



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD



RAQUEL DE AGUIAR COQUEIRO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EVOLUÇÃO NO CENÁRIO PROCESSUAL
BRASILEIRO**

SOUSA – PB
2018

RAQUEL DE AGUIAR COQUEIRO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EVOLUÇÃO NO CENÁRIO PROCESSUAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

**SOUSA – PB
2018**

RAQUEL DE AGUIAR COQUEIRO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EVOLUÇÃO NO CENÁRIO PROCESSUAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

Dedico o presente trabalho a Deus, a quem pertence toda honra e toda a glória. A minha mãe Silima Coqueiro, assim como a toda família Aguiar Coqueiro, ao meu amado Grupo Azul e a todos os meus amigos que me apoiaram durante toda essa trajetória, sendo companheiros nas alegrias e bálsamos nas adversidades.

AGRADECIMENTOS

O caminho foi muito longo e tortuoso para chegar até aqui, claro que houveram muitos momentos de prazer, que me deram forças para nunca desistir desse sonho. Lembro-me, do meu primeiro dia de aula no jardim de infância, que na porta do Divina Pastora, mamãe me falou para prestar atenção na aula, pois um dia eu ia precisar desse conhecimento para prestar vestibular, no momento não fez muito sentido, mas com o passar dos anos, ficou claro o orgulho que a minha família teria se eu fizesse meu curso em uma Universidade Federal. Não sou a primeira a fazer federal, advogada ou aprovada de primeira na OAB, da minha família, mas fazer parte desses grupos, me causa imensa alegria e satisfação.

Mas esse diploma não é só meu, tenho muito o que agradecer e há quem agradecer. Primeiramente a Deus, que sempre teve planos maravilhosos para mim, e que nunca me deixou esquecer, que as noites mais escuras, são prenúncio dos dias mais bonitos. A Ele, sempre, toda honra e toda glória.

O meu muito obrigada, a minha avó Matilde Coqueiro (*in memoriam*), a quem serei eternamente grata, por todo o amor, carinho, conhecimento e zelo transmitidos, não tenho como expressar todo o amor e saudade que sinto pela senhora, mas deixo aqui a minha mensagem de gratidão.

Ao meu avô, Luis Felipe Coqueiro, que sempre foi sinônimo de atenção, mimo e amor para comigo, agradeço por ter a honra de ser sua neta, por sempre ter sido exemplo de honestidade, dedicação à família e longevidade. Muito obrigada por me mostrar a cultura maranhense e por incentivar sempre, o bom uso do português.

As minhas queridas tias Silima Aguiar (*in memoriam*), Maria Tereza Aguiar (*in memoriam*) e Inês Aguiar, que foram fundamentais na minha vida, obrigada pelas festas de aniversário, pelos aprendizados e por todo incentivo, graças a vocês sei como é ter várias avós.

Aos meus queridos primos, que sempre fizeram muito bem o papel de irmãos, o meu eterno amor e gratidão, em especial a Luiz Carlos e Carlos Eduardo, que fecham com o certo junto comigo, a Matilde e Lenir por dividir comigo a vida, as roupas e Maria Elis e Thiago, a Martina Márcia e Carla Romana, por sempre

atravessarem a cidade pela minha companhia, sempre estarem presentes na minha vida, mesmo com muitos km de distância e por me darem o prazer com conviver com Marina e Fabrício, a Ana Tereza por todos os bolos, bijus e família, a Maria Teresa e Inês por terem me protegido e amado sempre.

Aos meus queridos tios, que sempre me apoiaram, amaram e compraram rifas, a minha eterna gratidão, em especial a minha madrinha, Regina Coeli, e padrinho Ivaldo Coqueiro, por toda atenção, zelo e cuidados para comigo. Aos tios Clóvis, Luiza e Rogério por todas as horas de conversas e toda torcida, fica aqui o meu muito obrigada.

No Colégio São José vivi os melhores tempos da minha vida, conheci os melhores amigos que tenho e ganhei todo o conhecimento necessário para chegar na UF, e por isso o meu muito obrigada, a todos os professores e funcionários.

“A amizade é um amor que nunca morre que cada dia renova mais”, apesar de ser uma frase de Mário Quintana poderia ser uma legenda de uma foto com os meus amigos do CSJ, muito obrigada pelo melhor terceiro ano do mundo. Todo o meu amor e amizade em especial para: Vidigal Borges, Markus Vinícius, Marco Antonio, Tadeu Leitão, Gabriela Moreira, Marcela Assunção, Hemily Azevedo Daniela Carvalho, Bruna Karine, Olavo Neto, João Lucas, João Manoel, Grazielle Rodrigues, Anne Larissa, Isabela Macêdo e George Bastiani, muito obrigada por tudo! Amo vocês!

Ivanilde e Valteísa muito obrigada por terem feito parte da minha vida, vocês são responsáveis por muito do que sou hoje e por muitos kg também. Hahaha.

Não poderia deixar de agradecer a Delegacia Civil de Sousa, por ter sido o melhor estágio que eu poderia ter tido, em especial a Dr. Francisco Abrantes, Sergio Flor, Carlão e Hugo, o meu muito obrigada a todos vocês.

A Sousa, pelos ótimos anos vividos, por todo o acolhimento e encontros, aos meus vizinhos maravilhosos, deixo registrado o meu muito obrigada. Assim como a UFCG e a todos os funcionários que de alguma maneira, contribuíram para a conclusão desse ciclo.

O meu amado Grupo Azul, que me mostrou que azul é a cor da alegria, do trabalho e do amor, que foi motivo de muitas alegrias e satisfações, deixo o meu muito obrigada, por ter me feito crescer como pessoa, acadêmica e pelos muitos amigos que ganhei.

A Ewerton Dourado, Laís Patrícia e Luiz Augusto, a minha eterna gratidão a todo o apoio e auxílio para comigo na minha chegada à Cidade Sorriso.

A Bruno Ricardo e Letícia Barros, que tanto me auxiliaram na realização desse trabalho, não tenho palavras para expressar a minha gratidão.

A Giliard Cruz, que sempre se mostrou solícito, durante toda a minha graduação, a Trajano, pela ajuda no meu projeto e monografia, fica as minhas desculpas e agradecimentos. Um agradecimento especial, ao meu querido amigo e orientador Eduardo Jorge, por toda ajuda recebida ao longo dos anos.

A Carlos Rayol, Andressa Rodrigues, Francisco Almeida, Bruna Moura, Rodrigo Tenório, Ahrá Leite, Mateus Antunes, Gabriel Lucena, João Pedro, Hayanna, Carol, Adolfo, Caio, Marllon, Haeylmo e João, por me suportar durante todos esses anos, muito obrigada pela amizade de vocês!

À Priscila Matos – princesa do seu Rogário -, Débora Janaína – a filha mais velha de Joãozinho -, Mateus Silva – meu grande amor -, Joyce Guedes – bebe de papai -, Lilandra – Mulher Maravilha - e Assis Neto – Assis de Sousa, tio de Alice -, por terem sido a minha família sousense e por ter me emprestado várias vezes as suas famílias. Sou grata todos os dias, por ter dividido o teto, a vida e tantas histórias com vocês! E podem ter certeza que sempre poderão contar comigo, e que não existe distância capaz de apagar ou diminuir o meu amor por vocês!

Por último, mas muito especial, agradeço a minha mãe, Silima Maria, a quem devo tudo que tenho e que sou, muito obrigada pela vida, pelo amor, amparo, broncas e cuidados, e por ter ido assistir a apresentação desse trabalho.

“A norma, está inscrita entre as “artes de julgar”, ela é um princípio de comparação. Sabemos que tem relação com o poder, mas sua relação não se dá pelo uso da força, e sim por meio de uma espécie de lógica que se poderia quase dizer que é invisível, insidiosa”.

(Michel Foucault)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução processual penal dentro do cenário brasileiro bem como a proposta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de implantação de Audiência de Custódia, que tem previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ratificados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico interno por meio dos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente. A norma estabelece a garantia a todas as pessoas que sejam presas a serem conduzidas sem demora à autoridade competente entendendo o dinamismo necessário e as medidas tomadas para que seja efetivamente garantido o cumprimento das medidas, a fim de resolver o problema da banalização no uso das prisões cautelares no País, que levou à superlotação carcerária e a sérias violações dos direitos fundamentais daqueles que são investigados. Pretende-se, assim, analisar os benefícios e as limitações dessa proposta no atual panorama legal e social em que se inserem as prisões cautelares, bem como estudar casos de onde a audiência de custódia já tenha entrado em vigor. Para tanto, foram utilizados dados oficiais que demonstrassem como tem se dado o aprisionamento cautelar no sistema judicial brasileiro, conforme sua respectiva previsão legal. Além disso, também foi realizado levantamento literário acerca da Audiência de Custódia, tanto da doutrina brasileira, como da de autores latino americanos, cujos ordenamentos jurídicos já preveem audiências similares há algum tempo.

Palavras-Chave: Audiência de custódia. Direitos Humanos prisões cautelares. Superlotação carcerária. Convenção Americana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This study aims to analyze the criminal procedural developments in the Brazilian scenario and the proposal of the National Council of Justice (CNJ) deployment Custody Hearing, which is expected in the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil Rights Political and ratified by Brazil and integrated into domestic law through Decree 678/92 and 592/92, respectively. The standard establishes the guarantee to all persons who are arrested to be conducted without delay to the competent authority understanding the necessary dynamism and the measures to be effectively ensured compliance with the measures in order to solve the problem of trivializing the use of prisons precautionary in the country, which led to prison overcrowding and serious violations of fundamental rights of those being investigated. It is intended, therefore, to analyze the benefits and limitations of this proposal in the current legal and social landscape in which they operate the precautionary arrests and study cases where the custody hearing has already entered into force. Therefore, official data were used to demonstrate how has given the interim imprisonment in the Brazilian judicial system as their respective legal provision. Moreover, it was also carried out literature survey about the Custody Hearing, both the Brazilian doctrine, such as the Latin American authors, whose legal systems already provide for similar hearings for some time.

Keywords: Custody hearing. Human Rights precautionary arrests. Prison overcrowding. American Convention on Human Rights..

