



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONTROLE DA LEGALIDADE  
DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Luiz Filipe Velasco Braga de Azevedo

Rio de Janeiro

2018

LUIZ FILIPE VELASCO BRAGA DE AZEVEDO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONTROLE DA LEGALIDADE  
DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada como exigência para  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*  
*Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof<sup>a</sup> Cláudia das Graças. M. O. Portocarrero.

Coorientadora:

Prof<sup>a</sup> Néli. L. C. Fetzner.

Rio de Janeiro

2018

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONTROLE DA LEGALIDADE  
DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada como exigência de conclusão de  
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Ma-  
gistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018. Grau atribuído: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado  
do Rio de Janeiro-EMERJ.

\_\_\_\_\_

Convidado: Prof. Thiago Miranda Minagé – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Ja-  
neiro-EMERJ.

\_\_\_\_\_

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero – Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

\_\_\_\_\_

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO (A) AUTOR (A).

A memória de meus amados avôs, Luiz  
Carlos Braga e Isaias Rocha de Azevedo,  
meus eternos professores.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus.

Aos meus pais.

Aos meus irmãos.

À Laís

A Isaias Rocha de Azevedo e Luiz Carlos Braga.

“Ao culpado que cair debaixo da tua jurisdição, considera-o como um mísero, sujeito às condições da nossa depravada natureza, e em tudo quanto estiver da tua parte, sem agravar a justiça, mostra-te piedoso e clemente, porque ainda que são iguais todos os atributos de Deus, mais resplandece e triunfa aos nossos olhos o da misericórdia que o da Justiça.”

Miguel de Cervantes em “Dom Quixote”

“A melhor forma de governo é a justiça. A melhor justiça é o direito. O melhor direito é a igualdade.”

Antônio Carlos Pucci

## SÍNTESE

A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos deram propulsão ao surgimento do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, que prevê, em seu bojo, a pronta apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial em um prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão, mas deixou dúvidas e incertezas acerca de sua implementação ou não no sistema processual penal brasileiro. O presente trabalho aponta que o poder legislativo caminha para uma normatização da audiência de custódia, mas mostra que a demora em sua regulamentação foi nociva ao Direito como um todo. Analisar-se-á a audiência de custódia, suas bases principiológicas, seu desenvolvimento no direito comparado e nacional, e a estrutura na qual o instituto se encontra no cenário processual penal brasileiro, permitindo uma visualização e análise mais abrangente. Concluindo pela sua indispensabilidade, como medida necessária para obtenção da justiça, sob uma perspectiva civilizatória, harmônica com o modelo de humanidade que se almeja com o papel da jurisdição, buscando coibir prisões e detenções arbitrárias, ilegais, atribuindo ao procedimento persecutório estatal, obediência aos tratados internacionais, já internalizados, atendendo, assim, os direitos fundamentais da responsabilidade jurisdicional e da dignidade da pessoa humana.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - RAÍZES PRINCIPIOLÓGICAS CONSTITUCIONAIS VINCULADAS.....	12
1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	14
1.2. Princípio do Devido Processo Legal .....	17
1.3. Princípio do Juiz Natural.....	19
1.4. Princípio da Publicidade .....	21
1.5. Princípio da Ampla Defesa.....	22
1.6. Direito de Presença .....	24
1.7. Princípio da Razoável Duração do Processo .....	25
1.8. Princípio “ <i>Nemo Tenetur se Detegere</i> ” .....	28
1.9. Princípio do Contraditório.....	30
1.10. Princípio do Promotor Natural.....	32
1.11. Princípio da Identidade Física do Juiz.....	34
2. PRISÃO - A DETESTÁVEL SOLUÇÃO QUE NÃO SE PODE ABRIR MÃO.....	36
2.1. Processo penal e o poder geral de cautela.....	39
2.2. Excepcionalidade das prisões cautelares.....	40
2.3. Prisão preventiva .....	43
2.3.1. Prisão preventiva – Quem poderá requerer a medida? .....	44
2.3.2. Prisão preventiva – Pressupostos e requisitos autorizadores.....	46
2.3.3. Prisão preventiva e crimes culposos.....	48
2.3.4. Garantia da ordem pública.....	49
2.3.5. Garantia da ordem econômica.....	51
2.3.6. Conveniência da instrução criminal.....	53
2.3.7. Assegurar a aplicação da lei penal .....	54
2.4. Prisão em flagrante.....	55
2.4.1. Conversão da prisão em flagrante em preventiva.....	57
2.5. Prisão temporária .....	58
2.6. Prisão domiciliar .....	59
3. DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO .....	62
3.1. Requisitos e características .....	63
3.2. Legitimidade e procedimento.....	65
3.3. Medidas cautelares alternativas à prisão em espécie.....	66
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL .....	71
4.1. Inserção no direito brasileiro da audiência de custódia .....	72
4.1.1. Normas anteriores à ratificação da convenção americana de direitos humanos .....	73
4.1.2. Normas posteriores à ratificação da convenção americana de direitos humanos .....	75
5. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA .....	81
5.1. Objetivos.....	83
5.2. Prazo de apresentação .....	84
5.3. Quem deve ser apresentado .....	85
5.4. A apresentação pessoal é indispensável? .....	86
5.5. A quem deve ser feita a apresentação? .....	87
5.6. Efeitos da não realização da audiência de custódia .....	88
CONCLUSÃO .....	90
REFERÊNCIAS .....	92

## SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
AgRg – Agravo Regimental  
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo  
Art. – Artigo  
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos  
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público  
CP – Código Penal  
CPP – Código de Processo Penal  
DJe – Diário da Justiça Eletrônico  
Dr. – Doutor  
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos  
EC – Emenda Constitucional  
Ex-Min. – Ex-Ministro  
CSMP – Conselho Superior do Ministério Público  
HC – Habeas Corpus  
LC – Lei Complementar  
LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93)  
LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93)  
Min. – Ministro  
MP – Ministério Público  
MPF – Ministério Público Federal  
MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
Nº – Número  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
P. – Página  
PEC – Proposta de Emenda à Constituição  
PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos  
PL – Projeto de Lei  
RE – Recurso Extraordinário  
Red. – Redator  
Rel. – Relator  
Res. – Resolução  
Resp – Recurso Especial  
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
SV – Súmula Vinculante  
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais  
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
TRF – Tribunal Regional Federal

## INTRODUÇÃO

Este trabalho científico busca abordar a necessária adequação do Brasil, as previsões contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, então ratificados. Impulsionado pelo surgimento em 2011 do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, que prevê, em seu bojo, a pronta apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial em um prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão. A partir de então, instalou-se, na comunidade jurídica relevante discussão e repercussão acerca de sua implementação ou não no sistema processual penal brasileiro, gerando dúvidas e incertezas.

O ponto crucial cinge-se, pois, a discutir, a auto aplicabilidade da audiência de custódia, frente aos tratados e convenções já ratificados pelo Brasil ou sua desnecessidade, diante dos direitos e garantias já assegurados em nível infraconstitucional e constitucional. Na doutrina, jurisprudência e pelo viés do direito comparado, o que se verificou foi a necessidade da regulamentação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, como mecanismo de controle da legalidade da prisão em flagrante, visando frear, também, a ocorrência de ameaças, maus tratos, torturas e outras violações estatais advindas da persecução penal.

No primeiro capítulo, serão traçadas as bases principiológicas constitucionais de natureza processual que norteiam os atos praticados na audiência de custódia, voltados à garantia de um tratamento igualitário na relação réu e acusador, bem como situar em que ramo o instituto se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo sua melhor compreensão e visualização. Será visto, por força do Código Processual Penal e de leis ordinárias, princípios gerais aplicáveis à audiência de custódia.

No segundo capítulo, será apresentado a prisão como regra, destacando sua evolução histórica, finalidades e características, avançando-se para a prisão como exceção, com enfoque nos poderes gerais de cautela presentes no processo penal brasileiro, encontrar-se-á, também, tipos de prisões cautelares existentes no Brasil, seus fundamentos, limitações e peculiaridades. Será visto a prisão domiciliar como modo substitutivo ou não da prisão preventiva.

No terceiro capítulo, ver-se-á as medidas cautelares alternativas a prisão, o cabimento dessas medidas, seus pressupostos, fundamentos, apresentando seu caráter singular e ou cumulativo.

No quarto capítulo, pretende-se demonstrar a evolução histórica da audiência de custódia no Brasil e no direito comparado, apresentando leis, projetos de leis, Pactos e Convenções internacionais, provimentos, julgados, proposta de emenda constitucional voltados a regulamentação do instituto.

No capítulo final, busca-se analisar a audiência de custódia, apresentando suas características, objetivos. Pretende-se ainda apresentar seus efeitos jurídicos e sociais, demonstrando os atributos a serem satisfeitos pelo condutor da audiência de custódia e as consequências de sua não realização. Ver-se-á que mesmo com a tendência da atual regulamentação do instituto, subsistem aspectos polêmicos ligados à sua implementação.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa, comparada, histórica e qualitativa. A metodologia está amparada em artigos, teses de doutorado, livros e jurisprudência, dentro e fora do direito brasileiro.

Tem seu viés histórico na busca pela gênese do conceito, pela comparação entre diferentes momentos históricos e pelas perspectivas para o futuro. Quanto à abordagem dos dados, ela é qualitativa, tendo em vista que a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – servirá como base para a resolução do problema jurídico a ser apresentado.

## 1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - RAÍZES PRINCIPOLÓGICAS CONSTITUCIONAIS VINCULADAS

Antes de se adentrar nas balizas da audiência de custódia, é necessário situar em qual ramo o instituto se encontra, para assim, de forma posterior, definir toda a estrutura de direitos e garantias existentes no ordenamento jurídico brasileiro que as cercam, dando âncora à sua validade e aplicabilidade.

Segundo as lições de José Frederico Marques,<sup>1</sup> o processo penal pode ser conceituado como um “conjunto de normas e princípios que norteiam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, e também as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e os pilares organizacionais da função jurisdicional e seus respectivos auxiliares”.

Bem ressalta Edilson Mougnot Bonfim<sup>2</sup> que o processo penal é um instrumento estatal voltado ao exercício da jurisdição no campo penal:

Instrumento do estado para o exercício da jurisdição em matéria penal. O direito processual penal, portanto, pode ser definido como o ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo (i.e: o processo) pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e conseqüente punição dos culpados. Tem como conteúdo normas que disciplinam a organização dos órgãos da jurisdição e de seus auxiliares, o desenvolvimento da atividade persecutória e a aplicação da sanção penal.

Por sua vez, Fernando Capez<sup>3</sup> liga o termo processo penal a um “conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”. Certo é, que o processo penal é o único meio que o estado dispõe constitucionalmente identificado para exercer o direito de punir<sup>4</sup>, devendo justa observância às regras normativas e principiológicas, na apuração de determinado fato penal relevante para futura imputação, responsabilizando penalmente o acusado. A audiência de custódia, portanto, está incluída nessa

---

<sup>1</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, p.20.

<sup>2</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6 e 7.

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1.

<sup>4</sup> Frederico Marques denota que o direito de punir é “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável. MARQUES, op. cit., p. 21.

seara, devendo ser analisada sob a ótica jurídica processual penal à luz da Constituição.

Visto o ramo do direito no qual se encontra a audiência de custódia, importante sedimentar os princípios que estão ligados direta e indiretamente à sua aplicabilidade.

A definição etimológica da palavra princípio, que vem do latim *principium*, cujo significado é variado, podendo dar a idéia de começo, origem, ponto de partida, ou, idéia de verdade primeira, serve de fundamento, base para algo.

Humberto Ávila<sup>56</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>7</sup> conhecendo a importância jurídica do tema, concluem que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer, por mostrar clara contrariedade a todo o ordenamento jurídico, subversão de seus valores fundamentais, irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Nessa mesma esteira, Paulo Bonavides<sup>8,9</sup> afirma que o tema não é estranho à seara jurídica, pois, sabe-se que um dos primeiros doutrinadores a afirmar o caráter normativo dos princípios, como verdadeiros vetores, ganhando força normativa<sup>10</sup> fora o constitucionalista Italiano Vezio Crisafulli em 1952, na obra denominada “A Constituição e as suas disposições principais”.

Atualmente, como observado por Ruy Samuel Espíndola<sup>11</sup>, existe uma unanimidade entre os doutrinadores<sup>1213</sup> em reconhecer o status de norma aos princípios jurídicos, ou norma jurídica, possuindo positividade, vinculatividade, eficácia positiva – que pode ser entendida, como

---

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.167.

<sup>6</sup> Para Ávila, os princípios seriam normas finalísticas, que para sua concretização seria necessário à sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para determinação da conduta devida.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 842.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

<sup>9</sup> Para Bonavides, os princípios são expressamente previstos no ordenamento jurídico como mecanismo de válvula de segurança, e não como algo que sobrepusesse a lei, ou lhe fosse anterior, e sim extraídos da mesma, previstos para impedir o vazio normativo. *Ibidem.*, p. 259-263.

<sup>10</sup> A evolução doutrinária sobre a força normativa dos princípios passou por três fases, a primeira, chamada de jusnaturalista é ligada estritamente com o direito natural e a noção de princípios globais, que são anteriores as normas, a evolução para a segunda fase, denominada de positivista, perpassa pela evolução burguesa pautada em uma reação contrária ao regime monárquico em que era sustentado a necessidade de se positivar alguns princípios para se ter maior segurança jurídica, passando a considerar norma tudo aquilo que estivesse escrito em uma legislação legal, o que veio a enfrentar problemas diante a velocidade dos fenômenos sociais em que o operador do direito era convocado a análise de questões ainda não legisladas, o que veio surgir a terceira fase denominada de fase neoconstitucionalista, em que os princípios passaram a ser considerados como fontes de um sistema menos literalista.

<sup>11</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

<sup>12</sup> Segundo a clara Robert Alexy, tanto os princípios quanto as regras são normas porque ambos dizem o que deve ser, podendo, ainda, serem auxiliadas pelas expressões deonticas de permissão e proibição. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 83.

<sup>13</sup> Enriquetando o tema, Ronald Myles Dworkin anota que, “os juristas e juízes, ao debaterem e decidirem ações judiciais invocam não somente as regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominou de princípios jurídicos”, acrescentando que as normas se dividem em duas categorias, inexistindo hierarquia entre as

inspiração à luz hermenêutica e normativa que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incindíveis -, e eficácia negativa, assim entendida como a força de tornar inválidas as decisões que se contraponham aos princípios.<sup>14</sup>

Com efeito, nos dias de hoje, uma norma ou uma interpretação jurídica que não encontra respaldo nos princípios, com certeza estará fadada à invalidade ou ao desprezo. Os princípios são considerados pilares de todo o ordenamento jurídico, orientando o interprete de como agir diante das normas jurídicas, e das situações concretas. O que seria do Código Processual Penal de 1941<sup>15</sup> se não fosse a força normativa dos princípios?

A garantia de um processo penal sensível, destinado a oferecer tratamento igualitário ao réu é fruto de inovação principiológica introduzido sobretudo pela Carta Magna, o que antes era tratado como coisa, hoje é integrante da relação processual. Os princípios a seguir, serão analisados como verdadeiras âncoras, bases orientadoras quanto à correta interpretação e aplicação da audiência de custódia no direito processual penal.

## 1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana tem origem religiosa, bíblica: no capítulo 1(um), versículo 26 de Gênese: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX<sup>16</sup>, ela se torna um

---

duas, a primeira dos princípios e a segunda das regras. Enquanto aquelas detêm maior carga valorativa, maior abstratividade, essas consistem em comandos objetivos, cuja incidência é clara. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 73.

