al.ma.leg.br/diarios/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Presidência do Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. Coordenador Geral da Unidade de Monitoramento do Sistema Carcerário. Defensoria Pública Geral. Procuradoria Geral do Estado. Secretaria de Estado de Segurança Pública. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Portaria Conjunta nº 09, de 6 de junho de 2017. **Diário de Justiça do Estado do Maranhão**, 23 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.seap.ma.gov.br/files/2015/10/Portaria-Conjunta-n.-9.2017-Diretrizes-da-Monitora%C3%A7%C3%A3o-Eletr%C3%B4nica-no-Maranh%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARANHÃO. Presidência do Tribunal de Justiça. Resolução nº 10, de 24 de abril de 2014. **Diário de Justiça do Estado do Maranhão**, 28 abr. 2014c. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume IV. 2. ed., Campinas, SP: Millennium, 2003.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MONTENEGRO, Manuel Carlos; BRAGA, Mariana. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. [Brasília, DF]: CNJ, 2012. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao\\_carcerario.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; FERRACINI NETO, Ricardo. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisões, medidas alternativas e liberdade**: comentários à Lei nº 12.403/2011. 5. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio de Oliveira; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018.

PORTUGAL. (Constituição 1976). **Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, aprovada pelo Decreto publicado no Diário da República nº 86, de 10 de abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTUGAL. Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/1987. **Diário da República**, n. 40, de 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em: 10 abr. 2020.

PRIEBE, Jessyca Mara Gausmann. **Audiência de custódia no âmbito do direito da criança e do adolescente**: da necessidade de realização. Florianópolis: Habitus, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Criminal. **HC nº 4004433-77.2016.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. Julgado em 04/08/2016, publicado no DJ em 10/08/2016. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora). Acesso em: 10 abr. 2020.

SÃO PAULO. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015a**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 16ª Câmara de Direito Criminal. **HC nº 2016152-70.2015.8.26.0000**. Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci. Julgado em

12/05/2015, publicado no DJ em 12/05/2015b. Disponível em:  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara de Direito Criminal. **Ag de EP nº 0158945-08.2011.8.26.0000**. Relator: Desembargador José Raul Gavião de Almeida. Julgado em 12/12/2013, publicado no DJ em 19/12/2013. Disponível em:  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. **Audiência de custódia**: accountability das prisões cautelares e da violência policial. Curitiba: Juruá, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

TEIXEIRA, Yuri Serra. **Do grande encarceramento à audiência de custódia**: reflexões etnográficas sobre a seletividade penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 24. ed. São Paulo: Leud, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 126, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.