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL PENAL: UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA ESSAS CIÊNCIAS JURÍDICAS	15
2.1 CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E FONTES DO DIREITO PENAL	15
2.2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	16
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	17
2.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	17
2.4.1 Princípio da legalidade	19
2.4.2 O princípio da reserva legal e a execução da pena	20
2.4.3 Princípio do devido processo legal	21
2.4.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa	22
2.4.5 Princípio da intervenção mínima	23
2.4.6 Princípio da humanidade	24
2.4.7 Princípio da personalidade e individualização da pena	25
2.5 TEORIA DO CRIME	26
2.5.1 Fato típico	26
2.5.2 Fato ilícito	26
2.5.3 Fato culpável	27
3 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	28
3.1 A cautelaridade no Processo Penal	28
3.2 Evolução histórica das penas	30
3.3 Das prisões: breve contextualização histórica	32
3.4 A classificação das medidas cautelares no Processo Penal	34
3.4.1 Prisões em flagrante	35
3.4.2 Prisão preventiva	40
3.4.3 Prisão temporária	42
4 CONSIDERAÇÕES A CERCA DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	43

4.1 Audiência de custódia no cenário processual brasileiro	44
4.2 Benefícios da audiência de custódia à legalidade prisional	47
4.3 Audiência de custódia e a problemática policial e com o Ministério Público	50
4.4 A evolução da audiência de custódia no Estado do Maranhão	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
6 REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A temática das prisões cautelares desperta em nosso ordenamento jurídico necessário debate acerca de seus usos e limites constitucionais. Elas se encontram na fronteira entre uma medida que deve ser usada para se garantir o devido processo legal e, se usada de maneira excessiva, uma medida que representa evidente abuso do Estado. Por essa razão, a discussão a cerca do instituto da audiência de custódia é um tema de relevância para o contexto processual penal, pois busca minimizar os excessos às vezes provocados pela não observância da correta aplicação das cautelares.

No Brasil, especialmente, nos deparamos com um fenômeno em que temos uma Constituição extremamente atualizada com os preceitos fundamentais de proteção da dignidade humana, mas, ao mesmo tempo, contamos com um Código de Processo Penal com clara influência autoritária, visto que foi promulgado durante a vigência do regime ditatorial getulista de 1941, e mesmo que tenha sofrido algumas reformas pontuais posteriores, esse seu caráter ainda continua presente. Deste modo se faz fundamental que haja uma análise por parte do magistrado que deverá decidir pela manutenção da prisão em flagrante ou seu relaxamento.

Apesar de compor o Pacto de São José da Costa Rica, tratado este o qual o Brasil é membro desde 1992, o estudo e conseqüente implantação do instituto da audiência de custódia é relativamente recente, tendo surgido a partir da PLS nº554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, tendo tão somente a partir de 2015 tomado força nos fóruns de discussões nacionais. Ocorre, todavia, que embora pacífico o debate a cerca da audiência de custódia, este, até pouco tempo, ainda seguia em desuso em grande parte do país, o que gerava a ideia de dualismo legal quanto às matérias penais causando assim uma insegurança na eficiência do ordenamento jurídico.

Esta pesquisa se faz necessária para compreendermos o quão necessário é adotar medidas diversas da prisão e, diante da prisão em flagrante, analisar se a mesma ocorreu dentro dos padrões legais. Ademais, além de verificar a legalidade da prisão, com a audiência de custódia poderá ser verificado se o preso foi

submetido a algum tipo de tortura ou outras formas de maus-tratos e se há outras formas, além da prisão, para que o mesmo aguarde que o processo se finalize.

Tendo isso em vista, esse trabalho monográfico tem por objetivo traçar uma linha evolutiva dos institutos prisionais e averiguar o atual contexto em que se encontram as audiências de custódia no cenário processual brasileiro, dando especial atenção à forma como se construiu o projeto apresentado pelo CNJ, e a forma como este tem sido implantado no Brasil, a fim de levar à luz do conhecimento a real eficácia desta medida, no ordenamento jurídico.

Para tanto, adotamos o método de pesquisa bibliográfica com base teórica, consistindo em pesquisa nas leis nacionais vigentes pertinentes ao tema, estudos jurídicos existentes e artigos publicados na internet, a revisão de literatura sobre matérias atinentes à temática proposta, focando-se em obras jurídicas que abordassem a evolução do direito de punir dentro da sociedade e a forma como esse se deu dentro do Brasil, visto que é propósito desse trabalho destacar o processo de implantação das audiências de custódia no cenário brasileiro. Além disso, também se fez imperiosa a análise de dados obtidos por meio de pesquisas realizadas ou por organismos de proteção aos direitos humanos, ou por dados oficiais do governo, que demonstrassem empiricamente o efetivo resultado desse projeto de reestruturação processual penal. Para facilitar a compreensão, a abordagem do tema será dividida em três capítulos.

Dessa maneira, o primeiro capítulo começa demonstrando sua base constitucional e infraconstitucional, além de destacar os princípios que compõem a construção penal dentro do Direito brasileiro.

O segundo capítulo, por sua vez, trás o contexto histórico das prisões e do direito de punir, sua destaca os procedimentos processuais penais dentro do Brasil, apontando as medidas cautelares que servem para salvaguardar o processo bem como os direitos das partes, assim trabalhando de forma detalhada a prisão em flagrante que tem sua prática como alvo controverso e de grandes questionamentos dentro das correntes jurídicas.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta ao leitor a Audiência de Custódia, no que ela consiste, onde ela está normativamente prevista e como o seu projeto previa benefícios para garantir a acusatoriedade do sistema processual brasileiro. Além de mostrar o processo evolutivo da audiência de custódia dentro do cenário brasileiro.

Na tentativa de elucidar tal problemática, foram utilizadas as obras de Guilherme de Souza Nucci, Aury Lopes Junior, Nestor Távora e Renato Brasileiro de Lima. Assim, ao final desse trabalho, buscar-se-á encontrar um perfil evolutivo do direito de punir com os institutos que o compõem e a forma como a implantação das audiências de custódia pode somar à formação futura do nosso ordenamento prisional, demonstrando assim, através dos casos práticos as mudanças já alcançadas que servirão como parâmetro para a aplicação em todo o território nacional.

2 DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL PENAL: UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA ESSAS CIÊNCIAS JURÍDICAS

No presente capítulo, iremos abordar as duas ciências jurídicas responsáveis pela tentativa de manter harmoniosa a relação entre o indivíduo e a coletividade.

Faremos uma breve contextualização do conceito, características, fontes e os mais importantes princípios, envolvendo a parte material e processual penal até chegarmos ao conceito de crime.

2.1 CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E FONTES DO DIREITO PENAL

Direito Penal é a ciência jurídica presente no ordenamento brasileiro, que tem a função de separar os comportamentos gravosos e nocivos à coletividade e aplicar a esses comportamentos, determinadas sanções, obedecendo limites e princípios, a fim de restaurar o indivíduo e colocá-lo novamente no convívio social.

Nas lições de Zaffaroni (2011, p.19): “A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabelece as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõe”. Segundo Greco (2015, P. 05) o Direito Penal pode ser definido como:

[...] conjunto de normas condensadas em um único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de sanção para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como a toda legislação penal extravagante, desde que esta não disponha expressamente de modo contrário.

As características do Direito Penal, de acordo com Greco (2015, p 21-29) “O Direito Penal é o responsável por deixar as relações de entre sociedade e indivíduo, mais harmoniosas. Sendo assim, os bens que o direito penal tutelam, são de interesse de toda coletividade”. O Direito penal é valorativo, aplicando suas normas de acordo com as situações fáticas; normativo, pois as normas são objeto de estudo; sancionador, onde os bens tutelados são protegidos através de sanções, dogmático,

revela-se por meio das normas; finalista, defende bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

As fontes do Direito Penal, para Capez (2015, p 13-16) “as fontes são de extrema importância ao analisarmos o direito Penal, pois na fonte, é exatamente onde o direito se origina”. As fontes podem ser formais ou materiais. Formais, quando identificam a forma que o direito se manifesta e materiais, fazendo referência ao órgão responsável por sua elaboração.

2.2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Processo Penal é o ramo do Direito, voltado ao exercício de jurisdição, sendo norteador, na atividade jurisdicional, onde o Estado julga o suspeito de ter praticado uma infração penal. Segundo as palavras de José Frederico Marques (2008, p 20) “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.

O Direito Processual Penal possui princípios e objetos próprios, o que deixa evidente a autonomia da disciplina. Tem como principal intuito, a aplicação do Direito Penal, uma vez que é o meio pelo qual o direito material penal se utiliza para entrar em prática, o que evidencia a sua natureza instrumental.

As fontes são o embasamento teórico, que sustentam as normas do Processo Penal, são divididas em materiais ou formais, sendo as fontes materiais os responsáveis pela criação das normas (leis), vale ressaltar que é prerrogativa privativa da União, legislar sobre a matéria de Direito Processual Penal, já as formais são o modo como as normas são reveladas para a sociedade, ou seja, leis, súmulas vinculantes, legislação infraconstitucional, tratados, convenções, ou até mesmo costumes, doutrinas ou princípios gerais do direito.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal é a Carta Magna brasileira, estatuto máximo de uma sociedade que viva de forma politicamente organizada. Todos os ramos do direito positivo só adquirem a plena eficácia quando compatíveis com os princípios e normas descritos na Constituição Federal abstraindo-a como um todo. Nesta senda, não haveria razão para permitir que o Direito Penal tivesse tratamento diferenciado.

À luz de uma Constituição que não é essencialmente liberal, pois não somente regulou os princípios básicos tangentes à formação do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal teve que se subsidiar nas demandas de matérias que poderiam estar reguladas em leis infraconstitucionais, mas que foram por ela abraçadas. Cumpre assinalar que o Direito é uno, indivisível e indecomponível, estando dividido em segmentos, mas com finalidade meramente didática, pois o Direito Penal está interligado a todos os ramos do Direito, especialmente ao Direito Constitucional.