<sup>14</sup> Adotando a corrente do positivismo jurídico Benedito Hespânia assevera ser inquestionável a normatividade dos princípios, sendo peremptório ao afirmar: “[...] qualquer sistema ou ordenamento jurídico é integrado por princípios e regras de direito. Vale dizer que uma ordem jurídica positiva possui tantos princípios gerais de direito quantos forem jurídica e positivamente estabelecidos. É claro que a ordem jurídica poderá inserir a positividade de outros princípios gerais de direito, uma vez que ao intérprete sempre é dado, em qualquer tempo e lugar, o direito de questionar o conteúdo valorativo de justiça e a normatividade de transformadora de novos princípios gerais do direito”. E conclui: “A normatividade dos princípios é inquestionável, já que o discurso de sua proposição valorativa expressa o conteúdo da observância de normas legítimas e necessárias para regular a situação de justiça de qualquer caso real ainda não regulado no sistema ou ordenamento jurídico”. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, jul. /set. 2004.

<sup>15</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>16</sup> Sua previsão podia ser encontrada em documentos oficiais no final da segunda década do século XX A começar pelas Constituições do México de 1917, Alemanha de 1919, França no projeto de Constituição de 1940, Lei Constitucional espanhola de 1945, Carta da ONU de 1945, Constituição Italiana de 1947, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Lei Fundamental de Bonn da Alemanha Ocidental de 1949, Pacto de Nova Iorque de 1966, Pacto de São José da Costa Rica de 1969, Constituição Portuguesa de 1976.

objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, ela migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois<sup>17</sup> movimentos<sup>18</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, destacou-se a Constituição cidadã<sup>19,20</sup> que sob influência de legislações de outros países<sup>21</sup>, conferiu ao princípio da dignidade da pessoa humana um caráter normativo amplo, dado seu reflexo em todo sistema político, social e jurídico como se observa a partir da leitura do artigo nº 1º, inciso III<sup>22</sup>, sendo constituído como um dos fundamentos da República, o que não poderia ser diferente, visto que é unânime a necessidade do povo como elemento para a constituição e existência do Estado, sendo certo afirmar, por isso mesmo, que não é possível a existência do Estado sem o povo, notadamente porque, em última análise, é para ele que o Estado se forma.

Nas lições de Junqueira de Azevedo<sup>23</sup> a “dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica aos seguintes preceitos: 1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2 – consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; 3 – respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária”.

A inserção de vários princípios na Carta Magna, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, resultou na seara processualística penal uma verdadeira revolução, ficando em órgãos distintos as funções de acusar e de jugar, abandonando assim o sistema inquisitório,

---

<sup>17</sup> O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 04 fev. 2017.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>20</sup> Essa constituição foi tão inovadora, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos, que recebeu de Ulisses Guimarães o nome de “Constituição Cidadã”, pois, ela veio para proteger, os direitos do homem, calcados no conceito de dignidade da pessoa humana, os quais muitos já estavam nas páginas da Constituição de 1946, que foi uma bela Constituição, mas, foi abruptamente derrubada pelo Regime Militar, com a ditadura.

<sup>21</sup> Sua previsão podia ser encontrada em documentos oficiais no final da segunda década do século XX A começar pelas Constituições do México de 1917, Alemanha de 1919, França no projeto de Constituição de 1940, Lei Constitucional espanhola de 1945, Carta da ONU de 1945, Constituição Italiana de 1947, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Lei Fundamental de Bonn da Alemanha Ocidental de 1949, Pacto de Nova Iorque de 1966, Pacto de São José da Costa Rica de 1969, Constituição Portuguesa de 1976.

<sup>22</sup> O princípio da dignidade está contido, ainda que sob roupagem diversa, em outros dispositivos constitucionais.

<sup>23</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 91, n. 797, jan./mar. 2002.



reforçando o sentimento de dignidade derivado da Revolução Francesa, que culminou na possibilidade do acusado ser visto como sujeito na relação jurídica.

É o que observa Grandinetti, concluindo no sentido de que está garantido na Constituição, dentro da seara do princípio da dignidade da pessoa humana, um direito processual, que estabelece ao acusado o direito de ser submetido ao julgamento de forma justa e legal, um direito a provar, alegar, contra provar e defender-se de forma estendida, sedimentado na igualdade de tratamento em relação às partes da relação jurídica processual.<sup>24</sup>

Já sob a perspectiva de Hassemer, citado por Manoel Costa Andrade, esse princípio também tem a finalidade de impedir que “o estado se inflija a si próprio a perda de dignidade, distanciação e superioridade que encurta a diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime”.<sup>25</sup>

Como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. A referência à dignidade humana, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é especialmente abundante em matéria penal e processual penal. Em diversos julgados por exemplo está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal.

Gilmar Ferreira Mendes aborda a questão sob outra ótica, ao destacar que os princípios limitam a atuação do poder estatal, impondo a ele, o dever de observá-los:

A constitucionalização dos direitos humanos revela o significado especial dos mesmos no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana e garantir a limitação do poder estatal. Observe-se, porém, que, não obstante tal competência negativa do poder público, não nos parece adequada à hipótese de posicionar o Estado na condição de adversário, mas permitir sua evolução para uma função de guardião desses direitos.<sup>26</sup>

Cumprido, ao Estado brasileiro, a garantia de eficácia dos mandamentos internalizados, em atenção aos princípios sedimentados, sob pena de corrente desrespeito à dignidade de investigados submetidos ao encarceramento, violando, portanto, o caminho regular do processo penal

---

<sup>24</sup> CARVALHO, Castanho; GRANDINETTI, Luís Gustavo. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30.

<sup>25</sup> COSTA, Manoel Andrade. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 120.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

à luz da Constituição.

## 1.2 Princípio do Devido Processo Legal

Como destaca Manoel do Reis Morais<sup>27</sup>, o desenvolvimento histórico do devido processo legal iniciou-se na Inglaterra Medieval, após a morte de Ricardo Coração de Leão, quando atingido por uma flecha em uma batalha, seu irmão João Sem Terra assumiu o trono da Inglaterra. Por ser um rei sem qualquer preparo para governar, João Sem Terra passou a exigir dos nobres e do povo mais impostos do que poderiam pagar, determinou que suas tropas invadissem aldeias e propriedades e destruíssem bens daqueles que não pagassem os tributos de acordo com suas exigências. Cansados dos abusos praticados pelo monarca, a nobreza obrigou o rei a editar um documento no qual seus direitos fossem assegurados. Em 1215<sup>28</sup> foi editada a Magna Charta Libertatum como instrumento para limitar o rei e ainda dar forma aos direitos da nobreza.

Já o direito americano, influenciado pelos ingleses, incluiu o princípio do devido processo legal na Declaração dos Direitos da Virgínia, apesar de haver estatutos jurídicos anteriores a ela como a Charter of New England – 1620; Charter of Massachusetts Bay – 1929<sup>29</sup>. Passado a guerra pela independência dos Estados Unidos, foi construída a Constituição Americana, que previa em seu teor a Declaração dos Direitos (Bill of Rights), na qual havia previsão de julgamento pelo júri e a vedação de que fossem retirados a vida, a liberdade e propriedade sem o devido processo.

No Brasil, com inspiração na Constituição Norte Americana de 1787, a Constituição de 1891<sup>30</sup> previu tímidos direitos individuais mínimos, o que impulsionou a idéia de criação do

---

<sup>27</sup> MORAIS, Manoel do Reis. *Estado de Direito e Justiça: o Princípio do devido processo legal como Instrumento de sua realização*. 2001. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

<sup>28</sup> *REVISTA DOS TRIBUNAIS*, São Paulo: IBDP, v. 8, n. 31, jul./set. 1983.

<sup>29</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 13-25.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

princípio do devido processo legal, porém, ficando longe de uma efetividade relativa do instituto. Restou ausente nas Constituições de 1934<sup>31</sup> e 1937<sup>32</sup>, 1946<sup>33</sup>, 1967<sup>34</sup> e 1969<sup>35</sup>, e presente com a atual Constituição, em seu artigo nº 5º, LIV, trazendo, com ele, à própria idéia de contraditório e ampla defesa, descrito no inciso LV, como garantia dos direitos fundamentais.

Vê-se, portanto, que o devido processo legal é elemento integrante do devido procedimento legal, pois é nesse que se exerce as garantias constitucionais existentes, atreladas ao interesse pleiteado, logo, uma vez não observado tal procedimento, verificar-se-ão vícios que importam efetivo prejuízo aos envolvidos. Nota-se, portanto, que o devido processo legal, na esfera processual penal, não só engloba o princípio do contraditório e da ampla defesa, como também está atrelado a outros princípios, como os do princípio da tipicidade; princípio da presunção de inocência; princípio da motivação das decisões e o princípio da prescrição.

Reforçando a importância do devido processo legal como um complexo de atos garantidores da correta observância dos procedimentos, Alberto Suárez Sánchez anota que:

O devido processo legal em sentido processual significa que os procedimentos devem ser respeitados conforme as regras estabelecidas, tanto na investigação quanto na instrução e julgamento. O devido processo é um somatório de atos preclusivos e coordenados, cumpridos dentro da formalidade estabelecida e pelas partes envolvidas, principalmente quanto à competência do juiz.<sup>36</sup>

No campo da audiência de custódia, esclareça-se, desde logo, que não é permitido a inobservância do devido processo legal frente à ausência de um procedimento próprio para a sua realização, conforme o entendimento de Gilson Bonato ao comentar que “o devido processo legal é uma garantia processual com o objetivo de resguardar a regularidade do processo”,<sup>37</sup> devendo ser visto como garantidor dos direitos fundamentais.

Por fim e não menos importante, vê-se que o legislador é o principal destinatário da observância do princípio do devido processo legal como bem ressalta Marcelo Novelino:

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>35</sup> EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>36</sup> SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El debido proceso penal*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, p. 193.

<sup>37</sup> BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 31.

O devido processo legal substantivo se dirige, em primeiro momento ao legislador, que se constituindo em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Como decorrência deste princípio surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso à justiça, o juiz natural a ampla defesa o contraditório, a igualdade entre as partes e a exigência de imparcialidade do magistrado.<sup>38</sup>

Vê-se que quando não atendido pelo legislador a correta visualização e zelo pelo princípio em comento, nasce uma gama de violações, transparecendo-se inevitável a configuração de nulidades.

### 1.3 Princípio do Juiz Natural

Sem retirar a importância dos documentos ingleses na busca da proibição de juízos extraordinários, como *Petition of Rights* (1627) e a *Bill of Rights* (1688), sabe-se que o mais seguro antecedente histórico do princípio do juiz natural é a Magna Carta do rei João Sem-Terra, de 1215 que, em seu bojo, previa uma regra específica de competência territorial, ao determinar que os julgamentos fossem realizados por órgãos e pessoas do local em que o delito fora cometido.

Entretanto, parte da doutrina tende a afirmar que a consolidação do princípio do juiz natural teve início com a Revolução Francesa<sup>39</sup>, que a partir de então, se propagou entre as legislações europeias, principalmente nas constitucionais<sup>40</sup>.

No Brasil, desde a Constituição de 1824<sup>41</sup>, com exceção da Constituição de 1937, adotou-se de forma implícita o princípio do Juiz Natural. Atualmente, pode ser encontrada nos incisos XXXVII e LIII do artigo nº 5º da Carta Magna, traduzindo-se como uma verdadeira garantia constitucional ao acusado, de ser julgado por órgão jurisdicional pré-constituído, como fator de limitação dos poderes persecutórios do estado.

E como destaca Alexandre de Moraes: "O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também

<sup>38</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 332.

<sup>39</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176542/000843877.pdf?sequence=3>. Acesso em: 26 jan 2017.

<sup>40</sup> *Ibidem.*, p. 671.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência do órgão julgador.<sup>42</sup>

Notando a importância do princípio para o ordenamento jurídico brasileiro, Ada Pellegrini Grinover, citado por Renato Brasileiro, destaca:

A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.<sup>43</sup>

Em plano conceitual, diz-se que Juiz Natural é aquele previamente constituído de jurisdição, com atribuições inerentes à função, para julgar determinadas causas de matérias específicas. De outro modo, destaca Renato Brasileiro<sup>44</sup> no sentido de que o juiz natural é equiparado à garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu *juízo constitucional*, de modo que se considera juiz natural o órgão judicial cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais.

Contudo, a sua aplicabilidade deve ser vista com cautela na audiência de custódia, pois, nem sempre o juiz que presidirá o ato será o mesmo que julgará o processo, o que não impede uma regulamentação interna de cada tribunal na escolha dos magistrados designados para a realização desse ato, cumprindo assim, o mandamento legal previsto no artigo nº 125 da Constituição Federal.

Por fim, como destacam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>45</sup> o princípio do juiz natural tem por finalidade assegurar ao indivíduo uma atuação imparcial do poder judiciário quanto às questões postas em juízo, freando seja por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional, ou que seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores.

---

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 304.

<sup>43</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Ímpetus, 2013, p. 35-36.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>45</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66.

## 1.4 Princípio da Publicidade

Sua origem está relacionada no direito romano primitivo, sensivelmente mitigada até o século XII, quando o direito canônico o enterrou. Reergueu suas bases na Revolução Francesa em 1789, rompendo barreiras inquisitoriais, obscuras, secretas que até então vigoravam. Resurgiu na Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>46</sup>, no ano de 1948, em seu artigo nº 10º, constando, também, na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>47</sup> em 1950, no artigo nº 6º, 1.

No Brasil, a primeira vez em que o princípio constou no texto constitucional foi após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como se percebe em rasa leitura dos artigos nº 37, 5º, inciso LX e artigo nº 93, inciso IX, todos da Constituição Federal.

O princípio da publicidade, conforme leciona Luiz Rodrigues Wambier<sup>48</sup>, existe para vedar o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se dar transparência à atividade jurisdicional. Tem por destinatários a administração da justiça, abrangendo também a administração pública, pautado na transparência, como forma de prestação de contas com a sociedade, de limitação no atuar estatal, evitando abusos dos órgãos julgadores.

Contudo, sabe-se que não se trata de uma garantia absoluta, podendo sofrer mitigações, caso venha conflitar com outra garantia de maior amplitude, possibilidade essa que é encontrada em diversos preceitos normativos, como por exemplo, nos artigos nº 20; 217; 485; 487 e 792 §1º todos do CPP, no artigo nº 5º, inciso XXXIII, no Código de Processo Penal, no seu artigo nº 20, na súmula vinculante nº14 e também nas Leis nº 12.527/2011<sup>49</sup> em seus artigos nº 3 e 4, inciso III e na Lei nº 12.850/2013<sup>50</sup>, nos artigos nº 7, 8 §2, 12 e 23.

Desse modo, o princípio da publicidade é mais uma garantia da imparcialidade e transparência das atividades jurisdicionais; servindo como importante ferramenta fiscalizatória a serviço do povo, pois permite que, além das partes, toda a sociedade tome ciência das decisões procedentes do judiciário, através da permissão de acesso à população às audiências.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>47</sup> BRASIL. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>48</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 80.

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

Por fim, cabe ainda destacar que o sigilo do inquérito policial não afronta o princípio da publicidade em homenagem às garantias da preservação da imagem do acusado e à garantia do sucesso das investigações, não se esquecendo dos direitos inerentes do próprio investigado e o seu defensor nos casos em que importe prejuízo à sua defesa, observação essa que deve ser aplicada no campo da audiência de custódia, desde que atendido as garantias constitucionais.

### 1.5 Princípio da Ampla Defesa

Os direitos individuais do cidadão tiveram sua formação na doutrina francesa, no pensamento cristão e na concepção de direitos naturais, redundando na declaração de direitos fundamentais do homem e do cidadão, tida na Revolução Francesa, implicando o reconhecimento de direitos individuais, atualmente compreendidos como direitos civis ou liberdades civis. Acrescenta, em seguida, tratem-se de direitos constitucionais na medida em que se implantam no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. Dentro desses direitos está inserido a ampla defesa, isto é a condição de quem esteja sendo submetido a procedimento administrativo ou criminal para apuração de responsabilidade, vir a se defender da imputação, usando para tanto de todos os meios lícitos previstos, impedindo o desrespeito à sua condição paritária no processo, seja ele de que natureza for.

Conhecido no cenário internacional, o princípio está presente em importantes textos como no artigo nº14, §3º, alínea “d” do Pacto de Nova Iorque<sup>51</sup>, artigo nº 8º, §2º, alínea “d” do Pacto de São José da Costa Rica<sup>52</sup> e no artigo nº67, item I, alínea “d”, primeira parte do Estatuto de Roma<sup>53</sup>. No Brasil, o princípio da ampla defesa tem por base a Constituição Federal de 1988, em seu artigo nº 5º, inciso LV, consolidando-se como um direito das partes em apresentar argumentos em seu favor e de prová-los respeitando o limite procedimental o qual está submetido, relacionando-se diretamente com os princípios do contraditório e da igualdade, responsáveis por oportunizar as partes o exercício da ampla defesa.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>52</sup> BRASIL. Pacto San José da Costa Rica. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>53</sup> BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

E como observa Tereza Doró<sup>54</sup>, o princípio da ampla defesa é um dos responsáveis por assegurar a igualdade entre as partes no procedimento processual, sendo indispensável a sua observação:

Além de existir um processo, deverá ele assegurar a completa igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa. Essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendido por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável.

Com a finalidade de conceder ao réu o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da acusação, visto que é parte hipossuficiente ou mais fraca da relação jurídica, dividiu-se doutrinariamente, a apresentação e observação do princípio da ampla defesa, em duas vértices: a primeira, intitulada de autodefesa, exercida de forma direta pelo acusado, tratando-se de um direito dispensável, optativo, tendo por objetivo assegurar ao réu o direito de intervir na formação de convicção do juiz, a segunda, denominada de defesa técnica, exercida por profissional habilitado, garantido de forma expressa na Carta Magna de 1988 em seu artigo nº 5º, inciso LIII, tratando-se de um direito absoluto, indispensável.

É pertinente lembrar, conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci, caso específico em que é aconselhável a constituição ou nomeação de advogado, a fim de tornar justa a defesa técnica, quando se tratar de réu advogado em âmbito do tribunal do júri, a fim de igualar a paridade das armas no procedimento:

Quanto à possibilidade de se auto defender, caso possua habilitação técnica, não julgamos recomendável que tal se dê no plenário do Tribunal do Júri. Diante dos jurados, onde impera a plenitude de defesa, princípio mais forte do que a ampla defesa - feita perante o juiz togado -, é preciso que haja uma dissociação entre a figura do acusado e a de seu defensor.<sup>55</sup>

Certamente, sem a presença da ampla defesa, nulo é todo o procedimento violador que por falta de atendimento aos mandamentos constitucionais, derramou sobre si a conseqüente invalidade dos atos, sendo necessário, o refazimento deles, em estrita observância aos comandos processuais constitucionais, caso contrário, resultaria em um verdadeiro retrocesso normativo, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>54</sup> DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. Campinas: Copola, 1999, p. 129.

<sup>55</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 36.



## 1.6 Direito de Presença

A necessidade de os atos processuais serem realizados na presença daquele que, possivelmente, sofrerá as agruras da privação de liberdade é retirada do próprio conceito de ampla defesa, não sendo tema estranho no mundo processual penal. Esse direito vem contemplado de forma expressa no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seu artigo nº 14, 3º, “d” e de forma implícita na Convenção Americana sobre Direitos Humanos no artigo nº 8.º, 2º, “d” e “f”, retratando, portanto, um real dever do estado em respeitar e fazer cumprir seus compromissos internacionais.

Trata-se de um direito do acusado de estar presente a todos os atos processuais o qual integra, lutando por seus interesses, usando os meios processuais disponíveis para se ver livre da imputação sofrida. Esse direito pode ser cumprido sob duas formas, por meio dos atuais meios de comunicação, ou seja, videoconferência<sup>56</sup>, regulamentada pela Lei nº 11.900<sup>57</sup> de 2009 ou com a presença física e direta nos atos processuais.

Em se tratando de videoconferência, é importante salientar alguns pontos essenciais, a saber: o primeiro é a colocação desse instrumento como medida extrema, tratando-se de verdadeira exceção conforme entendimento de Konrad Hesse<sup>58</sup>:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

O segundo ponto é a necessidade de uma decisão fundamentada, a ser prolatada no termo de audiência, visto que não se podem limitar direitos fundamentais afora do estritamente necessário<sup>59</sup>. O último ponto é a obrigação de se assegurar todos os direitos e garantias fundamentais necessárias para a realização do ato processual previstos na Lei nº 11.900 de 2009.

---

<sup>56</sup> A previsão contida no artigo 217 do CPP, não ofende o texto maior, harmonizando o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, causando o menor sacrifício possível aos envolvidos e à própria atividade processual, desde que exercitado em estrita obediência aos requisitos legais, quais sejam: possibilidade de temor, humilhação ou sério constrangimento pela presença do réu ao ofendido ou à testemunha.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 11.900, de 8 de Janeiro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>58</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 256.

<sup>59</sup> Fala-se na teoria dos limites dos limites, onde qualquer limitação a direito e garantia fundamental só será válida se respeitar o núcleo essencial, o mínimo essencial dos direitos e garantias fundamentais, devendo ainda, ser clara, específica e precisa, dotada de generalidade, abstração, evitando-se a limitação casuística, existindo a necessidade

Contudo, há de se reconhecer que, se a vibração de um espetáculo de teatro ainda não se substitui pela frieza das imagens; soa estranho aceitar a audiência, o interrogatório um dos principais instrumentos de defesa on-line como um instrumento processual banal, fechando os olhos para a complexidade fenomenológica das interconexões corporais, que ainda se mantém um verdadeiro mistério para as grandes áreas do saber.

Não se pode esquecer que a obrigação estatal de respeitar e fazer cumprir seus compromissos internacionais de assegurar ao acusado o exercício pleno do direito de defesa não se confunde com a faculdade desse de atender os princípios a ele aplicados, tratando-se de renúncia às garantias, tendo como consequência, desde que ausente prejuízo, e possível o for, e desde que ratificado por seu defensor técnico, a convalidação dos atos.

Essa obrigação estatal consistente em assegurar ao acusado o exercício pleno do direito de defesa, não pode ser espantada por meras alegações de dificuldades ou inconvenientes quanto à remoção de acautelados para realização de atos judiciais, pois, essas medidas, são garantias constitucionais mínimas, que não podem ser pautadas em razões de mera conveniência administrativa.

Com ênfase na audiência de custódia, há que se lembrar que, recusando o acusado a participar do ato, desde que não configurado prejuízo, não haverá chance para se reconhecer a nulidade, como bem observado pelo legislador de forma expressa no artigo nº 565 do Código de Processo Penal, o que não desobriga o fiscal da lei, antes de tomar qualquer medida, em averiguar os fundamentos do não atendimento da ordem, ouvindo, ainda, a defesa técnica.

## **1.7 Princípio da Razoável Duração do Processo**

A preocupação com a duração razoável do processo é tema antigo, tratado desde tempos do nascedouro da justiça, como adverte Volker Schlette, citado por Samuel Arruda “As queixas com relação ao tempo de duração dos processos judiciais devem ser tão antigas como a própria Justiça.”<sup>60</sup>

---

de atenção ao princípio da proporcionalidade, incluindo-se os subprincípios, desde que seja necessária, adequada e proporcional.

<sup>60</sup> SCHLETTE apud ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 29.

A primeira evidência de combate à demora na entrega da prestação jurisdicional conforme os ensinamentos de Samuel Miranda Arruda<sup>61</sup>, deu-se na Inglaterra em 1166 no *Assize of Clarendon*, mencionando em linhas o direito ao *speedy trial*. Posteriormente, destacou-se no primeiro estatuto inglês, conhecido como A Grande Carta dos Libertadores (1215 – Inglaterra), onde foi estabelecido contornos quanto à lentidão processual, fixando em seus artigos nº 39 e 40 os chamados limites ao poderio do Rei.

Nos Estados Unidos, com a declaração de Virgínia<sup>62</sup> de 12 de junho de 1776 já era possível notar em seu artigo nº 10, um leque de garantias a serem observadas no decorrer do procedimento, em prol da celeridade:

Em todos os processos por crimes ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.<sup>63</sup>

No Brasil, o tema ganhou visibilidade tardiamente, com a Carta de 1934, em seus artigos nº 35 e nº 113, a serem observados, segundo doutrinadores da época, em todos os procedimentos judiciais. Ante o desleixo evidenciado pelo legislador na Constituição Federal de 1988, ao prever o princípio da duração razoável do processo somente de forma implícita, no artigo nº 5º, incisos LIV, XXXV e LXXVIII, veio com a Emenda Constitucional nº 45<sup>64</sup> de 2004, que a consignou merecidamente como um direito fundamental.

Como adverte Luiz Guilherme Marinoni, a morosidade do processo estrangula os direitos do cidadão.<sup>65</sup> Contudo, há que se admitir, a segurança jurídica imprime um afastamento de institutos que viabilizam a celeridade ao processo como um meio de frear sucessíveis injustiças e consequentes ataques aos direitos processuais, reprimindo assim possibilidade de futuras nulidades, culminando em um procedimento lento e permeado de incidentes que o desviam do curso comum. O que não impede uma análise mais profunda da casuística apresentada, afastando incidentes impertinentes e eventuais expedientes procrastinatórios, tendo sempre cautela como

---

<sup>61</sup> Ibidem., p. 30.

<sup>62</sup> BRASIL. Declaração de Virgínia. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>63</sup> Disponível em: [www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br). Acesso em: 13 jan. 2017.

<sup>64</sup> BRASIL. Emenda Constitucional Lei nº 45, de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33.

já alertava José Joaquim Gomes Canotilho que: “a aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição das garantias processuais e materiais (prazos de recurso, suspensão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta”<sup>66</sup>

Quanto aos incidentes impertinentes e eventuais expedientes procrastinatórios, José Antônio Tomé Garcia, citado por José Rogério Cruz e Tucci, contribui advertindo que:

Dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como “atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.”<sup>67</sup>

Conclui-se que o princípio da duração razoável do processo deve ser analisado concomitantemente com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e celeridade, de modo que o procedimento não se estenda além do razoável, nem se alongue de modo a comprometer a prestação jurisdicional, ensejando prejuízos às partes, no desfecho do objeto do processo.

Trazendo o princípio para uma análise mais detalhada no âmbito do processo penal brasileiro, a questão torna-se mais sensível, pois, de um lado tem-se o direito do acusado de não ser submetido às consequências doloridas de um procedimento longo, fazendo pairar sobre ele graves efeitos advindos de um encarceramento além do tempo necessário, e no outro lado a demora na resposta estatal em ver o investigado punido por sua conduta criminosa evidenciada. Reforçando a importância do princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o legislador fez questão de inseri-lo no atual Código de Processo Civil<sup>68</sup>, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 em seu artigo nº 4º, que é aplicado por analogia na seara processual penal, conforme artigo nº 3º do Código de Processo Penal.

É necessário evitar taxar tal princípio como um elemento impulsionador, como um instrumento justificador da omissão na apresentação do preso em flagrante a uma autoridade judiciária, ao contrário, devemos sim analisar as normas legais, tendo como meta a efetiva prestação jurisdicional. Logo, exige-se uma audiência de custódia equilibrada, atendendo os princípios necessários para sua correta finalidade, cumprindo assim o mandamento legal.

---

<sup>66</sup> CANOTILHO, José. Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedra, 1999, p. 455.

<sup>67</sup> GARCIA apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

<sup>68</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

## 1.8 Princípio “*Nemo Tenetur se Detegere*”

Em seu sentido literal, traduz-se como um direito de não auto incriminar-se ou produzir prova contra si mesmo, tendo como sua manifestação mais clássica, o direito ao silêncio.

Embora situado nas regras gerais do direito, não se sabe ao certo a sua origem, havendo inclusive quem diga ser “impossível identificar suas raízes<sup>69</sup>” existindo três correntes de entendimento nesse sentido, a primeira, fixa sua origem no Reino Unido, no séc. XVII como reação às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos, a segunda, acertadamente no período do iluminismo, combatendo a tortura como meio de se obter a confissão<sup>70</sup> e a terceira, sustenta seu surgimento na tradição jurídica anglo-saxônica, no período de viragem do processo penal inquisitório para o processo acusatório.<sup>71</sup>

Apesar das dúvidas quanto ao momento preciso do seu surgimento, é unânime a posição de que o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* firmou-se no direito hebraico como observa Paulo Canabarro Trois Neto:

Fundado na regra talmúdica de que a ninguém é dado tirar a própria vida, entendia-se que o acusado não podia ser levado a depor contra si mesmo, pois sua confissão em relação a um crime punível com a sanção capital permitirá uma forma indireta de suicídio.<sup>72</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao silêncio<sup>73</sup> foi previsto em 1514, com as Ordenações Manuelinas<sup>74</sup> em seu Livro III, Título XL, se reafirmando posteriormente com a Constituição de 1824.

É bom observar que na medida em que a proteção ao indivíduo em face do estado ia aumentando, os resquícios inquisitoriais contra o réu diminuía, excluindo a presunção de culpabilidade reconhecendo o direito ao silêncio como instrumento não incriminador.

---

<sup>69</sup> KOHL apud QUEIJO Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6.

<sup>70</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8

<sup>71</sup> Ibidem., p. 6.

<sup>72</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito a não auto-incriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011, p. 82.

<sup>73</sup> O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se detegere*. Há quem diga ser “impróprio tratar-se do direito ao silêncio como sinônimo do *nemo tenetur se detegere*. QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

<sup>74</sup> BRASIL. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 15 fev. 2017.

É pertinente, ainda, ressaltar, corroborando as afirmações anteriormente escritas, a evolução global dessa garantia, destacando o artigo nº14 §3, alínea “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica no artigo nº 8º, 2, “g”, ainda, o Estatuto de Roma que estabeleceu essa garantia no artigo nº 67,1, “g” e o julgado *Miranda v. Arizona*<sup>75</sup> que no ano de 1966, nos Estados Unidos estabeleceu que ao júri é exigido a desconsideração quanto as afirmações realizadas em resposta a um interrogatório por um acusado em custódia da polícia quando o fiscal não puder demonstrar que explicitamente advertiu o acatelado de seu direito de recusar-se a falar a polícia, de não se auto incriminar-se, o que traduziu o real significado da V emenda Constitucional Americana, chamada de *privilege against self-incrimination*.