Antes de adentrar na temática que intitula este tópico é relevante trazer a baila alguns esclarecimentos conceituais a cerca do termo “princípio”. Para José Afonso da Silva "os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas" (2012, p. 16). Complementando, Celso Antônio Bandeira de Melo diz que "o princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema" (2009, p. 29). Dentro de um ordenamento jurídico, o princípio é uma máxima fundamental, que tem a eficiência de harmonizar o sistema normativo com racionalidade e lógica.

A Constituição Federal Brasileira, em seu art. 1º, *caput*, definiu o perfil político- constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Carta de 1988, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais de nosso Estado.

2.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

De acordo com GOMES (2006, p. 32) os princípios constitucionais penais:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força

imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).

Em suma, os princípios constitucionais são normas genéricas contidas na Constituição Federal, que servem de base para todo o Sistema Jurídico Brasileiro. Apesar de ter sido editado como Decreto-Lei o Código Penal foi completamente recepcionado pela Constituição Federal, e está em pleno vigor. Existem artigos que foram revogados, mas não por força da recepção constitucional, contudo a aplicação atual do Direito Penal é amplamente supervisionada à luz dos princípios constitucionais trazidos em 1988.

Ao analisar os princípios propriamente ditos é necessário que se fale de um princípio em especial, a saber, o do Estado Democrático de Direito, que vem a proporcionar a existência dos demais princípios.

Nossa Constituição Federal em seu artigo 1º assim prescreve:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta Constituição.

O Estado Democrático de Direito é muito mais amplo, pois neste não existe somente a proclamação formal de direito entre os homens, mais também, metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando o bem comum, a cidadania e principalmente o respeito à dignidade humana.

Ao longo deste trabalho abordaremos os seguintes princípios: da Legalidade, da extra-atividade da lei mais favorável, da individualização da pena, da responsabilidade pessoal ou personalidade da pena, da limitação das penas, do

respeito ao preso, da presunção da inocência e da proporcionalidade. Os primeiros estão explícitos na Constituição Federal, enquanto o último é um princípio implícito.

2.4.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é considerado um dos mais importantes para o ordenamento jurídico, e por esse motivo é a base da legislação do Direito Penal brasileiro. É vislumbrado como um verdadeiro amparo às liberdades individuais. A lei penal deve ser clara, exata e precisa, não podendo dar espaço a dubiedades ou interpretações equivocadas. Como destaca GOMES (2006, p. 69):

O princípio da legalidade no direito penal é a premissa da teoria dogmático-jurídica da tipicidade, de Ernest Beling: antes de ser anti-jurídica e imputável a título de culpa 'sensu lato', uma ação reconhecível como punível deve ser típica, isto é, corresponder a um dos 'esquemas' ou 'delitos-tipos' objetivamente descritos pela lei penal.

Esse princípio encontra suporte tanto na Carta Magna brasileira, quando esta dispõe no seu artigo 5º, II que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", quanto no Código Penal no seu artigo 1º, que diz que "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.", assim como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – Dec. 678/98, artigo 9º), e na Declaração dos Direitos Humanos (artigo XI, 2).

Por ser inerente a liberdades individuais e as garantias constitucionais de proteção aos direitos, fica clara a sua importância para o ordenamento jurídico, também vale ressaltar que é um princípio que é utilizado como uma garantia do indivíduo contra o Estado, não sendo possível ser empregue de forma diversa a esta.

2.4.2 O princípio da reserva legal e a execução da pena

O indivíduo que pratica alguma ação infracionária, por consequente contraria a lei penal, deverá ser coagido à cominação penal compatível com o delito realizado, entretanto, é cediço que os apenados não podem sofrer privações ou restrições além dos limites necessários à execução de sua pena, com vistas no caráter ressocializador da pena. O art. 5º inc. XXXIX e XLVIII da Constituição Federal é taxativo quando estabelece que *nullum crimes, nulla pena, sine lege*.

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:(...)
XXXIX- Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
XLVIII- a pena será cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Esta garantia constitucional, à luz da própria execução penal brasileira, tem o cunho de limitar o Estado na forma de executar a sanção penal, assim como o poder de interferir no âmbito das liberdades individuais, uma vez que por mais danoso que seja o ato, ela não poderá ser considerado crime caso não haja uma lei definindo-o como crime e dando-lhe uma sanção penal.

Dessa forma, é importante destacar que o uso do princípio da legalidade em todos os momentos da execução penal, devendo ser respeitado por todas as autoridades participantes, seja judicial ou administrativa, pois o apenado cumprirá a sua detenção como a lei dispuser, valendo ressaltar que do mesmo modo que ninguém deve ser privado de sua liberdade, sem que seja cumprido o devido processo legal, também não se pode negar a liberdade ao indivíduo, quando a lei assim estabelecer.

O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro dos limites definidos, como deixa claro os artigos 2º e 3º da Lei das Execução Penal (LEP), que determina que a pena deve ser “exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal” e que os direitos que serão restritos devem decorrer de leis existentes.

2.4.3 Princípio do devido processo legal

Tem origem no direito anglo-saxão; que possui um sistema distinto do romano ou romano-germana que são mais tradicionais; que define que nenhum ato praticado por qualquer autoridade, pode ser tido como eficaz, completo e válido, sem que se siga todas as etapas conjecturadas em lei.

Atualmente, o princípio do devido processo legal pode ser visualizado na maioria das constituições dos países democráticos, dentre as quais a dos Estados Unidos, da Alemanha e da França, com a Constituição Federal Brasileira de 1988 não foi diferente, houve sua incorporação positivada no artigo 5º, inc. LIV, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal”.

A invocação do princípio do devido processo legal pela Constituição Federal Brasileira de 1988 entre os direitos fundamentais demonstra a constituição de um controle jurisdicional, que só foi possível através de um processo voltado essencialmente aos princípios democráticos e igualitários. Para Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 74), o princípio do devido processo legal:

[...] importa ainda reafirmação da garantia de igualdade entre as partes e necessidade de manter a imparcialidade do juiz, inclusive pela preservação do juiz natural. Ela tem também o significado de mandar que a igualdade em oportunidades processuais se projete na participação efetivamente franqueada aos litigantes e praticada pelo juiz (garantia do contraditório, art. 5, inc.LV) [...]. Absorve igualmente a regra de que as decisões judiciais não motivadas ou insuficientemente imotivadas serão nulas e, portanto incapazes de prevalecer (a exigência de motivação: Const., art. 93, inc. IX [...]) e a de que, com as naturais ressalvas destinadas à preservação da ordem pública e da intimidade pessoal, os atos processuais deverão ser dotados de publicidade [...].

Neste íterim, chega-se à ilação que o cumprimento deste princípio reside na observância inócua, no litígio judicial, das garantias constitucionais e as etapas previstas em lei, sob pena de nulidade, caso não sejam respeitadas as regras básicas do ordenamento jurídico. Serve de base para vários outros princípios constitucionais, além de representar para o sujeito, uma dupla proteção, tanto no âmbito material quanto no formal, de forma que o indivíduo afigure meios para atuar com paridade de condições com o Estado.

2.4.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Também chamado de “audiência bilateral”, o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa estão positivados também no art. 5º, no inc. LV da Constituição Federal de 1988, determinando em seu texto que:

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

O contraditório é orientado pelo caráter de igualdade entre as partes, acusação e defesa disporão de prazos e oportunidades muito semelhantes, posto que assegura todo o processo de alegação ou aparição de provas feita por qualquer das partes do processo, dando o direito do outro polo se manifestar, o que torna possível o equilíbrio entre a manutenção do status de inocência e a liberdade do acusado e a pretensão punitiva do Estado.

A ampla defesa garante ao acusado condições propícias e os subsídios necessários para apresentar a verdade real dos fatos, uma vez que lhe assegura vários direitos, como o ensejo de se averiguar a eficácia da defesa pelo togado, que possui a prerrogativa de destituir o advogado que foi nomeado pelo réu, possibilitando que outro seja eleito no seu lugar ou escolha um dativo, além do benefício do ajuizamento da revisão criminal.

Do princípio do contraditório decorrem duas importantes regras: a da igualdade processual e a da liberdade processual. Pela primeira, as partes acusadora e acusada estão num mesmo plano e, por conseguinte, têm os mesmos direitos; pela segunda, o acusado tem a faculdade, entre outras, de nomear o advogado que bem entender, de apresentar provas lícitas que julgar as mais convenientes e de formular ou não reperguntas às testemunhas.

São princípios de suma importância, pois para que se chegue na veracidade de uma persecução penal é de suma importância ouvir o acusado, ou ao menos lhe possibilitar a oportunidade de se manifestar nos autos, pois não é possível acontecer justiça se os atos processuais forem frutos de apenas uma das partes, devendo ser

um conjunto de condutas feitas pela defesa e pela acusação, sempre se levando em conta o contraditório.

2.4.5 Princípio da intervenção mínima

Apenas os bens mais importantes, necessários e imprescindíveis para que se tenha uma coexistência pacífica entre os homens, serão tutelados pelo Direito Penal, por levar em consideração que as suas consequências são mais gravosas, uma vez que causam maior restrição aos direitos fundamentais, do que em outros ramos do Direito, o que fica claro, com a medida de restrição de liberdade.

O legislador deverá apartar quais atitudes serão regidas por matéria penal, devendo sempre atentar ao critério político, uma vez que ele varia e muda dependendo da realidade que vive a sociedade. Por esse motivo faz-se necessário a criação do princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade, para poder delimitar o poder punitivo do Estado.

Essa garantia fundamental, trazida no *caput* do art. 5º da nossa Constituição Federal, preconiza que a intervenção do Direito Penal, no âmbito jurídico da nossa sociedade, só se mostra aplicável, como imperativo de necessidade, ou seja, quando a pena se apresentar como o único e último recurso para a proteção do bem jurídico. Em suma, este princípio traz a pretensão de que o Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio*. Pondera-se, portanto, que o Direito Penal somente deve ser aplicado, quando os outros meios de garantia de paz social disponíveis, se mostrarem ineficazes ou insuficientes para alcançar a pretensão.