Atualmente, com raízes nos direitos e garantias fundamentais, o princípio é encontrado no artigo nº 5º, inciso LXIII da Constituição de 1988<sup>76</sup>, devendo ser interpretado de forma ampla, aplicando-se ao preso e a qualquer que esteja submetido na qualidade de investigado, dando assim ideal finalidade a previsão constitucional e aos tratados internacionais. É nesse sentido que o doutrinador Tourinho Filho adverte, anotando que o direito ao silêncio não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo a defesa:

É verdade que no atual CPP o interrogatório do réu foi posto no capítulo da prova e, assim, seu silêncio pode ser interpretado em seu desfavor. Mas, não se deve olvidar que, inobstante tal posição topográfica, defesa e acusação não podem intervir no interrogatório. Essa proibição não advém daquela circunstância de se considerar o interrogatório meio de defesa. Sendo-o, evidente que o réu pode preferir calar-se. E se o Juiz tirar ilações desse silêncio, contrárias ao réu, certamente ele estará neutralizando a defesa, cerceando-a grosseiramente. Por isso mesmo, na Alemanha, o interrogatório do réu (*Vernehmung des Beschuldigten*) é o exercício de sua defesa material, é essencialmente um ato de natureza defensiva e não meio de prova.<sup>77</sup>

Certamente, mesmo que não interpretado ao seu desfavor o silêncio do acusado soa estranho aos olhos comuns, transparecendo sérias dúvidas acerca de sua ocorrência. Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover aborda como viés do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o direito de o acusado mentir como uma espécie de blindagem da prerrogativa constitucional de defesa:

O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mesmo mentir. Ainda que se quisesse ver no

<sup>75</sup> VALE, Ionilton Pereira do. *O Direito ao silêncio nos EUA: análise dos precedentes Miranda vs Arizona e outros julgados da Suprema Corte americana*. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/134898660/o-direito-ao-silencio-nos-eua-analise-dos-precedentes-miranda-vs-arizona-e-outros-julgados-da-suprema-corte-americana>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>76</sup> Destaca-se que a nebulosa redação descrita no artigo 186 que trazia evidente e manifesto desrespeito ao princípio, só foi revogada na data de 2 de dezembro de 2003, com a chegada da Lei nº 10.792/2003.

<sup>77</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391-393.

interrogatório um meio de prova, só seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda o advertindo da faculdade de não responder". (...) "o único arbítrio há de ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade."<sup>78</sup>

Por fim, sabe-se que é dever da autoridade judiciária, na audiência de custódia, atender as garantias do acusado, tendo cautela até mesmo com relação às provas produzidas, pois, como é sabido, poderá ocorrer múltiplas violações ao direito do preso no cárcere, em busca de provas que possam incriminar o investigado. Veda-se, portanto, qualquer afronta aos direitos do acusado por parte da autoridade judicial ou policial, buscando assim, o pleno cumprimento das regras processuais estabelecidas para o ato, não ultrapassando os limites impostos sob pena de graves consequências e futuras nulidades.

## 1.9 Princípio do Contraditório

Suas estacas derivam do devido processo legal, como um mecanismo de exteriorização da ampla defesa, consistente em fixar um diálogo sobre provas e fatos, instituindo-se como pedra fundamental da seara processual penal. Leonardo Greco conceitua o contraditório como “o princípio que impõe ao Juiz a prévia audiência das partes antes de adotar qualquer decisão oferecendo a elas mesmas oportunidades de acesso à justiça e de exercício do direito de defesa.”<sup>79</sup>, estabelecendo verdadeira ligação com a igualdade das partes, como bem destacado por Nelson Nery Júnior:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito tem uma íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 111.

<sup>79</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório: estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

<sup>80</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 206.

Fixando sua essencialidade no cenário internacional, há que se destacar sua previsão na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ainda, no artigo nº 8º, 1 e 2 do Pacto de São José da Costa Rica e também no Tratado de Roma no artigo nº 67, ‘e suas alíneas.

No Brasil, se fez presente desde a Carta Imperial de 1824, percorrendo as constituições de 1891, 1934, 1937, 1969, artigo nº 153 §15º (Emenda Constitucional nº1, 17/10/1969),<sup>81</sup> onde atualmente, estabelecida como garantia constitucional, no artigo nº 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Seja com o objetivo de fundamentar futura ação penal ou não perder no tempo a sua produção, o princípio é postergado na fase investigativa administrativa estatal, possibilitando maior celeridade e robustez na produção das provas então obtidas, o que não importa em violações aos direitos do investigado, visto, a possibilidade de impugnação das provas em momento judicial posterior, nesse sentido, importante destacar comentários de Alexandre de Moraes:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.<sup>82</sup>

Esse contraditório diferido tem como fundamento a mesma base filosófica que justifica a teoria dos poderes implícitos<sup>83</sup>, pois a base constitucional permite uma flexibilização das garantias constitucionais com a finalidade de viabilizar os frutos pretendidos com tais medidas. É certo que, de nada adiantaria, o estado em busca de provas, ofertar o direito ao contraditório ao investigado, restando infrutífera todo o trabalho desenvolvido em busca da verdade processual, como anota Tourinho Filho:

Em se tratando de inquerito policial, não nos apreço que a Constituição se tenha referido a ele, mesmo porque de acordo com o nosso ordenamento, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado. Ademais o texto ou Lei Maior fala em “litigantes”, e na fase de investigação preparatória não há litigante... É verdade que o indiciado pode ser privado da sua liberdade nos casos de flagrante, prisão temporária ou preventiva. Mas para esses casos sempre se admitiu o emprego do remédio heroico do habeas corpus. Nesse sentido, é que se pode dizer que a ampla defesa abrange o indiciado. O que não se concebe é a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede a instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> As bases do princípio do contraditório situam-se no ano de 1215, com a Magna Charta Libertatum que previa em seu artigo nº 39 o conceito de devido processo legal que acabou por atrair a idéia do contraditório.

<sup>82</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

<sup>83</sup> A teoria dos poderes implícitos tem como berço a Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, com o precedente *Mc Culloch vs. Maryland*. Para a teoria, a Constituição, ao conferir determinada função a certo órgão ou instituição, também lhe atribui, de forma implícita, os meios necessários para a realização desta atividade.

<sup>84</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., 2012, p. 65.



Complementando, Paulo Rangel adverte que “O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.”<sup>85</sup>

O princípio do contraditório se faz presente na audiência de custódia,<sup>86</sup> permitindo ao investigado contradizer fatos descritos no auto de prisão em flagrante, dando ciência a autoridade judiciária, defensor e representante do órgão de acusação de possíveis casos de tortura, abusos e violações ocorridos no decorrer do acautelamento ou até mesmo no momento da realização da prisão.

Por fim, vale lembrar nos ensinamentos de Fernando Capez, certa peculiaridade (exceção) quanto à aplicação do direito do contraditório no inquérito policial, quando instaurado pela polícia federal, a pedido do Ministro da Justiça, objetivando a expulsão do estrangeiro.

### 1.10 Princípio do Promotor Natural

Como assevera Nelson Nery Junior, o princípio<sup>87</sup> já era estudado por alguns juristas em momento anterior a promulgação da Magna Carta, surgindo assim das conjecturas doutrinárias, pela mitigação do mando de designação do procurador geral, passando por uma evolução para significar a necessidade de haver cargos específicos com atribuições próprias a serem desenvolvidos pelo promotor de justiça, freando assim, eventuais designações arbitrárias por parte do procurador geral.”

Contribui nesse sentido, Sergio Demoro Hamilton, afirmando quanto a existência de um órgão acusador, dotado de capacidade jurídica constitucional para atuar em cada processo de sua competência:

Há, sim, um promotor legal para cada processo penal: é o promotor com atribuição para oficiar no feito. Em outras palavras: somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento depreende-se que é a atribuição que define a esfera de atuação do órgão do Ministério Público em um ou vários procedimentos, na fase judicial ou extrajudicial.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

<sup>86</sup> Existe uma limitação a produção de prova no âmbito da audiência de custódia, pois, deverá ser observado apenas os temas indispensáveis para a formação do livre convencimento do magistrado sobre qual das posições adotar dentre as hipóteses previstas no artigo nº 310 do CPP.

<sup>87</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

<sup>88</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. *Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal: temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 53-56.

Parte da doutrina sustenta que o princípio do promotor natural surgiu no Ordenamento Jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1969 em seu artigo nº 153, §§ 1º e 15, futuramente, afirmado no artigo nº 7º, V, da revogada Lei Complementar nº 40/81<sup>89</sup>, outros, de que seu nascimento se deu de modo implícito na Constituição Federal de 1967, alterada na data de 17 de outubro de 1969 pela Emenda Constitucional de número 1º.

O que importa, de fato, é que a Constituição de 1988 edificou o princípio do promotor natural entre as funções essenciais da justiça, desvinculando-o das três esferas do poder estatal, como órgão independente e autônomo<sup>90</sup> como bem observara Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>91</sup>.

Trata-se de verdadeira garantia processual do acusado<sup>92</sup>, frente a possíveis mazelas políticas estatais (designo do órgão acusatório sem a observância de critérios legais pré estabelecidos), resguardando também as prerrogativas funcionais<sup>93</sup> do promotor de justiça ou procurador, mantendo assim, íntegro a observância de inúmeros princípios que dão validade ao procedimento, como denota Uadi Lammêgo Bulos em sua obra denominada Curso de Direito Constitucional:

A lei que deve estabelecer, previamente, as atribuições do Ministério Público. Não são mais admissíveis os cargos genéricos; todos eles devem ser fixos, com a esfera de competência prevista na legislação. Busca-se, assim, propiciar ao acusado o direito de ter o seu caso examinado por um órgão livre e independente, à luz da legalidade. Disso deflui o objetivo do promotor natural: abolir os procedimentos de ofício, eliminando a acusação privada e extirpando o acusador público de encomenda, escolhido pelo procurador-geral de justiça.<sup>94</sup>

Apesar da existência de diversas raízes políticas sufocadoras no atuar do Ministério Público, sua base atualmente se mantém, em total independência e imparcialidade, seja ela investigativa e ou judicial, capazes de externar a correta atenção ao princípio do promotor natural, em todas suas esferas de atuação, inclusive na audiência de custódia.

<sup>89</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de Dezembro de 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>90</sup> O princípio do promotor natural é decorrente do princípio da independência funcional, (artigo nº127, § 1º, C.F.), e da garantia da inamovibilidade, assegurada aos membros do Ministério Público, (artigo nº 128, § 5º, inc. I, b, C.F.). Tendo como base as garantias fundamentais estabelecidas no artigo nº 5º, incisos I, XXXV, LVIII, LIV, LV, da C.F., mantendo ligações com os princípios do devido processo legal e do juiz natural.

<sup>91</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal* – Promotor Natural – Atribuição e Conflito com Base na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 7.

<sup>92</sup> Qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *parquet*.

<sup>93</sup> Garantia fundamental do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do promotor de oficiar de forma livre e independente, sem influências externas, nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.

<sup>94</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 669/670.

### 1.11 Princípio da Identidade Física do Juiz

O princípio da identidade física do juiz era empregado no sistema processual penal brasileiro de forma subsidiária por força do artigo nº 132<sup>95</sup> da Lei nº 5.869<sup>96</sup>, de 11 de janeiro de 1973, que mais tarde, em nome do princípio da celeridade, veio sofrer alterações com a vigência da Lei nº 8.637<sup>97</sup> de 1993.

Se tratando especificamente da seara processual penal, é bom ressaltar que o princípio só foi previsto no ano de 2008, com a chegada da Lei nº 11.719<sup>98</sup>, sendo este responsável pela inserção do artigo nº 399 parágrafo 2º no decreto lei-nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Contudo, sabe-se que a sua aplicabilidade não é absoluta, apesar da redação antiga não admitir exceções permitindo mitigações frente a outros princípios relevantes, como o da razoável duração do processo, eficiência e o da continuidade da prestação jurisdicional. No entanto, não se pode olvidar de sua grande importância dentro de um procedimento penal justo, garantista, alinhado aos ideais de um Estado Democrático de Direito.

Jorge Figueiredo Dias<sup>99</sup> destaca em linhas gerais a importância de um processo penal a luz dos princípios da identidade física do juiz e do juiz natural:

Só esses princípios, com efeito, permitem o indispensável contato vivo e imediato com o arguido, a recolha da impressão deixada pela sua personalidade. Só eles permitem, por outro lado, avaliar o mais corretamente possível da credibilidade das declarações prestadas pelos participantes processuais. E só eles permitem, por último, uma plena audiência desses mesmos participantes, possibilitando-lhes da melhor forma que tomem posição perante o material do fato recolhido e participem na declaração do direito ao caso.

Por sua vez, Adalberto Dias Tristão<sup>100</sup> ressalta que se tratando do primeiro contato do acusado com a autoridade judiciária, mostra-se imprescindível, diante as garantias constitucionais, a observância do princípio da identidade física do juiz, traduzindo verdadeira característica desse sistema. É nesse sentido que o jurista Italiano Enrico Altavilla, citado por Marco Antônio

<sup>95</sup> O artigo nº 132 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 foi suprimido pelo novo código de processo Civil, doravante Lei n. 13.105/2015.

<sup>96</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>97</sup> BRASIL. Lei nº 8.637, de 31 de Março de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1989\\_1994/L8637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8637.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>98</sup> BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de Junho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>99</sup> FIGUEIREDO, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Lisboa, 1974, p. 21.

<sup>100</sup> TRISTÃO, Adalberto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 72.

Marques da Silva<sup>101</sup>, destaca a essencialidade do contato Juiz/acautelado com a finalidade de uma análise completa, culminando em uma sentença mais justa:

O importante é que quem julga compreenda aquilo que o acusado diz, e saiba apreciar as suas mudanças de cor, as suas perplexidades, as suas contradições, sem preconceitos, sem leis fixas, mas caso por caso, com o auxílio de uma cultura psicológica que lhe torne possível em cada delito, estudar um homem como se fosse um caso clínico digno de ser atentamente examinado.

Portanto, mostra-se de bom agrado a observação do princípio da identidade física do juiz na audiência de custódia, pois a decisão relativa ao artigo nº 310 do Código de Processo Penal, deverá atrair a autoridade judiciária a quem o preso em flagrante foi apresentado.

---

<sup>101</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2001, p. 169.

## 2. PRISÃO -A DETESTÁVEL SOLUÇÃO QUE NÃO SE PODE ABRIR MÃO

A denominação prisão vem do latim *prensione*, que se origina de *prehensione* – de *prehensio, onis*, que significa prender, usada indistintamente para denominar o local, o estabelecimento no qual o acusado fica estabelecido, recolhido, a custódia, a detenção.

Prisão, como conceitua Renato Brasileiro de Lima<sup>102</sup>, trata-se de uma:

Privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.

Sabe-se que toda prisão tem caráter aflitivo, pois tem em sua essência o cerceamento da liberdade, é nesse sentido, o entendimento de Pedro Vergara<sup>103</sup>: A prisão é sempre pena. Os autores clássicos, a partir de Beccaria, reconheceram que a prisão, seja qual for a sua causa ou denominação, é sempre uma pena (...), e por isso mesmo consideram que a prisão preventiva não deixa de ser uma pena também.

E porque apostam na prisão mesmo sabendo de sua insuficiência e de suas consequências? Por que a prisão é o núcleo, o ponto central da cena penal? Foucault<sup>104</sup> responde, afirmando que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

Se por um lado admite-se que a sociedade está condenada a conviver com a prática do encarceramento, por outro, inevitável assim concluir, fizeram da prisão o epicentro da prática penal brasileira, o principal instrumento de condução do jogo processual<sup>105</sup>. Posicionamento esse que traz consequências diretas ao suposto delituoso tanto na esfera do direito de defesa quanto na esfera da integridade, que o acusado enfrenta no desenrolar processual.

Conforme anota Carnelutti<sup>106</sup>, chegamos a um círculo vicioso, já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar. E por aí o Brasil avança, como um país que

<sup>102</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 22-23.

<sup>103</sup> VERGARA, Pedro. *Das Penas Principais e sua Aplicação*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 191.

<sup>104</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 218.

<sup>105</sup> ROSA, Alexandre Morais de. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157.

<sup>106</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Jurisprudencia Consolidada (o bien de la comodidad del juzgar)*: Cuestiones sobre el Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994, p. 36.

transita entre rebeliões e mutirões. Na verdade, o ato de encarcerar se tornou regra, e não uma exceção, estando presente na sistemática do poder punitivo, como uma etapa, mera fase processual, comum. Contudo, foram enganados, pois, não perceberam na estrutura, que a prisão preventiva, como afirma Ferrajoli<sup>107</sup> tem se convertido no sinal mais evidente da crise da jurisdicionalidade, da tendência de administrativização do processo penal e, sobretudo, da sua degeneração num mecanismo diretamente punitivo.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a situação dos presos no Brasil, a cada três presos no país um está aguardando julgamento. Dos aproximados 654.372 detentos das unidades prisionais do país, 221.054 (33,7%) estão em situação provisória. Números que levam o Brasil a estar entre os dez países com maior população carcerária do mundo. Visualizando esses números, vale lembrar, a conclusão de Zafaroni<sup>108</sup> quanto a necessidade de conter o Estado de Polícia, e de limitar o poder punitivo:

O estado de polícia não está morto num estado de direito real, senão encapsulado em seu interior e na medida em que este se debilita o perfura e pode fazê-lo estalar. O direito penal, ao conter o poder punitivo, reforça o estado de direito. Quanto melhor contenha o estado de direito ao de polícia, mais perto estará do modelo ideal e vice e versa.

A prisão como regra culminou em uma visão social distorcida consistente na observância de direitos e garantias fundamentais do acautelado como singelos benefícios individuais, que se coadunam com a doutrina contratualista de Rousseau, onde a sociedade vive em clima de guerra contra o crime, gerando efeitos na esfera judiciária como o surgimento de varas judiciais de combate a determinado tipo de crime. Assumindo o judiciário, posição de combatente e não de garantidor dos direitos fundamentais. Para compreender melhor esse fenômeno a jurista Vera Regina Andrade<sup>109</sup> escreve:

Paradigma punitivo da segurança 'da' ordem (e 'contra' a criminalidade) em detrimento da segurança dos direitos culminou, desta forma, por polarizar a sociedade entre potenciais infratores e potenciais vítimas, replicando nesta polarização a desigualdade, a luta de classes e as assimetrias de gênero, raça e outras. Esse modelo, que pode com razão ser denominado por paradigma bélico, tem a sustentá-lo uma estrutura social, uma engenharia e uma cultura punitivas. Trata-se esta última instância do plano simbólico da reprodução punitiva, na qual se inserem discursos e práticas legais, doutrinas, político-criminais, gestacionais.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* – Teoria do Garantismo Penal, 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 620.

<sup>108</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30-31.

<sup>109</sup> ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: Revan, 2012, p. 364.

De um lado a sociedade e de outro o acusado, uma perigosa classificação que resulta e sedimenta a idéia de um direito penal e processual do inimigo como bem denota Weber Martins Batista<sup>110</sup> “Não é tão-só por amor ao indivíduo que se protege sua liberdade, mas porque essa garantia interessa sobretudo à coletividade, é um dos alicerces, e dos mais importantes, sobre que está organizada a sociedade no Estado liberal”. É nessa esteira que Maria Lucia Karam<sup>111</sup> conclui:

As garantias que protegem a liberdade diante do violento, danoso e doloroso poder punitivo não são apenas garantias do indivíduo que, em um determinado momento, está sendo acusado de um crime. Não são garantias destinadas a proteger apenas a sua liberdade. São garantias de todos os indivíduos. São garantias que visam proteger o direito fundamental de todos os indivíduos à liberdade.

É certo que para poderem desfrutar de uma independência com segurança, a sociedade teve que abrir mão de parte da sua liberdade que assim sacrificadas ao bem geral, formou a soberania na nação. Nada mais que o custo de se viver num estado democrático e de direito. Contudo, é bom ressaltar que o ideal de liberdade não deve ser acobertado por um ideal de segurança, o que se coaduna com o entendimento de Hungria<sup>112</sup> afirmando que, diante da excessiva liberdade não é possível a felicidade, muito menos em um regime de escravidão. “Pior do que a lei da jungle é a lei da senzala; pior que a livre eclosão dos instintos é o entrave sistemático à expansão das tendências e vocações”.

A prisão é sim a detestável solução, desde que necessária, adequada e legal. Por outro lado, torna-se um mecanismo abusivo, de efeitos catastróficos ao acusado, quando não verificado a existência de seus requisitos autorizadores.

Baseados na falência da pena de prisão tanto em seu objetivo ressocializador como de inocuidade do detento, acredita-se que ela deveria ser aplicada somente nos casos mais críticos dos crimes mais graves. Nos demais casos, a pena de reclusão não possui eficácia alguma. Por isso, todas as alternativas à ela devem ser abraçadas, mesmo que possuam muitas imperfeições e não resolvam por completo o problema da criminalidade, pois qualquer outra forma de punir que não seja tão desumana e cruel será mais eficaz.

---

<sup>110</sup> BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 71.

<sup>111</sup> KARAM apud PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constitucional da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 400.

<sup>112</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 34.

## 2.1 Processo penal e o poder geral de cautela

Detentor de autonomia limitada, o processo penal tem as medidas cautelares como meio propulsor de ser restringir o direito constitucional da liberdade do indivíduo. É por isso que as medidas cautelares penais se distanciam e se diferenciam das medidas cautelares reais tidos no processo civil, pois nesta, há um poder geral de cautela, próprio da seara civilista, enquanto naquela, tem-se a denominada discricionariedade recognitiva, onde se busca diante o fato real, uma previsão legal adequada.

Contudo, a seara processual penal requer mais atenção, visto que não seria admissível em um estado de direito uma forma de justiça sumária derivado de um poder geral de cautela concebido ao juiz penal, criando o legislador, a necessidade de fundamentação<sup>113</sup> nos exatos termos em que se acha o disposto no artigo nº 5 LXI da Constituição, nas decisões judiciais transparecendo ao meio social seu conteúdo.

Por esses motivos, é indispensável estar fielmente demonstrado na casuística exibida a necessidade de imposição da medida e a presença dos pressupostos fundamentais autorizadores, pois “toda medida cautelar parte do pressuposto de um direito incerto”<sup>114</sup>.

Nesse sentido, enfatiza Romeu Pires de Campos Barros<sup>115</sup>, ressaltando quanto a existência de colisão entre o dever estatal na persecução penal e o direito de liberdade do cidadão quando da imposição da medida cautelar:

A teoria do processo cautelar penal apresenta maior dificuldade de que nos outros ramos do direito. Justamente porque grande parte das cautelas envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesse entre a pretensão do estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de ir e vir.

É bom visualizar a independência dos vários ramos da ciência jurídica, respeitando-os, não sendo razoável, portanto, a construção de uma teoria unitária do processo, até por que o

---

<sup>113</sup> Ressalvados os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei, que não serão objeto de considerações nesse estudo.

<sup>114</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. São Paulo: Forense, 1982, p. 82.

<sup>115</sup> *Ibidem.*, p. 84.



Direito Processual Penal é dotado de conteúdo próprio, que o difere substancialmente do conteúdo do Direito Processual Civil, pensar o contrário é fazer uma verdadeira e odiosa “processualização civil” do Processo Penal, como assinala Fábio Gomes e Ovídio Batista da Silva<sup>116</sup>:

Não convencem, entretanto, as razões alinhadas em prol da construção de um conceito unitário, bem como da elaboração de uma teoria geral adequada tanto ao processo civil como ao processo penal. Os direitos processuais civis, como o direito processual penal, juntamente com todos os demais ramos da ciência jurídica, constituem uma vasta unidade, um conjunto harmônico de normas coordenadas, cuja independência, entretanto, deve ser respeitada.

A teoria geral do processo é inadmissível exatamente porque não há qualquer similitude entre os conteúdos do Processo Civil e do Processo Penal, ademais, há de se esclarecer, nesse sentido, o posicionamento de Eugenio Florian<sup>117</sup>, que já em 1927 teve a lucidez de estabelecer a contradição de uma Teoria Geral do Processo, nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva<sup>118</sup> e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>119</sup>.

## 2.2 Excepcionalidade das prisões cautelares

Sabe-se que as prisões provisórias ou processuais ou prisão sem pena, ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença, sendo um mecanismo que possibilita a restrição de liberdade do indivíduo, e por isso, são tidas como meios excepcionais, quando e enquanto perdurarem a sua necessidade, dada finalidade de garantir o resultado útil da medida principal, ou seja, o processo penal de conhecimento<sup>120</sup>.

Nas lições de Edilson Mougenot Bonfim<sup>121</sup>, a prisão sem pena é a que não decorre de sentença condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico jurídico. Já para o Advogado Jeffrey Chiquin<sup>122</sup>, especialista em Direito Penal e Processo Penal, “as

---

<sup>116</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 90.

<sup>117</sup> FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Bosch, 1933, p. 20-23.

<sup>118</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo: *Teoria Gerado do Processo Civil*, v. 49, n. 286-288, jul./dez. 2000.

<sup>119</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais*?. Disponível em: <http://empriododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>120</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Traduzido por Raquel Ramallete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 221- 223.

<sup>121</sup> BONFIM, op. cit., p. 47.

<sup>122</sup> Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/autorizacao-judicial-na-realizacao-de-prisoas-sem-pena-e-busca-domiciliares>. Acesso em 23/11/2016.

prisões cautelares são todas aquelas que ocorrem anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente podendo ser decretadas, em virtude do princípio da presunção de não culpabilidade, nos casos estritamente necessários. ”

Por sua vez Noronha<sup>123</sup> afirma que “no regime de liberdades individuais, a custódia antes do julgamento só se pode inspirar numa razão de necessidade, pois priva o cidadão da liberdade, faz pesar sobre ele a presunção do crime e causa a ele e à sua família despesas, perdas e sacrifícios”. Detém também, revestimento de caráter precário, pois, não sendo definitiva, pode ela ser decretada, cassada, a qualquer momento, seja no curso da fase administrativa ou judicial, o que não retira para sua decretação ou manutenção o necessário preenchimento dos pressupostos *periculum libertatis* e no *fumus commissi delicti*.

Como se percebe, a relação entre a prisão preventiva, que na sua essência possui natureza processual e cautelar, e o princípio da presunção da inocência, que é uma das mais importantes garantias constitucionais, é muito estreita, sendo palco de muitas discussões para os estudiosos do direito processual penal, como se depreende dos ensinamentos do professor Luigi Ferrajoli<sup>124</sup> em sua obra *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo penal* e de Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>125</sup>

Nesse sentido, reforça Cesare Beccaria, relatando que “a perda da liberdade sendo já uma pena, só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”<sup>126</sup>. Baseado nessas primícias, a imposição da medida prisional acauteladora deve guardar harmonia com as normais de direito seja ela instrumental ou material, quando necessária ao caso apresentado. É nesse sentido que Miguel Tedesco Wedy<sup>127</sup> vislumbrando a excepcionalidade dessas prisões, adverte:

E aí que está o ponto nevrálgico da questão, pois só se pode admitir a prisão e a violação da garantia constitucional da presunção de inocência em caso extremo, que caracterize sem sombra de dúvida uma situação efetivamente cautelanda, na qual a medida cautelar seja de fato o instrumento do chamado processo.

<sup>123</sup> NORONHA, Ernesto Magalhães. *Curso de direito processual penal*. Atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 151.

<sup>124</sup> Luigi Ferrajoli traz uma construção teórica muito bem elaborada sobre as garantias dos cidadãos, sugerindo até mesmo a abolição da prisão processual, afirmando que o decreto de prisão antes do trânsito em julgado, “é ilegítimo e inadmissível”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 555.

<sup>125</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho cita que as prisões decretadas antes da condenação, numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontrando justificativa apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

<sup>126</sup> BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. São Paulo: Atena, 1954, p. 106.

<sup>127</sup> WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63.

Uma vez decretado a medida prisional, explicita Giuseppe Bettiol citado por Batista<sup>128</sup>, espera-se que o estado por meio de seus braços, “não esteja a serviço da tirania, mas que, ao contrário, dê ao acusado as garantias de plena defesa”, proporcionando a ele os mecanismos existentes no ordenamento jurídico para que não ocorra violações aos seus direitos assegurados. Tourinho Filho<sup>129</sup> complementa, destacando que o único objetivo dessa imposição ao acusado é de assegurar sua presença em juízo e garantir a eventual execução da pena.

E lembrando da atuação estatal ao limitar a liberdade do indivíduo Paulo Rangel<sup>130</sup>, citando José Joaquim Gomes de Canotillho, exorta: o estado tem em sua essência, o princípio chamado de proibição ao excesso, assegurando que a pior medida não deve ser decretada nem mantida quando se possa aplicar outra medida mais adequada, menos agravante, prevista em lei, posicionamento esse também compartilhado por Pacelli<sup>131</sup>:

Não basta a presença dos chamados requisitos fáticos para a decretação da prisão preventiva. Isso porque, como vimos, o postulado da proporcionalidade impõe algumas restrições em matéria de prisão cautelar, de modo a impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo.

Portanto, pode-se dizer que a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, após o advento da Lei nº 12.403/11<sup>132</sup> buscou a adaptação desses institutos jurídicos aos ditames constitucionais introduzidos com a Carta Magna de 1988, tendo a sua aplicação permitida, apenas, em situações excepcionais, onde a prisão cautelar seja indispensável para a instrumentalidade da persecução penal, nunca como mera antecipação de pena.

---

<sup>128</sup> BETTIOL apud BATISTA, op. cit., p. 26.

<sup>129</sup> TOURINHO FILHO. op. cit., 2000, p. 9.

<sup>130</sup> CANOTILHO apud RANGEL, op. cit., 2005, p. 608.

<sup>131</sup> SILVA, op. cit., 2011, p. 974.

<sup>132</sup> BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

## 2.3 Prisão preventiva

Prevista no Livro I, Título IX, capítulo III, nos artigos nº 311 ao nº 316 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941, trata-se da principal<sup>133</sup><sup>134</sup> modalidade de prisão cautelar presente no ordenamento jurídico brasileiro, destinada a resguardar e garantir a tramitação do processo penal, sua efetividade e a paz social<sup>135</sup>.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>136</sup> revelam que: “é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual” concluindo José Frederico Marques<sup>137</sup>, que ela “é a mais genuína das formas de prisão cautelar”.

Observando a importância da prisão preventiva Piero Calamandrei, menciona que se ela não fosse utilizada, a sanção penal seria o mesmo que aplicar um remédio preparado durante longo tempo a um doente já morto. Portanto, nota-se que não existem lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, para interpretações distintas quanto a essencialidade da prisão preventiva, como já pronunciara Bento de Faria, tratando-se de uma injustiça necessária do Estado face o indivíduo, devendo ser reservada para casos extras, excepcionais, ainda, sendo pautada nos estreitos limites do princípio da presunção de inocência previsto no artigo nº 5º LVII da CF.