Afirma-se então, que o princípio da intervenção mínima, além do caráter subsidiário do Direito Penal, apresenta também seu caráter fragmentário (discricionariedade quando de determinados bens sobre os quais o Estado foca a tutela penal).

Tal princípio também tem como consequência impedir e limitar o campo de atuação do legislador, com o intuito de livrar-se de crimes que possuam definições desnecessárias, além da imposição de penas injustas, uma vez que o princípio da legalidade, apesar de limitar o arbítrio judicial, não proíbe que o Estado desenvolva tipos penais injustos, que cominem em sanções cruéis e degradantes.

A não observância desse princípio, leva ao que se chama de hiperinflação legislativa, que é o uso excessivo das sanções penais, que ocorre na busca de uma maior garantia e eficácia na proteção dos bens jurídicos, mas que na realidade causa uma vulgarização, além de desvirtuar a real finalidade do Direito Penal.

2.4.6 Princípio da humanidade

O Direito Penal deve buscar o bem-estar da sociedade, por isso deve traçar meios benevolentes de ação, incluindo para com os detentos, uma vez que eles não deixam de fazer parte da sociedade ou mudam a sua condição humana, apenas por terem infringindo a lei.

O princípio da humanidade expressa-se como um amparo constitucional, que deve ser utilizado para que a detenção não transcenda a pessoa do apenado (com observação aos efeitos extrapenais, inerentes a pena), buscando também zelar pela integridade física e mental, do detento evitando danos desnecessários, além de repelir a pena de morte (com ressalva, nos casos de guerra), pena de banimento, pena de caráter perpétuo, penas cruéis e degradantes e pena de trabalho forçado.

Com efeito, é totalmente inconstitucional a criação de uma modalidade penal, que tenha como base o livre prejuízo ao bem-estar físico ou moral de alguém, ademais representaria um retrocesso constitucional, uma vez que o artigo 5º, que é pétreo, da Constituição Federal, possui vários incisos que garante, esses direitos:

Artigo 5º, inciso III: Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

XLV: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

XLVII: Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII: A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

XLIX: É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

L: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Exposto no art. 5º, incisos. XLVII e XLIX da Constituição Federal assegura o tratamento humanitário ao apenado em todos seus efeitos. O Princípio da Humanidade ecoa o Direito Penal por um olhar essencialmente humano, buscando analisar e compreender que a pena possui função ressocializadora e não castigadora como visto por alguns. Neste olhar humanitarista não se pode permitir que o Direito Penal exceda a sua função em relação ao apenado, pretende-se, em razão deste princípio, a aplicação de uma penalidade justa e capaz de dar possibilitar ao apenado ressocializar-se.

2.4.7 Princípio da personalidade e individualização da pena

Positivado na nossa Constituição Federal, no seu art. 5º, nos incisos. XLV “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio.” e XLVI “a lei regulará a individualização da pena...”, proíbe a punição por fato alheio, uma vez que somente o próprio agente do ilícito penal é passível de pena.

Em qualquer circunstância que sobrevenha, não pode a pena ser estendida a nenhum outro cidadão, seja por condição de parentesco ou afinidade, ou qualquer outra condição, a pena é instituto personalíssimo do autor do fato. Em suma, nos dizeres da própria legislação nenhuma pena passará da pessoa do condenado e que ninguém será responsabilizado criminalmente por ato de outrem.

Esse princípio também garante que cada infrator receba uma pena, mesmo que pratiquem crimes idênticos, visto que cada ser humano possui um histórico pessoal, que deve ser levado em consideração pelo magistrado na hora da dosimetria da pena, para que esta seja justa e adequada.

2.5 TEORIA DO CRIME

Os crimes podem ser conceituados sob diferentes expressões, o aspecto formal, preceitua os motivos que levam um fato a ser considerado criminoso, entendendo como crime as ações dolosas ou culposas que causam danos aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal; o aspecto formal é a conduta descrita no tipo penal, pelo legislador; já no aspecto analítico busca-se uma decisão justa por parte do magistrado, então faz-se uma análise do crime de uma forma estrutural, analisando se o ato praticado pelo agente é típico, ilícito e culpável.

2.5.1 Fato típico

Quando qualquer ação realizada por um ser humano, que se enquadra em um tipo penal, além de possuir os elementos, conduta, resultado, nexos causal e tipicidade é considerado um fato típico. Essa ação, é comumente chamada de conduta, que pode ser dolosa; quando há intenção por parte do agente de causar o dano ou pelo menos assume o risco da sua produção; ou culposa, quando o agente não tem o intuito de produzir o resultado, mas o agente age com imprudência, negligência ou imperícia. O não agir, também é punível, quando o agente tem a obrigação de agir e se omite, podendo ser omissivas próprias, quando são tipificadas em lei, ou impróprias, quando a omissão não está tipificadas, mas sim o seu resultado, causado por uma atitude dolosa.

O resultado, é a modificação no status quo, causada pela conduta do agente, é um elemento obrigatório para que se ocorra um crime. É classificado como formal; quando ocorre uma ameaça ao bem tutelado; ou material; quando ocorre o dano real.

Já o nexo de causalidade é a ligação entre os dois elementos anteriores, enquanto a tipicidade é o enquadramento da conduta delituosa em um tipo penal.

2.5.2 Fato ilícito

O elo entre a atitude condenável do agente e o dano obtido é conhecido como ilícito. Entretanto o Código Penal dispõe de quatro situações que são excludentes de ilicitude, sendo elas, estado de necessidade; onde o agente é pressionado a agir

para defender um direito próprio ou de outrem, que está sofrendo um perigo real e imediato; legítima defesa; quando o agente usa de meios moderados visando exclusivamente a sua defesa, diante de uma ofensa física real ou imediata; exercício regular do direito; quando o agente tem o dever legal de praticar tal conduta, desde que o faça de forma responsável; e por fim, a culpa exclusiva da vítima, uma vez que o causador do dano não busca ou contribui para o resultado.

2.5.3 Fato culpável

Diferentemente, dos tópicos anteriores, o fato culpável ainda não é pacificado no âmbito jurídico nacional, apesar dos muitos estudos relacionados ao tema, essa dificuldade ocorre, devido ao fato de não haver uma base legal, propriamente dita, para auxiliar os magistrados na aplicação da norma penal. Entretanto provem do que se entende censurável. A noção que pode ser exigida do agente, de que o seu ato é ilegal. Por esse motivo, coação moral, embriaguez involuntária e erro de proibição invencível, são exemplos de excludentes.

3 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O direito processual penal tal como o direito processual civil, admite o sistema de medidas cautelares, que tem por objetivo assegurar o resultado do processo principal. As medidas cautelares são sempre provisórias, pois perduram até quando ocorrer a situação que justifique a imposição da medida. São facultativas, cabendo somente quando o processo principal não for suficiente. São revogáveis porque somente serão mantidas se necessárias à preservação de direitos.

No processo penal as medidas cautelares podem ser aplicadas independentemente de ação, ou provocação da parte ou do interessado, como por exemplo, o habeas corpus; o arbitramento da fiança; a produção antecipada de prova; a concessão de liberdade provisória. Nestas hipóteses o juiz pode determinar a medida de ofício, sem a provocação das partes, o que não ocorre no processo civil.

3.1 A cautelaridade no Processo Penal

As medidas cautelares tiveram sua origem no Direito Romano, destinando-se ao meio de garantir a atuação prática das tutelas concedidas pelo pretor contra suas eventuais violações, haja vista que desde aquele momento já subsistia o temor de que pela demora processual os litígios acabassem perdendo seu fim. Todavia neste período as medidas cautelares não atuavam tal como se concebem na atualidade.

A *Pignoris Capio*, era um procedimento que consistia na tomada pelo credor, como garantia, de determinados bens do devedor, com o objeto de constrangê-lo ao pagamento de sua dívida. Constituía uma das ações da lei executiva do procedimento processual, consistente na tomada de um objeto, realizada pelo credor dentre os bens do devedor, ao mesmo tempo que pronunciava determinadas palavras e sem ser necessária, talvez, a intervenção do magistrado, tal direito também constituía um meio de coação de que desfrutava o juiz em virtude de seu poder de império para embargar bens à pessoa que desobedecera a seus mandatos.

Apesar de terem sua origem no Direito Romano, os primeiros estudos sobre o assunto advieram na doutrina alemã, desenvolvendo-se, nesse momento, a sua estruturação e sistematização. Enrico Tullio Liebman (2005, p. 113) trazia as “condições principais para o acolhimento da cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*”. O primeiro requisito é fundado no juízo de probabilidade sobre a existência do direito, baseado em cognição sumária e superficial, afastando assim da égide cautelar situações que não configurem tutela da justiça e que acabem fugindo a previsão legal, diferindo aqui do objeto do processo principal, mas, com consistência suficiente a justificar a concessão da medida e, o segundo, prescreve respeito à verossimilhança do perigo para a tutela do direito, partindo da premissa de que o decurso do tempo pode levar a lide à perda de sua eficácia o que resultaria na temerosa ineficiência judicial.

Seguindo essas orientações doutrinárias, já consideradas modernas à época, o sistema processual civil brasileiro, também adotou as medidas preventivas e assecuratórias de forma autônoma ao processo de conhecimento e de execução, pelo que foram previstas no Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de Setembro de 1939, como medidas acautelatórias de iniciativa exclusiva do juiz e medidas preparatórias ou assecuratórias, preventivas, provisionais ou premonitórias delegadas ao requerimento das partes.

As medidas cautelares como sua própria nomenclatura diz, tem a função de garantir algo, que posteriormente será efetivado, isto é, elas buscam assegurar a execução das medidas definitivas, possuindo um caráter instrumental. Como são instrumentais, as medidas cautelares são também acessórias, vez que não têm a possibilidade de sobreviver, sem a existência de uma ação principal de conhecimento ou executória.

Por fim, as ações cautelares têm como característica a sua provisoriedade, pois não são propostas com fins definitivos, e estão impossibilitadas de efetivar o direito material. Por este motivo, não há como se falar em coisa julgada material no processo cautelar, já que a cautela pode ser revogada a qualquer momento.

3.2 Evolução histórica das penas

Para estudarmos as penas privativas de liberdade, bem como a sua execução no sistema prisional brasileiro, faz-se necessário uma pequena abordagem acerca da sua evolução histórica.

Nas antigas civilizações, o castigo era a forma de pena, os próprios indivíduos se encarregavam de aplicar tal castigo, geralmente de forma cruel, contra àquele que desobedecesse às regras de convívio social.

Não existia o poder judiciário, que através de juízes ficaria incumbido de resolver os litígios de forma imparcial. Nessa época, a noção de direito se confundia com a religião, onde se imputava ao agente que cometesse um crime uma pena por desobediência as divindades.

Eram respectivamente, a fase da Vingança Privada -onde os indivíduos nutriam um sentimento desproporcional de punição, sendo esta época, a responsável pelo desaparecimento de inúmeras famílias - e a fase da Vingança Divina - onde ao cometer um crime, o agente estaria cometendo um pecado.

Posteriormente, surge a Lei de Talião (tida como a primeira norma penal), com o intuito de impor um limite aos castigos aplicados aos delinquentes, objetivando que a punição fosse proporcional à infração cometida. A partir daquele momento criou-se o ditado “olho por olho e dente por dente”, acolhido também pelo Código de Hamurabi.

Com o avanço das civilizações e o surgimento da primeira grande monarquia, por volta do século XII, as penas passaram a ser impostas pelo soberano, um crime contra um indivíduo passou a ser considerado um crime contra o Estado, sendo assim, a pena deveria reparar não só a ofensa contra um indivíduo, mas também contra o poder do soberano. As punições passaram a ser também compensadas por algo com valor indenizatório. Essa fase ficou conhecida como Vingança Pública.

Entre os séculos XVIII e XIX, na Europa, surgem as primeiras ideias de um sistema judiciário organizado, no qual a infração vem ligada diretamente a desobediência de uma lei escrita prévia, clara e que protegesse a sociedade, deixando explícito o que vem a ser crime e cominando a pena a ser aplicada. Dessa

forma, aquele que não agisse de acordo com a norma penal, seria considerado um inimigo social passível de ser condenado.

A partir de então, tentou-se fazer com que os castigos cruéis fossem extirpados e as punições passassem a ser tratadas sem crueldade, abandonando a ideia de pecado, deixando de lado a tortura. Firmou-se nesse momento a base da pena como reparação da infração.

De todas as penas que foram impostas aos indivíduos, a que se tornou mais frequente, foi a pena privativa de liberdade. Os agentes que cometiam crimes mais graves, antes de serem enforcados ou queimados, ficavam presos, até que o soberano decidisse seu destino, podendo haver um acordo entre eles, visava-se, assim, a possível reintegração do indivíduo à sociedade.

Com a evolução das Escolas Penais, foram surgindo algumas teorias acerca das penas e de suas aplicações. A Teoria Absolutista defendia que a pena teria uma única finalidade, que era a de punir o agente que comete crime; a Teoria Preventiva defendia que a pena teria a finalidade de combater a reincidência; e, na Teoria Mista, a pena teria o caráter de punição, mas também de ressocialização, evitando assim a reincidência.

O Código Penal pátrio adotou a Teoria Mista, onde a pena tem a finalidade de prevenir e ressocializar.

Essa noção fica clara no artigo 59 do referido diploma legal, que aduz:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie, se cabível.

Partindo do pressuposto teórico monista, entende-se que “as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.” (GRECO, 2014).

Se a pena conseguisse atingir sua finalidade, seria completamente eficaz, porém, infelizmente, não temos ainda um sistema penal que consiga unir todas essas finalidades e cumpri-las, mas há meios de tornar a incidência de crimes mais amena.

Comparando com a legislação brasileira, visualiza-se que o direito alemão, parece mais benéfico, haja vista a concessão do prêmio ao delator, mesmo que sua contribuição não tenha sido efetiva o suficiente para evitar a prática delitiva, todavia, que ao menos seja reduzida sua periculosidade. No entanto, nos crimes de terrorismo, essa contribuição deve evitar a consumação dos atos criminosos.

3.3 Das prisões: breve contextualização histórica

Para traçar a origem das penas e do direito de punir, Cesare Beccaria (1764) voltou-se aos primeiros homens selvagens forçados a se reunir pelas ameaças e obstáculos que encontravam naqueles tempos. A forma que teriam encontrado de se proteger e abrir possibilidade para uma vida em sociedade foi o sacrifício das porções de liberdade de cada indivíduo em prol de uma nação. O embrião do direito de punir foi a estrita necessidade e, portanto, esses homens cederam só a menor fração necessária. Por isso, Beccaria afirmava que “todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é usurpação e não mais poder legítimo” (1764, p. 59).

Esse processo de estatização da justiça penal ocorrido ao longo da Idade Média abriu espaço para o surgimento da “sociedade disciplinar”, assim chamada por Foucault, surgindo no fim do século XVIII e início do século XIX com a reorganização do sistema judiciário e penal na Europa. Tal “sociedade disciplinar” fora influenciada por autores como Beccaria, Bentham e Brissot, o sistema teórico da lei penal passa a ter como princípio fundamental o crime, no seu sentido técnico, cortando relação com a falta moral ou religiosa.

A infração vem atrelada a ideia de violação a uma lei, devidamente formulada e cumprida por um poder político. Outra mudança é a ideia da lei penal como protetora do que é mais importante pra sociedade, e da necessidade de ser clara a definição do crime. Nesse período, ocorre o surgimento do Direito Penal moderno,

um direito codificado atribuindo penas a crimes específicos com uma metodologia de aplicação da lei. Sua principal fonte é o contratualismo, em especial com Locke, ligada à crença no indivíduo e sua liberdade individual, abriu espaço para a transformação do direito de punir com base na vontade divina ou do senhor para um direito de ser punido na medida da responsabilidade sobre violação ao pacto social.

O aprisionamento, que vem a se tornar a penalidade principal do século XIX, não era usado até então como punição, sua natureza na origem era de prática para-judiciária, emanada diretamente a partir do rei, não se tratando, ainda, de uma pena do direito. Esta era enviada junto com um indivíduo que, no lugar de ser diretamente enforcado, queimado ou outra sorte, deveria ficar retido até nova ordem do poder real. Neste caso, se houvesse o entendimento de que o aprisionado pudesse ter se corrigido, a autoridade que requisitou a punição poderia retirar o pedido. Ou seja, desde seu princípio a prisão tem como objetivo, não só a resposta a uma infração, mas também a correção do indivíduo. Para Foucault, essa ideia de corrigir um indivíduo nasce da prática policial, de forma paralela e exterior a justiça. Não surge dos grandes reformadores nem da teoria jurídica, mas sim da necessidade de controle social pelos que exerciam o poder.

Ocorre, porém que a aplicação das punições ocorria de forma não sistêmicas, muitas vezes excedendo o próprio direito de punir que fora cedido ao Estado, enquanto ente soberano. Dessa forma fora necessária uma reforma no sistema e forma de punir que buscou atribuir um caráter técnico às penas, reforçando o princípio da proporcionalidade desta com o delito. Buscava-se a adoção de penas mais humanas e a consequente abolição da tortura, das penas corporais e infamantes, das execuções capitais barbaras, das transcendências penais, etc. A pena cruel e atroz passam a ser vista como afronta ao pacto social, sendo caracterizada como prática dos Estados absolutistas.

Enquanto a pena pecuniária é apontada como solução para os eventos criminalizáveis praticados sem violência, o Estado reforça seu patrimônio exercendo permanentemente seu poder de punir. A eterna vigilância e a certeza da punição eram apontadas como mais eficaz que a dor corporal. Nesse sentido, um dos autores mais expressivos dessa época, Beccaria (1764, p.85) afirma: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas”.

Embora as penas de caráter desumano tenham com o decurso do tempo sido discriminadas e seu uso cada vez mais tenha sido substituído por métodos que visem à reabilitação do infrator, a lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada a classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que rege a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção.

Ao contrário da forma como é apresentada, a prisão trata-se de um castigo corporal ainda não abolido. Não há como prevenir os efeitos da privação do sol, de ar, de espaço, de luz no corpo humano. Bem como o confinamento entre quatro paredes, as condições sanitárias e todo tipo de humilhação que a instituição imprime no corpo do condenado, faz da prisão um “sofrimento estéril”. Hulsman (2003, p.68) explica que é “um mal social que despersonaliza e dessocializa os homens, não os faz progredir no conhecimento deles mesmos, nem os torna melhor”. A criação da pena de prisão, de certa forma, transforma as relações humanas, a justiça e, acrescenta Foucault (2005, p. 11) “a subjetividade de nossa relação com a verdade”.

3.4 A classificação das medidas cautelares no Processo Penal

A doutrina que trata das medidas cautelares criminais divide o instituto jurídico em três espécies: a) Medidas cautelares pessoais (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia); b) Medidas cautelares probatórias (busca e apreensão e depoimento *ad perpetuam rei memoriam*); e, c) Medidas cautelares reais (sequestro e arresto e hipoteca legal de bens).

No que diz respeito às medidas cautelares prisionais em espécie, também conhecidas como prisões provisórias, têm-se as medidas restritivas de liberdade, visando, principalmente, acautelar as investigações policiais (inquérito policial) e criminais (processo penal), anteriores à condenação definitiva. A palavra prisão advém do latim *prensione*, ou seja, o ato de capturar, prender. Conforme salienta Nestor Távora, (2009, p. 455) a prisão é o “cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento”. A prisão pode advir de decisão condenatória transitada em

julgado, a qual é chamada de prisão definitiva ou durante a persecução criminal, denominada prisão cautelar.

Para (NICOLLITI, 2010) existem, hoje, no processo penal brasileiro, as seguintes prisões processuais: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Afasta-se ainda a prisão administrativa, por se entender estranha ao processo penal. Segue na mesma linha de raciocínio (POLASTRI, 2014), afirmando que interessa, aqui, a prisão processual, pois é esta que se enquadra como medida cautelar.