Ao mesmo tempo em que protege o ofendido, ela garante a qualidade probatória, limitando possíveis condutas tendenciosas a frear a efetividade da persecução penal. Portanto, trata-se de um mecanismo sensível, que deve ser decretado por ordem escrita, fundamentada na legalidade, por autoridade judiciária competente para o ato.

Quanto ao momento de sua decretação, pode se dar em qualquer fase administrativa ou judicial, como bem observado nas palavras de Aury Lopes Junior<sup>138</sup>:

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal).

<sup>133</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., 2005, p. 491.

<sup>134</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 87.

<sup>135</sup> Por sua vez, Luigi Ferrajoli vislumbrava a aplicação prática do instituto, apenas em uma sociedade utopicamente perfeita. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 511.

<sup>136</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 579.

<sup>137</sup> MARQUES, op. cit., 2009, p. 37.

<sup>138</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 63.

Como já esclarecia Alberto Binder<sup>139</sup>, a decretação ou manutenção da prisão preventiva tem que se pautar em elementos estritamente comprovados, sendo sua decretação necessária e devidamente fundamentada, evitando a utilização da medida de forma distorcida:

Certas fórmulas que utilizavam alguns Códigos de Processo Penal para justificar a prisão preventiva, como evitar a prática de novos crimes ou fundamentando-se na periculosidade do réu, estes, além de serem critérios puramente subjetivos, porque toda apreciação sobre o futuro é, em última instância, indemonstrável, implicam o uso da prisão preventiva como medida de segurança pre delictual.

Tal como ocorre no direito Italiano e no direito Português, são previstas várias outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta, como exceção, quando não forem suficientes as demais, desde que respeitado o princípio da legalidade.

### **2.3.1 Prisão preventiva – Quem poderá requerer a medida?**

As alterações ocorridas no Código de Processo Penal com o advento da Lei nº 12.403/11<sup>140</sup> foram significativas em relação à abrangência de legitimados para requerer ou representar pela ordem da prisão preventiva, e quanto a supressão da decretação da prisão de ofício pelo magistrado, na fase investigativa, sendo necessário neste caso a exigência de requerimento dos legitimados.

Analisando a redação do artigo nº 268 do Código de Processo Penal em leitura conjunta com o artigo nº 273 e nº 311 ambos do Código de Processo Penal, fica latente a inclusão do assistente de acusação juntamente com o Ministério Público, querelante e autoridade policial como legitimados para requerer a prisão preventiva na fase processual<sup>141</sup> (do recebimento da denúncia e enquanto não transitar em julgado a sentença), objetivando resguardar a conveniência da instrução criminal. Posição essa que gerou divergências doutrinárias,<sup>142</sup> no sentido de que essa legitimidade se delimitava no interesse pela reparação do dano emergente da prática do

---

<sup>139</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 200.

<sup>140</sup> BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>141</sup> Portanto, não haverá atuação do assistente de acusação na audiência de custódia, visto a sua delimitação nos moldes do artigo nº 268 do Código de Processo Penal.

<sup>142</sup> TÁVORA, Nestor, e ARAÚJO, Fábio Roque. *Código de Processo Penal para Concursos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 392.

delito, cujo fundamento se pautava nos artigos nº 91, I do Código Penal<sup>143</sup>, nº 63 do Código de Processo Penal e do nº 935 do Código Civil<sup>144</sup>, o que não parece razoável visto o próprio interesse jurídico na aplicação da sanção penal.

Andrey Borges Mendonça<sup>145</sup> traz relevante comentário acerca do interesse da vítima em extrapolar a mera indenização:

O legislador demonstra, com tal alteração, que está completamente superada a idéia de que o assistente de acusação somente teria interesse em aspectos pecuniários e de indenização. Como já assevera a jurisprudência do STJ e do STF, a atuação do assistente justifica-se pelo desejo legítimo de buscar justiça, e não apenas eventual reparação cível.

Quanto à impossibilidade de o juiz em decretar de ofício uma cautelar preventiva em sede investigativa, trata-se, em verdade, de tardia alteração visando a vedação do ativismo judicial durante a investigação policial, velando assim por um julgador protetor da correta aplicação da lei penal, garantidor dos direitos individuais do suspeito, havendo correta visão de independência do órgão julgador e acusador.

Com relação à audiência de custódia, essa limitação não se faz pertinente, dada a redação do caput do artigo nº 310 do Código de Processo Penal e a própria essência daquele instituto. O magistrado é o competente para decretar a medida, visto que o artigo nº 311 do Código de Processo Penal é expresso nesse sentido, já se tratando de competência originária dos tribunais, a competência é do relator, dado que é ele o juiz da instrução, conforme artigo nº 2, parágrafo único da Lei nº 8.038/90<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>144</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>145</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 226.

<sup>146</sup> BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de Maio de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

### 2.3.2 Prisão preventiva – Pressupostos e requisitos autorizadores

Como observa José Orlando Rocha de Carvalho<sup>147</sup>, pressuposto é “aquilo que vem antes; é o antecedente de algo, aquilo que se supõe existir para dar existência a alguma coisa”. Requisito, por sua vez, é a condição que se deve satisfazer para alcançar certo fim; é tudo o que integra a estrutura de um ato; é a formalidade necessária.

Para que a prisão preventiva venha a ser decretada é necessário que estejam presentes dois pressupostos, quais sejam, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, elementos esses que dão ensejo ao *fumus commissi delicti*<sup>148</sup>, previstos na parte final do artigo nº 312 do Código de Processo Penal.

Além desses dois pressupostos, o legislador tendo em mira a excepcionalidade da decretação dessa medida, acresceu dois grupos de requisitos imprescindíveis: o primeiro previsto na primeira parte do artigo nº 312 do Código de Processo Penal, (denominados de requisitos fáticos) que serão estudadas mais adiante e o segundo, no artigo nº 313 do Código de Processo Penal (denominadas de requisitos normativos), sempre tendo em mora o espírito da Lei em tornar o decreto prisional como última medida aplicada pelo juiz no caso concreto.

A partir de simples leitura dos dispositivos contidos no Código de Processo Penal, visualizar-se-ão três situações evidentes em que poderão ser impostas a medida de prisão preventiva, quais sejam: artigos nº 311 a 313 do Código de Processo Penal, em qualquer fase do processo ou da investigação, de modo independente e autônomo; artigos nº 312 §ú e 282, §4 do Código de Processo Penal, como substituto<sup>149</sup> da medida cautelar descumprida e na hipótese do artigo nº 310, II do Código de Processo Penal, quando da conversão da prisão em flagrante sendo insuficiente ou inadequadas a imposição de outras medidas cautelares.

Entrando na seara dos requisitos normativos, sabe-se que esses são pautados pelo princípio da proporcionalidade de modo a impedir que a decretação da medida venha ser mais grave que a eventual pena aplicada ao final do processo. Por esse motivo, não é outro a previsão

---

<sup>147</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65.

<sup>148</sup> O *fumus commissi delicti* consiste na soma da prova da materialidade de um crime e indícios suficientes de sua autoria delitiva. Aliado à presença do fundamento da segregação cautelar (*periculum libertatis*), poderá ensejar a prisão preventiva do imputado.

<sup>149</sup> Acerca da prisão preventiva aplicada de modo substituto conforme o artigo nº 312, §ú CPP, com o fito de garantir a execução das medidas cautelares, a este, não deve ser imposto os limites presentes no artigo nº 313, inciso I do CPP, sob pena de ineficácia das medidas anteriormente impostas (o descumprimento da medida cautelar deverá ser injustificável).

contida no inciso I artigo nº 313 do Código de Processo Penal, que prevê, como regra, a decretação da prisão preventiva a crimes dolosos, cuja pena máxima privativa da liberdade seja superior a quatro<sup>150</sup> anos, afastando de imediato a imposição nas contravenções penais e em crimes culposos.

Quanto ao inciso II, não há dúvidas de que cabe a custódia preventiva quando o agente, já condenado em definitivo (trânsito em julgado) por crime doloso, comete outro delito (também doloso), pouco importando o *quantum* de pena cominada a esse último. Aplicável, em tese, a prisão preventiva ainda que o novo delito apresente pena igual ou inferior a quatro anos.

Já nos termos do inciso III do artigo nº 313 do Código de Processo Penal, a decretação da medida é autorizada com a finalidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, podendo ser vista também como um reforço necessário a manutenção da imposição da medida aplicada que fora anteriormente descumprida, desde de que o crime envolva violência doméstica e familiar contra a mulher<sup>151</sup>, criança, adolescente, idoso, enfermo ou da pessoa com deficiência.

Outra possibilidade de decretação da medida, pode ser encontrada no artigo nº 313, parágrafo único do Código de Processo Penal, quando surgir dúvida acerca da identidade civil do suposto delituoso, agravado por sua negativa em colaborar com a investigação. Caso em que a decretação da prisão com fundamento nesse aspecto terá por finalidade não só preservar a própria integridade física do suposto delituoso, mas também a de resguardar a sociedade de futuros perigos decorrentes de sua soltura.

Não se pode esquecer da possibilidade de decretação da prisão preventiva, quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher pautado no artigo nº 42 da Lei nº 11.340<sup>152</sup> de 2006 com fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

---

<sup>150</sup> Para outros crimes dolosos, cuja pena seja inferior ou igual a quatro anos, poderá ser aplicado a medida de prisão preventiva desde que seja verificado a presença das situações descritas no artigo nº 312 do CPP, for reincidente por condenação transitado em julgado pela prática de outro crime doloso, conforme inteligência dos artigos nº 313 e nº 64, I, do CPP. A primeira exceção ao limite do artigo nº 313, I do CPP, trata-se dos crimes de sequestro e cárcere privado, previstos no artigo nº 148 do CP bem como do crime de associação criminosa artigo nº 288 do CP. A segunda exceção é quanto ao concurso de crimes (material, formal e continuado) quando após somado todas as penas, esta não ultrapasse o limite estabelecido pelo artigo nº 313, I do CPP. A última exceção, trata-se do artigo nº 20 da Lei nº 11.340 de 2006.

<sup>151</sup> A Lei nº 12.403/11 não ataca a previsão preventiva contida no artigo nº 20 da Lei 11.340/06, pois, cuida esta, de previsão especial, não atacada pela superveniência daquela.

<sup>152</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.



Por fim, há que se destacar que os requisitos estabelecidos no artigo nº 313 do Código de Processo Penal, serão afastados diante a decretação da prisão preventiva fruto do descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas, devendo observar, apenas os requisitos contidos no artigo nº 312 do Código de Processo Penal.

### **2.3.3 Prisão preventiva e crimes culposos**

Em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da vedação ao excesso, é vedado, em tese, a imposição da prisão preventiva em crimes culposos pois, injusto e ilegal seria uma imposição de medida mais gravosa ao delituoso que o resultado final do processo condenatório. Nesse sentido, ressalta Aury Lopes Júnior<sup>153</sup> admoestando que: “não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposo, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do artigo nº 312 do Código de Processo Penal”.

Reforçando a posição de Aury, Távora e Alencar<sup>154</sup> também sustentam a impossibilidade da decretação em se tratando de crimes culposos: “a preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos, artigo nº 313, I, do Código de Processo Penal com redação determinada pela Lei nº 12.403/2011. ”

Em que pese a posição doutrinária citada, há que se destacar, ao menos de forma literal, previsão contida no artigo nº 366 do Código de Processo Penal, que autoriza a decretação da prisão preventiva quando o réu citado por edital não comparecer ao processo, ficando este suspenso juntamente com seu prazo prescricional.

Outro ponto relevante, diz respeito à incidência da prisão preventiva nos delitos de trânsito, em casos envolvendo especificamente embriaguez ao volante em que se mostra difícil a configuração preliminar e objetiva do dolo do agente com posterior decretação da prisão preventiva, já que a regra geral nos remete a uma responsabilidade culposa por parte do condutor.

Por fim, reforça-se conforme artigo nº. 282, §2 do Código de Processo Penal, a possibilidade de decretação da medida como substituto da medida cautelar descumprida, independente da previsão contida no inciso I do artigo nº 313 do Código de Processo Penal.

---

<sup>153</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 80.

<sup>154</sup> TÁVORA; ALENCAR, op. cit., p. 584.

### 2.3.4 Garantia da ordem pública

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, nasce em âmbito doutrinário e jurisprudencial, certas divergências quanto a constitucionalidade da prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública, dado a sua origem<sup>155</sup> e seu conceito amplo, vago e indeterminado.

A ordem pública<sup>156</sup> traduz-se como risco ponderável da repetição da ação criminosa, objeto do processo, e como fundamento, ela deve ser analisada sob forma conjunta com os pressupostos contidos no artigo nº 313 do Código de Processo Penal e do *fumus delicti* previsto no artigo nº 312<sup>157</sup> do Código de Processo Penal.

Nota-se que o objetivo da decretação da prisão que tenha como fundamento a garantia da ordem pública é a proteção da sociedade como um todo, proteção estatal frente a possíveis violações que os supostos autores do crime possam cometer, atacando a sociedade, a paz social, abrangendo também a proteção do correto andar processual penal e a saúde do acautelado.

Fauzi Hassan<sup>158</sup>, Hélio Tornaghi<sup>159</sup>, Tourinho Filho<sup>160</sup>, Nelson Camatta Moreira<sup>161</sup> e Aury Lopes Junior<sup>162</sup> entendem pela inconstitucionalidade da medida, por ela buscar interesses eminentemente sociais, coletivos, não contendo em sua essência a cautelaridade e instrumentalidade como bem comenta nesse sentido, Badaró<sup>163</sup>:

A expressão “ordem pública” é vaga, de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual. (...) Quando se prende para “garantir a ordem pública” não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal.

<sup>155</sup> Conhecida na década de 30, na Alemanha, onde o fascismo Italiano e o nazismo Alemão utilizavam essa fundamentação para decretar prisões.

<sup>156</sup> Conceito positivado de ordem pública, Decreto nº 88.777 de 1983, editado para regulamentação do Decreto-Lei nº 667 de 1969, que reorganiza as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal.

<sup>157</sup> A reforma advinda da Lei nº 12.403 de 2011, ressuscitou o artigo nº 312 com a redação original de 1941, apesar do Projeto de Lei nº 4208/2001, omitir com relação a esse fundamento vago e genérico, impreciso e indeterminado, o que não retira diante o caso concreto ante a decretação da prisão, a comprovação da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

<sup>158</sup> CHOUKR HASSAN, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 147-148.

<sup>159</sup> TORNAGHI, Hélio, op. cit., 1989, p. 10-11.

<sup>160</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., 2009, p. 529.

<sup>161</sup> REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS, Porto Alegre: Notadez, v. 2, n. 9, jan./dez. 2003.

<sup>162</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

<sup>163</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 193-194.

Já Júnior Delmanto<sup>164</sup>, afirma que a garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva, possui caráter não instrumental, tratando-se de verdadeira justiça sumária:

É de se esclarecer, porém, ser indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social, etc. Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado [...].

Por sua vez, Maria Baldez Kato<sup>165</sup>, afirma que a decretação da medida com esse fundamento viola o princípio da legalidade, diante a subjetividade verificada da expressão, dando margem a prisões arbitrárias e ilegais. É certo que não seria razoável um mundo jurídico movido por clamores públicos ou por abalos extraprocessuais, e sim por uma análise técnica completa e profunda dos atos e fatos com o fim de se verificar a presença dos requisitos autorizadores para a decretação da medida.