3.4.1 Prisões em flagrante

O termo “flagrante” vem do latim *flagrans*, que significa ardente, queimante, brilhante. É o crime que está sendo praticado ou acabou de sê-lo. Assim, a prisão em flagrante é aquela que ocorre no momento da prática criminosa ou logo após. Deste modo dispõe Nucci (2013, p. 601):

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

Complementa Lima (2013, p. 862 – 863):

[...] Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

Prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante é a modalidade de prisão em que não há a expedição de mandado pela autoridade judiciária vez que não tem como saber quem e onde será praticado o delito, assim trata-se de uma forma de autodefesa da sociedade.

Quanto a sua natureza jurídica há divergências na doutrina. (NUCCI, 2013), defende que esta “possui uma natureza administrativa dada a forma como sua consecução se opera e os limites a ela imposta”.

Assim, em um primeiro momento, a prisão em flagrante tem caráter administrativo justamente porque dispensa ordem judicial expressa e fundamentada para tanto, nos termos do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Isso se deve ao fato de que a prisão em flagrante pode ser observada de maneira manifesta, por qualquer pessoa do povo, dispensando-se, portanto, a análise por parte de um juiz de direito. Já em um segundo momento, essa modalidade de prisão deverá ser submetida à análise judicial da sua legalidade, caráter judicial (ALVES, 2011).

Dentro dessa dualidade de momentos e de efeitos, prevalece na doutrina o entendimento de que a prisão em flagrante tem natureza jurídica de ato complexo, no sentido de que ela seria um ato administrativo na origem, sendo judicializada ao final (TÁVORA; ALENCAR, 2009).

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para configuração do crime (NUCCI, 2013).

No entanto, embora o princípio da insignificância retire a tipicidade do crime, não se admite que a autoridade policial deixe de efetivar a prisão em flagrante com base nesse motivo, pois tal princípio deve ser analisado exclusivamente pelo magistrado (ALVES, 2011).

O flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Trata-se de uma medida independente, com caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo (o flagrante não gera necessariamente a prisão preventiva, há casos em que a preventiva existe sem prévio flagrante) (BANOCLOCHE PALAO, 1996, p. 292 *apud* LOPES JUNIOR, 2013, p. 805).

O flagrante não prende por si só e tampouco mantém alguém preso além das 24 horas necessárias para sua elaboração. Logo, para que o agente permaneça preso ou submetido a qualquer medida cautelar, é imprescindível uma decisão judicial fundamentada (LOPES JUNIOR, 2013).

Contudo, cabe salientar que há casos em que não será possível a homologação da prisão em flagrante, com lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, nem se exigirá fiança, se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer, embora seja possível a apreensão física da pessoa. Tais casos englobam infrações de menor potencial ofensivo (art. 69, parágrafo único, da Lei 9099/95) e crime de porte de entorpecente para consumo (art. 48, § 2º, da Lei 11.343/06).

O flagrante pode ser facultativo, isto é, aquele realizado por qualquer do povo, que não está obrigado a efetivá-lo. Trata-se aqui de hipótese de exercício regular de um direito. Caso a prisão efetuada seja ilegal, a pessoa poderá responder por crime de constrangimento ilegal ou até de sequestro ou cárcere privado. A outra modalidade trata-se do flagrante obrigatório ou compulsório, aquele imposto às autoridades policiais e seus agentes, sob pena de responsabilidade criminal e funcional pelo seu descaso, desde que obviamente seja possível a efetivação do flagrante.

A prisão em flagrante se divide em espécies, conforme abaixo apresentado:

a) Flagrante próprio ou real – também denominado propriamente dito ou verdadeiro, este tipo de flagrante está contido nos incisos I e II do art. 302 do Código de Processo Penal. Trata-se de uma situação em que o sujeito é surpreendido cometendo a infração penal ou momentos após cometê-la. Traz Capez (2012, p. 315) que “[...] devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva [...], ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal [...]”.

Ressalta Reis e Gonçalves (2012, p. 359):

Considerando as modalidades flagranciais dos incisos III e IV do art. 302 do CPP o agente é preso após deixar o local do crime, resta para esta modalidade do inciso II [os casos em que o sujeito acaba de cometer a infração penal] a hipótese em que o sujeito é encontrado ainda no local dos fatos imediatamente após encerrar os atos de execução do delito.

b) Flagrante impróprio ou imperfeito ou irreal – ocorre quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo, em situação que faça presumir ser o autor da infração. Segundo Lopes Junior. (2013, pp. 56-57), “a perseguição exige uma continuidade, em que o perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda

que nem sempre tenha o contato visual”. E continua dizendo que “deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie ‘logo após’ o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência”.

Esclarece Capez (2012, p. 315):

[...] ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração [...] “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta.

c) Flagrante presumido ou ficto – previsto no inciso IV do artigo 302 do CPP o flagrante presumido é aquele em que logo depois da prática do delito o agente é encontrado em posse dos instrumentos, armas, objetos ou papéis, demonstrando, de forma presumida, ser ele o autor da infração. Destaca Capez (2012, p. 315) que “Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita”. No mesmo sentido Reis e Gonçalves (2012, p. 360) dispõem que:

Nessa modalidade, o sujeito não é perseguido, mas localizado, ainda que casualmente, na posse das coisas mencionadas na lei, de modo que a situação fática leve à conclusão de que ele é o autor do delito.

Aduz Lima (2013, p. 871):

[...] a lei não exige que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzam um veemente indício da autoria ou participação no crime. [...] a expressão logo depois constante do inciso IV não indica prazo certo, devendo ser compreendida com maior elasticidade que logo após (inciso III). Deve ser interpretada com temperamento, todavia, a fim de não se desvirtuar a própria prisão em flagrante.

d) Flagrante provocado ou preparado – neste tipo de flagrante existe a figura de um agente provocador que induz outrem a cometer a infração penal para poder prendê-lo. Agindo desta forma o agente provocador ao mesmo tempo que induz a

prática do crime impede que o mesmo seja consumado, tornando o crime impossível. Afirma Nucci (2013, p. 607):

Trata-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-lo. Trata-se de crime impossível (art. 17, CP), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime.

Acerca do flagrante preparado temos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na Súmula 145, no sentido de que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Complementa Capez (2012, p. 316 – 317) que “neste caso, em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica”.

e) **Flagrante esperado** – neste tipo de flagrante não ocorre a intervenção de um agente provocador e, sim, a comunicação à polícia de que haverá o cometimento de uma infração penal, sendo que a mesma aguardará até o momento exato para efetuar a prisão. Trata-se de uma modalidade legal de flagrante, pois não haverá nenhum tipo de preparo para que o agente cometa o delito. Assim afirma Nucci (2013, p. 609):

Essa é uma hipótese viável para autorizar a prisão em flagrante e a constituição válida do crime. Não há agente provocador, mas simplesmente chega a polícia a notícia de que um crime será, em breve, cometido. Deslocando agentes para o local, aguarda-se a sua ocorrência, que pode ou não se dar da forma como a notícia foi transmitida. Logo, é viável a sua consumação, pois a polícia não detém certeza absoluta quanto ao local, nem tampouco controla a ação do agente criminoso.

Assevera Capez (2012, p. 363) que “nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação”.

Assim, não podemos confundir os flagrantes preparado e esperado, pois no flagrante esperado há a informação de que um crime irá acontecer, podendo ou não

ser verdade, sendo que a autoridade ou o terceiro avisado esperará que aconteça para efetuar a prisão.

f) Flagrante forjado – é aquele em que alguém “planta” provas para incriminar terceiro, ou seja, “[...] foram criadas provas de um delito inexistente exatamente para viabilizar a prisão” (Reis e Gonçalves, 2012, p. 363). Nesse sentido traz Bonfim (2012, p. 641): “[...] ocorre nas hipóteses em que a polícia ou terceiros forjam elementos probatórios, dispondo-os de maneira a induzir a autoridade em erro, com o intuito de incriminar determinada pessoa, causando sua prisão. [...]”, não se pode falar em flagrante, uma vez que este pressupõe um crime que, no caso, não existe.

Afirma Nucci (2013, p. 608) que tal “[...] fato será atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer trecho da infração penal”.

g) Flagrante retardado ou diferido – para Nucci (2013, p. 609) o flagrante diferido “é a possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, dos componentes e da atuação de uma organização criminosa”.

Completa Lima (2013, p. 875):

A ação controlada consiste no retardamento da intervenção policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Também conhecida como flagrante prorrogado, retardo ou diferido, vem prevista na Lei de Organizações Criminosas, na Lei de Drogas, e também na Lei de Lavagem de Capitais.

Nessa modalidade de flagrante temos que é possível, em alguns crimes, esperar o momento mais eficaz para a realização da prisão, ou seja, aquele em que a comprovação da autoria do delito se mostrará mais eficiente em razão da colheita de provas.

3.4.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma “medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2012, p. 604).

Trata-se de uma prisão tipicamente cautelar. Mostra-se forte a necessidade de se demonstrar o porquê da mitigação do princípio do estado de inocência, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, a sua decretação de modo automático ou forma obrigatória (ALVES, 2011).

Pode ser decretada durante a investigação policial ou já no curso da ação penal, e até após a sentença condenatória recorrível (LOPES JUNIOR, 2013). Sobre a legitimidade para o estabelecimento da referida modalidade prisional, pode ser decretada pelo juiz, de ofício, no decorrer da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial, em qualquer fase processual (artigo 311, Código de Processo Penal).

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. Esta deverá apontar, além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa (LOPES JUNIOR., 2013).

Qualquer que seja o fundamento da prisão é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva.

O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Sem o *periculum libertatis*, a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar (art. 319, CPP) não poderá ser decretada (LOPES JUNIOR, 2013).

Os requisitos ensejadores da privação preventiva de liberdade estão previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, e são de observância obrigatória. Nucci (2013, p. 87) aduz que:

São três os fatores necessários à decretação: prova da materialidade do crime, indícios suficientes de autoria, além de um dos elementos variáveis previstos no citado artigo 312 do Código de Processo Penal.

A decisão que decretar a prisão preventiva exige fundamentação legal, sob risco de ofender o princípio da presunção de inocência. Desta decisão interlocutória não há recurso previsto, restando apenas a possibilidade de ser atacada através de

Habeas Corpus (artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal). A duração razoável da prisão cautelar emerge como princípio constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais.

É necessário consagrar com *status* constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que for absolutamente imprescindível para o escoeito desfecho do processo (NUCCI, 2013).

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo ragrava-se notavelmente sobre as costas do imputado (LOPES, JUNIOR, 2013).

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada” (LOPES JUNIOR e ROSA, 2015). Assim, a conversão da prisão em flagrante em preventiva deve ser criteriosamente avaliada em relação aos requisitos legais que a autoriza8m, evitando dessa forma a violação de direitos humanos.

3.4.3 Prisão temporária

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960/89. Antigamente era denominada “prisão para averiguação”. É a modalidade de prisão que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (NUCCI, 2012, p. 585). Conforme entendimento da doutrina majoritária, não se permite o decreto da prisão temporária em sede de procedimentos investigatórios extrapoliciais, só será possível, portanto, no bojo do inquérito policial (TÁVORA e ALENCAR, 2009).

Sua decretação necessita da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade do juiz decretá-la de ofício (LOPES JUNIOR, 2013). O art. 1º da Lei nº 7.960/89 determina três hipóteses de cabimento da prisão temporária:

- a) Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

- b) Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- c) Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptó violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro.

O prazo da prisão temporária será, como regra, de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, *caput*, da Lei 7.960/89). Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para trinta dias, prorrogáveis por outros trinta dias (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90). Importante salientar que, expirado o prazo de encarceramento temporário determinado pelo magistrado, e não tendo sido a prisão convertida em preventiva, o indiciado deve ser imediatamente libertado pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura, sob pena de configuração de constrangimento ilegal, passível de impetração de *habeas corpus*.

4 CONSIDERAÇÕES A CERCA DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste no direito de todo cidadão preso ser encaminhado, sem demora, à autoridade judiciária para a análise de sua integridade física bem como da legalidade e necessidade da prisão. A expressão 'sem demora' foi aceita como o prazo de até 24 horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para que o autuado seja apresentado para o juiz. Até então, de acordo com as regras atualmente estabelecidas pelo Código de Processo Penal, se determina apenas a comunicação da prisão em flagrante enviada ao juiz nesse lapso temporal (artigo 306, § 1º), nada mencionando referente à apresentação do indiciado a autoridade judicial.

4.1 Audiência de custódia no cenário processual brasileiro

A prisão em flagrante sempre foi alvo de diversos debates, ora sendo vista como medida pouco eficaz, ora sendo considerada como medida evasiva e desnecessária. Ocorre, porém que no campo prático, valorar a necessidade de manter alguém ergastulado sob a égide da prisão em flagrante se torna medida de extrema complexidade haja vista os infinitos desdobramentos sob os quais uma conduta delitativa se apresenta. A fim de tratar com maior serenidade e dedicação acerca desta modalidade de prisão, o Pacto de São José da Costa Rica, assim como, o Pacto Internacional dos direitos Civis previram o instituto da audiência de custódia, também chamada de audiência de garantias, que de forma sintética determina que toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à autoridade, conforme transcrição abaixo:

Artigo 7º Pacto São José da Costa Rica - Direito à liberdade pessoal (...). Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. [...].

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe em seu artigo 9º, em especial no item 9.3, sobre a audiência de custódia:

Artigo 9 (...) 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. [...].

Como pode ser observado pelas transcrições acima, tais diplomas normativos, que tem plena eficácia no Brasil e, ao menos, natureza supralegal conforme já entendeu o STF, preveem a chamada audiência de custódia. E justamente com base nestas normas, que, por meio de iniciativa do Conselho

Nacional de Justiça, os estados brasileiros começaram a se movimentar para que fosse cumprida no ordenamento jurídico pátrio.

De posse do auto de prisão em flagrante (APF), a autoridade judicial terá a incumbência de avaliar a legalidade da prisão e decidir sobre sua conversão em prisão preventiva, outra medida cautelar ou liberdade provisória, baseada exclusivamente nos documentos escritos fornecidos pela polícia. O conhecimento pessoal e a oitiva do indiciado ficam postergados.

Em alguns países da América Latina, que já realizam a apresentação do preso a uma autoridade judiciária, prazos semelhantes já são exigidos. Na Argentina, por exemplo, o Código de Processo Penal Federal exige que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judicial competente no prazo de seis horas após a prisão. No Chile, o Código de Processo Penal determina que, em casos de flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor, que poderá soltá-lo, ou apresentá-lo a um juiz no prazo de 24 horas da prisão.

Na Colômbia, o Código de Processo Penal prevê que, em casos de flagrante, o detento precisa ser apresentado ao juiz no prazo de 36 horas. No México, para a maioria dos tipos penais, pessoas detidas em flagrante precisam ser entregues imediatamente aos promotores, que, por sua vez, devem apresentar os suspeitos a um juiz no prazo de 48 horas ou liberá-los (CANINEU, 2014). O Brasil era um dos poucos países da América Latina que não respeitava as normas internacionais.

Segundo entende Aury Lopes Junior e Caio Paiva (2013, p. 345):

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

Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência”. Já decidiu a Corte IDH,

também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física”, advertindo estar em jogo, ainda, tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal.

A previsão normativa da audiência de custódia já fora ratificada pelo Brasil desde 1992 quando houve a promulgação do Decreto 678/92 e do Decreto 592/92. Ocorre que tal garantia foi acometida de grande morosidade até sua efetiva aplicação no cenário nacional, subsistindo apenas por meio de projetos de parceria do Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça, a partir de onde começam a ocorrer estudos e reuniões para sua adoção nos Estados.

Todavia a discussão sobre a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é recente, sendo que a iniciativa de se aprovar uma legislação tratando desse instituto se deu com o projeto de lei do senado (PLS) nº 554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, propondo a alteração do §1º do artigo 306 do CPP para instituir a audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante, com a seguinte redação:

Art. 306. [...] §1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Durante a tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), o PLS foi contemplado com diversas emendas. Sendo o projeto aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), destacam-se os principais pontos da redação:

Art. 2º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pelo delegado de polícia ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 5º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 6º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 9º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

É claro que o Poder Judiciário juntamente com os demais órgãos responsáveis, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, devem se organizar para verificar a melhor maneira de viabilizar o exercício de tal direito, o que não se aceita é sua inaplicabilidade sob o fundamento de impossibilidade prática, falta de estrutura e verba, e descumprimento da norma convencional sem qualquer consequência para o Poder Público.

4.2 Benefícios da audiência de custódia à legalidade prisional

São várias as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil. Elas passam, principalmente, pela missão de reduzir o encarceramento em massa no país, tendo em vista que através da audiência se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. No mais, ajustam o processo penal brasileiro aos

Tratados Internacionais de Direitos Humanos e são eficientes no combate à prática de tortura e tratamento indigno ao preso.

Como primeira vantagem, em relação ao combate à superlotação carcerária, temos que a apresentação imediata da pessoa detida ao juiz, como já foi demonstrado, é um mecanismo que possibilita à autoridade judiciária a apreciação da legalidade da prisão. Sendo assim, a realização da audiência de custódia minimiza a possibilidade de prisões manifestamente ilegais. Isso porque, conforme já foi explicado, as audiências de custódia permitem que os juízes tenham mais informações para decidir se alguém foi detido legalmente e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória. Nelas, os juízes devem decidir apenas sobre a aplicabilidade da prisão provisória, não sobre a suposta responsabilidade do suspeito pelo crime de que está sendo investigado.

Nesse sentido corrobora Toscano Junior.:

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade. (TOSCANO JUNIOR, 2015).

Dessa forma se viabiliza o respeito às garantias constitucionais como o princípio constitucional do contraditório, conforme Art. 5º, LV, CF, além de se consolidar o direito de acesso à justiça do réu preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal, sem, no entanto, implicar antecipação do interrogatório, já que o projeto prevê expressamente a impossibilidade de que este depoimento preliminar em juízo seja usado depois para condenar o réu. Entende-se, pois que a audiência de custódia é medida necessária para diminuir o número de presos provisórios e controlar a “nefasta política de encarceramento em massa” do Estado, que coloca, no mesmo lugar, indivíduos que são réus primários e sem antecedentes criminais junto dos presos que pertencem a facções criminosas, por exemplo.

Já a segunda vantagem, em relação à demonstração do ajuste do nosso processo penal aos tratados internacionais, é evidente. Pode-se dizer que adotar a

audiência de custódia reforça o compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos, efetivando o que, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica dispõe em seu art. 7º, e para além dele, outros tratados. Dessa forma, há a adequação do ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais, conforme exige o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), segundo o qual é dever dos Estados-partes a adoção de disposições de direito interno compatíveis com as normas contidas na referida Convenção.

Assim, de acordo com essa normativa:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º [da CADH] ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Consequentemente, renovam-se as credenciais do Brasil no cenário internacional, visto que organismos internacionais tais como a *Human Rights Watch*, organização não governamental dedicada à proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), já sinalizaram sobre a importância da audiência de custódia.

Por fim, como outra vantagem, a Audiência de Custódia inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais, que violam os direitos fundamentais do cidadão, e apesar das providências tomadas contra estes atos nos últimos anos no Brasil, ainda são recorrentes os casos em que a tortura é praticada durante interrogatórios policiais.

De acordo com a *Human Rights Watch*, a tortura ainda é um problema sério no Brasil. Em uma pesquisa realizada em território nacional sobre o tema, foram encontradas evidências contundentes, em 64 casos de supostos abusos, de que as forças de segurança ou autoridades penitenciárias torturaram pessoas sob sua custódia ou contra elas dispensaram tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Os abusos frequentemente ocorreram nas primeiras 24 horas sob custódia policial. A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recebeu, por meio de um serviço telefônico, 2.374 denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos

ou degradantes ocorridos em prisões ou delegacias de polícia em 2014, um aumento de mais de 25% em relação a 2013. (HRW, 2015).