Corroborando, Miguel Tedesco Wedy<sup>166</sup> diz que a medida tem por fundamento a segurança midiática e social, denominando-a de “processo penal de emergência” cujo o objetivo é “curar a ânsia de segurança do povo”. Já Pacelli<sup>167</sup>, enfrenta a questão dotando certa preocupação, afirmando que toda cautela é pouco, devendo analisar toda a casuística apresentada, sendo permitido a sua aplicação a crimes gravíssimos.

Entretanto, para Guilherme de Souza Nucci<sup>168</sup>, prevalece o entendimento quanto à constitucionalidade da medida lastreada nesse polêmico fundamento, anotando que: “devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal,” restando provar por meio da decretação da medida as respostas quanto “a gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa”.

<sup>164</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156.

<sup>165</sup> BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (des) razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

<sup>166</sup> WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 163.

<sup>167</sup> SILVA, op. cit., 2014, p. 557.

<sup>168</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63/65.

Nessa esteira, Andrey Borges de Mendonça<sup>169</sup>, complementando ainda que a medida deve ser analisada, levando-se em conta possíveis violações a outros bens jurídicos relevantes sociais:

não se pode esquecer, portanto, dos objetivos de tutela de ordem social que, de igual modo, visa o processo penal, nas lições dos portugueses Rui Pinheiro e Artur Maurício. (...) Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva, para fins de garantia da ordem pública, não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes”

O que deve ser levado em consideração é o risco que o suposto delituoso pode oferecer quando solto a bens jurídicos diversos, e também ao curso do procedimento investigativo, onde a medida deve ser observada quando se tratar de criminosos com alto grau de periculosidade com possibilidade de reiteração criminosa ou oferecer riscos a sociedade em geral, dado a especial gravidade em concreto do crime frente a organizações criminosas.

### 2.3.5 Garantia da ordem econômica

Inserido no artigo nº 312 do Código de Processo Penal pelo artigo nº 86 da Lei 8.884/94, antiga Lei Antitruste, atualmente revogada pela Lei nº12.529<sup>170</sup> de 2011, semelhantes aos tipos penais previstos no capítulo II da Lei nº 8.137<sup>171</sup> de 1990, a garantia da ordem econômica como fundamento para a decretação da prisão preventiva é ponto delicado ante a sua vinculação com o próprio mérito do processo e a ausência de definição razoável do que vem a ser o termo empregado, portanto, trata-se de uma cláusula aberta, que carece de uma melhor delimitação conceitual.

Tourinho Filho<sup>172</sup> define a decretação da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem econômica como esdrúxula, asseverando que:

Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a auri sacra fames, o

<sup>169</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 227.

<sup>170</sup> BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>171</sup> BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de Dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>172</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., 2009, p. 629.

certo seria a adoção de sanções contra a empresa, p. ex., seu fechamento por determinado tempo, o confisco dos lucros indevidos, dos bens com aqueles adquiridos, a proibição de participar de licitações. Os resultados seriam bem melhores. Para o ganancioso, para o avaro, meter-lhe a mão no bolso é o castigo maior.

No mesmo sentido, Elmir Duclerc<sup>173</sup> que, ao analisar o fundamento, afirma não existir correspondência com o processo de conhecimento, não possuindo finalidade instrumental típica dos provimentos cautelares, “traduzindo, assim em medida satisfativa, que acaba por antecipar indevidamente os efeitos da tutela de conhecimento, determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado.

Na verdade, esse termo tem por propósito frear, inabilitar o agente de causar riscos concretos a sociedade e a ordem econômica financeira, assegurando certa margem de segurança, estabilidade. Nessa perspectiva, Guilherme de Souza Nucci<sup>174</sup>, esclarece o tema:

Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo a credibilidade da justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco. Note-se o disposto no art. 30 da Lei nº 7.492/86: “Sem prejuízo do disposto no artigo nº 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada (...)”, o que demonstra que, em delitos contra a ordem econômico-financeira, torna-se relevante o dano provocado pelo criminoso, que, efetivamente, causa repugnância ao resto da população.

Trata-se de ampla proteção a ordem econômica cujos tipos estão previstos, dentre outras situações, nas Leis nº 8.137/90, 7.492/86<sup>175</sup>, e 6.385/76<sup>176</sup>, 1.521/51<sup>177</sup>. Por fim, Renato Brasileiro, preleciona quanto a decretação da medida e a sua autossuficiência, chamando a atenção para outras medidas cautelares, que detém maior capacidade de se obter resultados.

Não olvidamos a importância da privação cautelar da liberdade de locomoção de agente envolvidos com organizações criminosas e/ou crimes contra a ordem econômica. Todavia, não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que a prisão cautelar de um ou mais agentes terá o condão de pôr fim às práticas delituosas. Um dos meios mais eficientes para o combate aos crimes contra a ordem econômica passa pela recuperação de ativos ilícitos, sendo imperiosa a criação de uma nova mentalidade, que,

<sup>173</sup> REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 65, mar./abril. 2007.

<sup>174</sup> NUCCI, op. cit., p. 785.

<sup>175</sup> BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de Junho de 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>176</sup> BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de Dezembro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de Dezembro de 1951. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

sem deixar de lado as prisões cautelares, passe a dar maior importância as medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco de valores espúrios.

Atualmente, em casos de grandes repercussões, envolvendo crimes de natureza patrimonial, é possível vislumbrar claramente o uso de outras medidas mais eficientes frente a decretação da prisão preventiva embasado nesse fundamento.

### 2.3.6 Conveniência da instrução criminal

Distinto da prisão preventiva decretada sob fundamento da garantia da ordem pública e da garantia da ordem econômica, esta, possui caráter eminentemente instrumental, almejando o regular andamento processual, como assinala Fernando Capez<sup>178</sup> explicitando que essa medida “visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos ou qualquer outra coisa que possa causar prejuízo ao andamento regular do processo”, corroborando, nesse mesmo sentido, Pacelli<sup>179</sup> e Guilherme de Souza Nucci<sup>180</sup>.

Provado eventuais riscos da regular coleta de provas, do normal desenvolver processual em decorrência de ameaças ou constrangimentos as testemunhas, peritos, vítimas, policiais, membros do Ministério Público e do judiciário, entre outros, assim como, alteração ou destruição do local do crime, ficaria evidenciado a necessidade da decretação da medida sob este fundamento, afastando o suposto delituoso da esfera de atuação que viesse a ter quando solto.

É nesse sentido, os ensinamentos de Noberto Avena<sup>181</sup> ao enfatizar a imprescindibilidade do fundamento para que a instrução criminal se desenvolva regulamente, asseverando que:

A prisão preventiva decretada para conveniência da instrução criminal é aquela que visa a impedir que o agente, em liberdade, alicie testemunhas, forje provas, destrua ou oculte elementos que possam servir de base a futura condenação. A despeito da terminologia empregada no dispositivo, essa medida não pode ser decretada apenas por se revelar proveitosa ou vantajosa à instrução, como sugere a interpretação literal

---

<sup>178</sup> CAPEZ, op. cit., 2004, p. 243.

<sup>179</sup> Quanto à conveniência da instrução criminal, conforme denota Eugenio Pacelli, “há de entender-se a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.” SILVA, op. cit., 2014, p. 554.

<sup>180</sup> NUCCI, op. cit., p. 785-786.

<sup>181</sup> AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 900.

da palavra “conveniência”. É preciso que haja uma conotação de imprescindibilidade da segregação do agente para que a instrução criminal se desenvolva regularmente.

Por fim, destacam-se as palavras de Marcos Antonio e Walmer de Freitas<sup>182</sup> no sentido de que seria mais razoável a expressão “necessidade para instrução criminal”, já que a mera conveniência não seria fator plausível de privação de liberdade, ao contrário, caberia tal modalidade fundamentada se presentes no caso apresentado a destruição de provas, testemunhas corrompidas e peritos pressionados. Ainda, é bom lembrar que uma vez cessado a fase instrutória, não mais subsiste os requisitos balizadores de tal medida, devendo ela ser revogada, é claro, se esta for o único fundamento ensejador para a decretação ou manutenção da prisão realizada.

### 2.3.7 Assegurar a aplicação da lei penal

A decretação da prisão preventiva como garantia da aplicação da lei penal tem por objeto resguardar a própria essência do objeto persecutório<sup>183</sup>. Destacando Pacelli<sup>184</sup> que o fundamento fica reservado para “as hipóteses em que haja risco de fuga do acusado e, assim risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória” advertindo ainda que:

É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre na simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão.

Com relação ao risco de fuga do réu, este, não deve ser interpretado como mera probabilidade, sendo necessário a colheita de dados fáticos a ponto de flexionar a potencialidade de o indivíduo evadir-se durante o *persecutio criminis*, levando sempre em consideração a aplicação de outras medidas cautelares menos gravosas, observando a prisão preventiva como última medida.

---

<sup>182</sup> ANTONIO, Marco. FREITAS, de Walmer. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: Supremo Tribunal Federal. RHC nº 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.8.2003. Acesso em: 15 abr. 2017.

<sup>184</sup> SILVA, op. cit., 2014, p. 554.

Como alertava Ferrajoli<sup>185</sup> as fugas ocorrem pelo temor da possibilidade de ser acautelado a qualquer momento e não pelo medo de futuro acautelamento, onde o acusado, “ao menos até a véspera da condenação, teria, ao contrário, todo interesse de não se refugiar e sim de se defender”.

É verdade que com amplo acesso às fontes de informação, com ampla tecnologia disponível, mostra-se reduzida a possibilidade de uma situação de fuga definitiva. Uma vigilância mais intensa ao suposto delituoso dias antes da sentença, por si só seria capaz de frear qualquer tipo de tentativa de fuga e suficiente para assegurar a aplicação da lei penal.

Por fim, cabe aqui destacar que nos casos em que se evidenciem concursos de agentes e presentes os motivos para se decretar a prisão preventiva a determinados delituosos e a outros não, não caberá a incidência da regra contida no artigo nº 580 do Código de Processo Penal.

Deve-se analisar as condições pessoais dos agentes envolvidos, não sendo violador da norma, decisões distintas às pessoas distintas, embora envolvidas em um ou várias violações normativas dentro de um mesmo contexto, sendo necessário para tanto, analisar as provas apresentadas em juízo.

## 2.4 Prisão em flagrante

Leciona Mirabete<sup>186</sup> que a palavra “flagrante” é derivada do latim *flagrare* (queimar) e *flagrans, flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, é acalorado, evidente, notório, visível, manifesto.

E como conceitua Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>187</sup>, a prisão em flagrante é “medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar de caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz<sup>188</sup>, porque o fato ocorre de maneira não esperada, artigo nº 5º, inciso LXI da CF, ” onde é autorizado, em decorrência do domínio visual dos fatos, em

---

<sup>185</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 514.

<sup>186</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 300.

<sup>187</sup> TÁVORA, op. cit., p. 79.

<sup>188</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.



razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria, cessando imediatamente a infração com a prisão do transgressor. Concluindo Noronha<sup>189</sup> de que se trata da “certeza visual do crime”. Nesse mesmo sentido, denota Carnelutti<sup>190</sup>:

Para Carnelutti, porém, o flagrante não é um modo de ser do delito em si, mais do delito em face de alguma pessoa, e, por isso mesmo, qualidade absolutamente relativa. Verifica-se, de modo fácil, que o flagrante coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprovar o crime mediante a prova direta. Flagrante é o delito enquanto constitui prova de si mesmo, e não a qualidade do delito cometido atualmente. De outra forma, todo delito seria flagrante, uma vez que qualquer infração penal tem a sua atualidade. Mas o flagrante não é atualidade, e sim visibilidade do delito.

Nada mais é que um ato constritivo de liberdade, de natureza cautelar e processual, destinado a frear as ações delituosas do criminoso que é surpreendido cometendo ou logo após cometer um crime ou uma contravenção penal. Sendo necessário para a validade de sua decretação o preenchimento dos pressupostos: *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), *periculum in mora* (*periculum libertatis*), atualidade (situação flagrancial) e visibilidade (ocorrência externa ao ato).

Essa modalidade de prisão cautelar sofreu inúmeras mudanças com a chegada da Lei nº .403/2011, eis que responsável por uma série de alterações expressas contidas no bojo do artigo nº 310 do Código de Processo Penal. Mudanças essas que alteraram de forma intensa os efeitos da decretação da prisão em flagrante, não retirando a sua essência de cautelaridade, contudo, limitando-a a condição de prisão administrativa, pré cautelar, cujo as sequelas, terminam com uma análise de sua legalidade e necessidade por parte da autoridade judiciária adequada.

Advertindo, Aury Lopes Junior.<sup>191</sup> que em um primeiro momento tem-se a chamada medida pré-cautelar, “de natureza pessoal, cuja precariedade é marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares e até mesmo por autoridade policial, que deve cessar perante o prazo de 24 horas, onde caberá ao juiz analisar a sua legalidade e manutenção. Nesse mesmo sentido Tourinho Filho<sup>192</sup>, Afrânio Silva Jardim<sup>193</sup>, Nucci<sup>194</sup> e Walter Júnior<sup>195</sup>.

<sup>189</sup> NORONHA, op. cit., 2002, p. 162.

<sup>190</sup> CARNELUTTI apud MARQUES, op. cit., 2009, p.55.

<sup>191</sup> LOPES JÚNIOR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 64.

<sup>192</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., 2008, p. 456-457.

<sup>193</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 240..

<sup>194</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 640.

<sup>195</sup> SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 879-881.

### 2.4.1 Conversão da prisão em flagrante em preventiva

No caso de prisão em flagrante, em até 24 (vinte e quatro) horas<sup>196</sup> seguintes a autoridade policial deverá providenciar a comunicação da prisão e a apresentação da pessoa presa ao juiz competente, nos moldes dos artigos nº 306 §1 do Código de Processo Penal. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente analisar sua legalidade, podendo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Diante a análise do tema, surge na doutrina e jurisprudência entendimentos<sup>197</sup> quanto a legalidade do magistrado ao decretar de ofício a prisão preventiva quando este decorrer de conversão do flagrante. O primeiro, analisa e interpreta de forma literal o artigo nº 311 do Código de Processo Penal, concluindo que estaríamos diante de uma fase extrajudicial, onde a comunicação do flagrante estaria condicionada a verificação de existência de provocação da parte legitimada, o segundo entendimento, de forma sistemática, assegura que o artigo nº 310 do Código de Processo Penal, deve ser observado de forma autônoma em relação ao conteúdo previsto no artigo nº 311 do Código de Processo Penal, permitindo ao juiz uma atuação de ofício.

Contudo, sabe-se que o artigo nº 310, II, do Código de Processo Penal, autoriza o juiz a converter a prisão em flagrante em preventiva, mesmo sem ouvir as partes, quando presentes os requisitos desta. Ademais, trata-se de uma conversão de detenção já existente, retratando-se verdadeira situação específica em que o paciente já estava preso, e o juiz vem a decidir se a segregação terá continuidade ou não, razão pela qual o citado dispositivo legal autoriza o magistrado a converter um tipo de prisão processual em outro.

O instituto da audiência de custódia, uma vez observado, deverá ser um impedimento legal para a atuação do juiz de ofício, uma vez que haverá em regra a presença do Ministério Público no ato, embora a sua ausência não signifique uma barreira para que o magistrado cumpra os comandos normativos expressamente previstos.

---

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 abr. 2017.

<sup>197</sup> A conversão/decretação da custódia prevista no artigo nº 310, II, do Código de Processo Penal, só tem lugar se algum dos legitimados contidos no artigo nº 311, do mesmo Códex, pugnarem por ela, considerando as modificações advindas da nova lei freando interferências dos magistrados, sem provocação, no andamento do feito.