Isso porque no ordenamento atual a única oportunidade que muitos presos têm de denunciar abusos sofridos para uma autoridade judiciária é no seu interrogatório – meses após sua prisão, quando a comprovação da materialidade do delito se torna muito mais difícil. O estabelecimento de audiências de custódia em 24 horas da prisão é uma das principais recomendações no combate tortura.

Assim é importante observar que o instituto da audiência de custódia além de mostrar o respeito às obrigações do Brasil em relação aos direitos humanos, tem grande potencial de ajudar no combate aos problemas crônicos do sistema carcerário em todo o País, como o encarceramento em massa e a prática de tortura.

4.3 Audiência de custódia e a problemática policial e com o Ministério Público

A audiência de custódia, é com toda certeza, um avanço no âmbito jurídico nacional, e a sua obrigatoriedade é uma tentativa de retirar o Estado da inercia, para com as suas responsabilidades com a segurança dos seus cidadãos. Entretanto é sabido por todos que apenas a criação de leis ou a fiscalização para o seu cumprimento, não é o suficiente para um real e satisfatório resultado buscado.

Assim como todas as mudanças, as audiências de custódia ainda precisam de vários ajustes e aperfeiçoamento das leis, para que possa realmente trazer melhorias para a sociedade. Uma vez que a soltura deliberada de criminosos, que apresentam grandes probabilidades de serem os autores dos crimes, desestimula o trabalho do Ministério Público e da polícia, que acabam por ver o seu trabalho como ineficaz. Soma-se a isso, o pouco efetivo policial, que assola a maioria do país, que acaba sendo ainda mais comprometido com as audiências de custódia.

4.4 A evolução da audiência de custódia no Estado do Maranhão

Por mais recente que seja o debate acerca da habilitação de audiências de custódia em todo o país, o Estado do Maranhão já tem entendimento da necessidade que se faz de que sejam adotadas tais medidas a fim de desonerar as prisões e conseqüentemente diminuir os graves problemas que afligem suas populações carcerárias. A ONG *Human Rights Watch* analisou de perto a

implantação e funcionamento das audiências de custódia no Maranhão, que já ocorre desde outubro de 2014, e elaborou um estudo que demonstra que o programa piloto aqui realizado está ajudando a reduzir o número de presos provisórios, uma das principais causas da superlotação das prisões e do recrutamento de novos membros por facções criminosas:

Em quase metade dos casos que fizeram parte do programa piloto conduzido no Estado que registraram os piores índices de violência em prisões dos últimos anos, os juízes decidiram que não cabia prisão provisória e determinaram a liberação dos detidos. Nos casos em que as decisões foram baseadas apenas nos documentos policiais, os juízes determinaram a liberação do detido em apenas 10 por cento dos casos, embora o direito internacional preveja que a prisão provisória deve ser último recurso, privilegiando a liberdade. (HRW, 2015)

Conforme a ONG *Human Rights Watch* observou no Maranhão, as audiências de custódia também são cruciais para prevenir a tortura e os maus-tratos pela polícia – um sério problema no Brasil. *Human Rights Watch* declara ter identificado sinais de maus-tratos em três casos durante as audiências de custódia do programa piloto, os quais foram encaminhados ao Ministério Público. As evidências físicas dos maus tratos provavelmente teriam desaparecido se os presos tivessem que esperar meses até serem conduzidos à presença de um juiz.

Em busca de impulsionar ainda mais o plano de contenção da crise carcerária instalada desde 2014 no Estado, fora assinado em 22 de junho de 2015, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Ricardo Lewandowski um termo de cooperação técnica com a Justiça do Maranhão que previa a reestruturação do sistema carcerário maranhense, em solenidade realizada no Tribunal de Justiça do Estado (TJ-MA), em São Luís. Também assinou o compromisso a presidente do TJMA, desembargadora Cleonice Freire; a corregedora-geral da Justiça, Nelma Sarney; a procuradora-geral da Justiça em exercício, Terezinha Guerreiro; o presidente da OAB-MA, Mário Macieira; a defensora pública-geral, Mariana Albano e o diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Hugo Leonardo, bem como o Governador do Estado Flávio Dino.

Os signatários se comprometeram a engendrar esforços para reestruturar o sistema carcerário maranhense, com reforma estrutural e organizacional das unidades prisionais, políticas de atenção aos presos, aprimoramento da rotina de

execução penal e consolidação da audiência de custódia. A proposta era levar o projeto inicialmente às principais cidades do Estado e com isso ter uma eficiência em todo o território.

A Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) definiu o plano de trabalho de 2016 com 12 etapas. Apresentado em reunião no Centro Administrativo do Poder Judiciário, o plano trazia como ações prioritárias as audiências de custódia, cadastro de presos e as medidas socioeducativas de criminalidade infantil – com apoio aos magistrados que atuam com a questão.

“Atuaremos de forma contínua e efetiva para cumprir rigorosamente nosso organograma de trabalho, fazendo o monitoramento de presos e relatórios sistemáticos com números atualizados sobre o sistema carcerário”, explicou o desembargador Fróz Sobrinho. “A identificação dos detentos é de suma importância para a solução dos problemas que envolvem a questão carcerária no estado”, reforçou. Todo o esforço do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), visa a melhora e reestruturação dos elevados índices de violência e encarceramento que o estado tem, buscando assim tornar-se referencial em organização prisional.

Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que desde outubro de 2014 a 15 de março de 2016, no Estado do Maranhão já houvera sido realizadas 1.984 audiências de custódia, casos que resultaram em 1.021 liberdades provisórias, o que representa 51,46% do total, sobrevivendo 963 (48,54%) prisões preventivas. Deste total 71 indiciados alegaram terem sofrido violência no ato da prisão, o que reforça a ideia de que a conduta coercitiva da polícia ainda sofre de exageros.

Contudo é importante salientar que a audiência de custódia não tem como objetivo suprir os demais ritos processuais, mas tão somente proporcionar desde o início do processo melhores condições para averiguação e conhecimento por parte do magistrado da real necessidade de manutenção da prisão em flagrante ou a consequente revogação desta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou apresentar uma linha evolutiva acerca das prisões e a forma como estas se desenvolveram ao longo da história, destacando assim as prerrogativas constitucionais que regem o nosso ordenamento jurídico e dando especial destaque aos princípios que fundamentam o processo penal. Dentro da temática abordada discorreu-se sobre as cautelares e a forma como estas são conduzidas pelo judiciário, em especial a prisão em flagrante, que tem sido alvo de debates controversos no que tange a sua aplicação.

Como ponto central desta monografia, verificou-se a análise acerca do instituto da Audiência de Custódia que, apesar de muito antigo no ordenamento jurídico internacional por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, internalizados por meio dos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente, até pouco tempo encontrava dificuldades para a sua aplicação nos estados brasileiros.

Os argumentos utilizados pelo Poder Público para tentar justificar sua omissão baseavam-se nas dificuldades administrativas de realização da audiência de custódia por falta de recursos financeiros, estrutura administrativa dentre outros obstáculos práticos. Demonstrou-se a necessidade de tal instituto como forma de evitar prisões ilegais e arbitrárias, bem como evidenciar casos de tortura e maus tratos quando da prisão captura.

Abordou-se, ainda, a mobilização do Conselho Nacional de Justiça para a adoção deste instrumento nos estados brasileiros, por meio do projeto piloto promovido por acordo de cooperação técnica entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça. A necessidade de organização de todos os poderes estatais fez-se urgente, já que se trata de norma de eficácia plena e imediata que estava sendo descumprida há mais de vinte anos, ou seja, desde a ratificação do Pacto de São Jose da Costa Rica por meio do Decreto 678 de 1992.

Conforme exposto na presente monografia, o cumprimento da norma internacional não depende de legislação interna dispondo sobre a matéria já que o tratado internacional de direitos humanos ingressa no ordenamento jurídico nacional com status, ao menos, supralegal. Assim, apesar de não necessitar de

regulamentação, o projeto de Lei 554 de 2011, apresentado no Congresso Nacional, buscou regulamentar este instituto. Tal alteração legislativa seria importante, tão somente, como mais uma forma para viabilizar o pleno cumprimento, sanando a omissão estatal.

Conforme abordado neste trabalho, a aplicação das audiências de custódia no estado do Maranhão já evitou um número considerável de prisões ilegais realizadas e tem se mostrado capaz de reduzir a curto e médio prazo o crescimento desmedido da superlotação do sistema prisional, principalmente no que tange às prisões provisórias. Dessa forma, o juiz ao realizar a audiência de custódia, sem demora, poderá primeiramente verificar a legalidade da prisão e, em seguida, verificar se estão presentes seus requisitos com base no exercício da ampla defesa do acusado, já que há diversas medidas cautelares que devem ser aplicadas antes da determinação da prisão preventiva.

Além disso, a realização da Audiência de Custódia pode evitar diversos casos de tortura e maus tratos, que infelizmente ainda ocorrem quando da prisão captura, de forma a minimizar a omissão Estatal e atender às normas internacionais de Direitos Humanos.

Diante disso, não há como aceitar que a norma convencional não existe. É fato que há questões administrativas que devem ser estudadas e conversadas para que ocorra a sua efetivação de forma responsável, mas deve haver vontade das autoridades públicas para isso, o que parece que começa a existir. A consequência de sua efetivação abarca toda a sociedade já que a superlotação do sistema e o crescimento da população carcerária de forma desproporcional revertem para a sociedade em razão da situação degradante dos presos e da dificuldade de ressocialização.

Conclui-se, portanto, que a realização da audiência de custódia é necessária, já que há diploma normativo para isto de forma a garantir tanto a prevalência dos direitos humanos no âmbito interno diante dos mecanismos internacionais dos quais o Brasil faz parte, como a garantia à ampla defesa, à integridade psicofísica do preso e à dignidade da pessoa humana, já que o indivíduo passa a ser tratado como sujeito de direitos.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal – Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

BANACLOCHE PALAO, Julio. **La Libertad Personal y sus Limitaciones**. Madrid: McGraw Hill, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 04.jan.2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 2005

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 8. ed. Editora Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao código penal: decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**, Rio de Janeiro: Forense, S.D.Bv.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática** / Renato Brasileiro de Lima – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 22ª ed., 2012.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 8. ed. Editora Impetus, 2014.