## 2.5 Prisão temporária

No Brasil, a prisão temporária surgiu com a Medida Provisória nº 111, com posterior conversão na Lei nº 7.960/89<sup>198</sup>, voltado a complexidade das investigações de determinadas infrações penais. No direito comparado, pode ser encontrado na Itália, com previsão nos artigos nº 384 a 391 do *Codice de Procedura Penale*, na França, com previsão nos artigos nº 63 a 65 e 77 a 78 do Código de Processo Penal Francês, Alemanha, com previsão na alínea 2ª do artigo nº 127 do Código de Processo Penal, Argentina, com previsão no artigo nº 364 do Código de Procedimento em Matéria Penal de *la Nación*.

Consiste, segundo os ensinamentos de Mirabete<sup>199</sup> e Fernando Capez<sup>200</sup>, em uma medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Valendo ainda ressaltar a definição dada por Rogério Lauria Tucci<sup>201</sup>, ao sustentá-la como:

Encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva.

Conforme previsão encontrada no artigo nº 2º caput, da Lei nº 7.960 de 1989, a medida será decretada pelo Juiz, uma vez representada na pessoa da Autoridade Policial ou do representante do Ministério Público, onde, aquele, o Juiz, terá prazo de 24 horas, após recebimento da representação ou requerimento, para decidir fundamentadamente sobre a prisão, cumprindo assim o mandamento contido no artigo nº 2º §2 da Lei.

Quanto ao prazo de duração, como regra, perdurará 5 (cinco dias) conforme a redação do artigo nº 2º caput, da Lei nº 7.960 de 1989, já em se tratando de crimes hediondos, perdurará por 30 (trinta dias), conforme previsão em seu artigo nº 2º da Lei nº 8.072<sup>202</sup> de 1990, observando que em ambos os casos é permitido a prorrogação por igual período, desde que fundamentado e comprovado a sua necessidade.

---

<sup>198</sup> BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>199</sup> MIRABETE, op. cit., p. 392.

<sup>200</sup> CAPEZ, op. cit., 2002, p. 243.

<sup>201</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 339-340.

<sup>202</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

Com relação às hipóteses de aplicação da medida, o artigo nº 1º da Lei prevê três incisos, que causaram verdadeiro entrave doutrinário, sendo razoável a corrente sustentada pelos professores Damásio, Magalhães e Pacelli, no sentido de que como em toda prisão cautelar, devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Onde na temporária, o *periculum in mora* é o requisito do artigo nº 1.º, incisos I ou II, da Lei nº 7.960/89 e o *fumus boni iuris* é o requisito do artigo nº 1.º, inciso III, da Lei nº 7.960/89. Sendo permitido ao juiz, portanto, decretar a temporária se estiverem presentes: o inciso III combinado com o inciso I; ou inciso III combinado com o inciso II.

## 2.6 Prisão domiciliar

Pautado na Lei nº 5.256/67<sup>203</sup>, 7.210/84<sup>204</sup> e incluído no Código de Processo Penal em seus artigos nº 317 e 318 pela Lei nº 12.340/2011, trata-se de recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, até o julgamento, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial. Sua decretação traduz-se como uma medida substitutiva a prisão preventiva, desde que provado, de forma idônea, a existência de algumas das seis hipóteses previstas no artigo nº 318 do Código de Processo Penal.

Também vista em caso específico de progressão da pena<sup>205</sup>, desde que cumpridos certos requisitos estabelecidos no artigo nº 117 da Lei nº 7.210/1984. Nesse sentido, preleciona Luiz Flávio Gomes<sup>206</sup>:

Além da já existente prisão processual-pena (substitutiva do regime aberto), foi criada a prisão domiciliar processual (medida cautelar), até então inexistente em nosso ordenamento jurídico para presos comuns.

---

<sup>203</sup> BRASIL. Lei nº 5.256 de 6 de Abril de 1967. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%205.256-1967?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%205.256-1967?OpenDocument). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>204</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>205</sup> Nos termos do artigo nº 117, da Lei de Execução Penal somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante." Contudo, atualmente existe certa flexibilização dessa interpretação, permitindo, ao condenado não sujeito a regime aberto desde que comprovado seu grave estado de saúde, a sua transferência para cumprimento da pena em regime domiciliar apoiado no postulado da dignidade da pessoa humana.

<sup>206</sup> GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz Marques. *Prisão e Medidas Cautelares* - Comentários à Lei 12.403/2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

Quanto à pessoa beneficiada pela medida substitutiva, sabe-se que o rol do artigo nº 318 do Código de Processo Penal não é taxativo<sup>207</sup>, não oferecendo maiores distorções ou interpretações nesse sentido.

É certo que diante o estado de saúde que se encontra o acautelado e a ineficiência estatal em tratá-lo por meio de seu falho, falido e insuficiente sistema carcerário, é aconselhável a aplicação da prisão domiciliar, desde que provado a condição, destacando Luiz Flávio Gomes<sup>208</sup> neste sentido, que:

O que importa saber, portanto, é se o presídio tem ou não condições de dar tratamento ao preso com doença grave, independentemente do seu grau de debilidade. Caso a administração penitenciária não disponha de recursos para o tratamento deve o juiz determinar a prisão domiciliar ou a transferência do preso para local adequado à assistência médica de que ele necessita.

Algumas questões essenciais relativas às prisões domiciliares devem ser consignadas, a primeira, é de que não basta para a caracterização da substituição que a pessoa presa preventivamente se encaixe em qualquer dos modelos listados no artigo nº 318 do Código de Processo Penal. Sustentando-se que o juiz deve avaliar aspectos de ordem subjetiva atrelados à pessoa custodiada – caso a caso –, e só após, deferir ou não a substituição da custódia clássica pela domiciliar. A segunda, é de que as alterações ocorridas no artigo nº 318 do Código de Processo Penal, são frutos da atual redação da Lei nº 13.257/16<sup>209</sup> que estabelece políticas públicas para a primeira infância, tratando-se da verdadeira valorização do tema. A terceira consiste na observação de que a prisão domiciliar, poderá ser aplicada cumulativamente com outra medida cautelar restritiva, como por exemplo a do monitoramento eletrônico.

Sob pena de gerar situações de impunidade, dado a previsão de contagem para fins de detração, não seria proporcional ou razoável, valer-se do instituto como regra, vista outras modalidades cautelares previstas no artigo nº 319 do Código de Processo Penal. Ademais, para se

---

<sup>207</sup> Um exemplo claro é o cumprimento da pena em prisão domiciliar por falta de vaga no cárcere público. Vê-se isto no HC nº 85.72-7. Segundo este entendimento, na falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento do regime prisional imposto na sentença condenatória, não se justifica a colocação do condenado em condições prisionais mais severas, devendo ser autorizado, em caráter excepcional, o regime prisional mais benéfico. Claro que surgindo a vaga, a prisão domiciliar acaba e o sujeito do delito é encaminhado ao estabelecimento penitenciário. Também é possível cumprir a pena em Regime Domiciliar em caso específico de progressão da pena. A saber: imagine que alguém progrediu para o Regime Semiaberto, onde trabalha de dia em colônias penais, mas durante a noite é recolhido à prisão. Acontece, porém, que não há colônias penais para este sujeito. O que acontecerá? Ele não poderá permanecer no Regime Fechado, mas ir para o mais benéfico - logo irá para o Regime Domiciliar, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

<sup>208</sup> GOMES, op. cit., 2012, p. 170.

<sup>209</sup> BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de Março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

proceder a substituição, não é suficiente nem mesmo razoável a mera alegação do direito alegado e sim a demonstração e comprovação da real necessidade da medida consubstanciada em documentos comprobatórios que as fundamentem.

### 3. DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

O aumento da massa carcerária do país foi fruto da não excepcionalidade conferida à prisão preventiva, decorrente da escalada da violência e da intensa judicialização dos conflitos, a soma de urgência nos provimentos processuais criminais, aliada à demora na conclusão dos procedimentos policiais e judiciais.

Em boa hora, veio a modificação do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, passando a ter a seguinte epígrafe “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”, fruto da chegada da Lei nº 12.403 de 2011, atendendo assim as exigências dos direitos constitucionais previstos no artigo 5, incisos LVII e LXI da Constituição Federal, enxergando, de fato, a liberdade como regra, e a prisão como exceção.

Trouxe, também, diversos princípios que já eram reclamados pela doutrina e jurisprudência nacional, destacando-se o princípio da proporcionalidade, na sua vertente binômio necessidade-adequação, pautadas nos artigos nº 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal já previstas implicitamente na Constituição Federal e diretamente ligado à garantia dos direitos fundamentais.

Assim, tornou-se claro o objetivo da lei, consistente em romper paradigmas e minimizar o cárcere provisório, observando o modelo plúrimo, com a previsão de várias espécies de medidas cautelares, ficando a prisão provisória como a última *ratio*. Sendo certo a diminuição quanto aos requisitos autorizadores de aplicação das medidas alternativas frente aos requisitos da prisão preventiva, trazendo assim, efetividade a justiça penal, aliado à garantia da razoável duração do processo prevista no artigo nº 5º, LXVIII, da CF.

Segundo Auri Lopes Júnior, as alterações advindas com a Lei nº 12.403 de 2011 tiveram como pontos relevantes o rompimento com o modelo binário de prisão cautelar ou liberdade provisória, para adoção do modelo polimorfo, pelo qual oferece ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, bem como o renascimento do instituto da fiança.

Destaca-se ainda, que as medidas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, conforme artigo nº 282, § 1º do Código de Processo Penal, sempre preferencial frente à prisão preventiva, conforme previsão expressa do §6 do artigo nº 282 e 321 do Código de Processo Penal, em uma análise de necessidade e adequação e proporcionalidade, o que vem a corroborar com os ensinamentos de Marcellus Polastri Lima<sup>210</sup>: onde “as medidas cautelares no processo

---

<sup>210</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 94.

penal servem para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição”, como uma garantia da efetivação do direito penal, um cunho assecuratório da mais ampla liberdade possível para quem se vê sob o manto da presunção da não culpabilidade.

Por fim, é interessante destacar que as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal já figuraram no ordenamento jurídico<sup>211</sup>, não se tratando de medidas desconhecidas pela doutrina.

### 3.1 Requisitos e características

Sabe-se que para a aplicação das medidas cautelares penais devem estar presentes os requisitos gerais previstos na parte final do artigo nº 312 do Código de Processo Penal, consubstanciados na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, além dos requisitos específicos, para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão relacionadas no artigo nº 319 do Código de Processo Penal advindos com a vigência da Lei nº 12.403, de 2011, denominados nos incisos I e II do artigo nº 282 do Código de Processo Penal.

Da leitura do inciso I depreende-se os seguintes requisitos: garantia da aplicação da lei penal; conveniência da investigação ou a instrução criminal; evitar a prática de infrações penais. Já no inciso II os seguintes requisitos: adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Apesar da semelhança redacional entre os requisitos constantes nos artigos nº 312 primeira parte e artigo nº 282, inciso I, primeira parte, ambos do Código de Processo Penal, sabe-se que os requisitos ensejadores para decretação da prisão preventiva pedem ao magistrado maiores cuidados, por se tratar de medida de exceção, exigindo a presença de motivos e fundamentos mais consistentes.

---

<sup>211</sup> O inciso I do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente o artigo nº 115, inciso IV da Lei nº 7.210 de 1984. O inciso II do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente o inciso IV do artigo nº 47 do Decreto Lei nº 2.848 de 1940. O inciso III do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente o inciso III, alínea b do artigo nº 22 da Lei nº 11.340 de 2006. O inciso IV do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente o inciso IV do artigo nº 115 da Lei nº 7.210 de 1984. O inciso V do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente os incisos I e II do artigo nº 115 da Lei nº 7.210 de 1984. O inciso VI do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente os incisos I e II do artigo nº 47 do Decreto Lei nº 2.848 de 1940. O inciso VII do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente a antecipação do procedimento dos artigos nº 149 e seguintes do CPP. O inciso VIII do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente o instituto autônomo tratado entre os artigos nº 321 e 350 do CPP. O inciso IX do artigo nº 319 do CPP tem como correspondente os artigos nº 146-B a 146-D da Lei nº 7.210 de 1984.



Quanto a característica das medidas cautelares no âmbito processual penal, analisar-se-ão as mais importantes, dentre elas a preventividade, provisoriedade, instrumentalidade, acessoriedade e homogeneidade, cada qual com a sua singularidade, seu âmbito de aplicação e a sua delimitação, todas, a serem identificados e implementados conforme a casuística apresentada.

A começar pela preventividade, sabe-se que esta possui em sua essência cunho cautelar, cujo objetivo é frear certas lesões que podem surgir devido ao longo lapso temporal da demanda até a sentença definitiva condenatória. Já a provisoriedade, remete-se a idéia de revogabilidade a decretos da prisão preventiva no curso das investigações ou até mesmo do processo, como depreendido da leitura do artigo nº 316 do Código de Processo Penal, dando por regra geral, a liberdade, e como exceção à imposição de medida cautelar enquanto sobreviver as razões justificadoras para tanto. Nesse sentido, Rogério Pacheco Alves<sup>212</sup> explicita que a providência acautelatória não se vocaciona à estabilização, sobrevivendo apenas enquanto necessária à tutela do processo principal.

Já a instrumentalidade, como aduz Paulo Rangel<sup>213</sup>, é um meio para se chegar à medida almejada:

Dá-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para se atingir a medida principal. É como se o direito material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e o instrumento para se atingir este possível direito fosse exatamente à medida cautelar.

Com relação à acessoriedade diz Afrânio Silva Jardim<sup>214</sup>: consiste na particularidade em razão de o processo ou medida cautelar encontrar-se sempre vinculado ao resultado do processo principal. Por sua vez, a homogeneidade, como aponta Paulo Rangel<sup>215</sup>, traduz-se na proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido.

Por fim, vale consignar que não há previsão normativa que vincule, estabeleça as medidas cautelares normativas a seara infracional penal tipificada como contravenção penal em homenagem aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da legalidade.

Por outro lado, visualiza-se que, não há vedação normativa a aplicação das medidas cautelares alternativas as restrições previstas no inciso I do artigo nº 313 do Código de Processo Penal, visto que o artigo nº 282 do Código de Processo Penal não faz referência a qualidade ou

---

<sup>212</sup> REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado, v. 2, n. 15, jan./jun. 2002.

<sup>213</sup> RANGEL, op. cit., 2002, p. 495.

<sup>214</sup> JARDIM, op. cit., p. 245.

<sup>215</sup> RANGEL, op. cit., p. 496.

quantidade da pena, referindo-se a crime de forma genérica, guardando similitude com o próprio princípio da proporcionalidade.

Não se pode olvidar a possibilidade da decretação de uma prisão preventiva se descumprida medida cautelar anteriormente imposta, mesmo que o tipo praticado pelo agente não preveja pena de prisão e ausentes os requisitos estabelecidos no artigo nº 313 do Código de Processo Penal, tornando-se única medida apta a frear as ações delituosas do agente.

### 3.2 Legitimidade e procedimento

Quanto à legitimidade, o tema não apresenta maiores dificuldades, devendo ser separado em dois momentos de análise. O primeiro, quanto a fase não processual, ou seja, durante o inquérito policial ou investigação policial, onde a manifestação deve ocorrer por parte da autoridade policial em sua representação ou por requerimento expresso do membro do Ministério Público, vedado a manifestação do assistente do parquet em atenção aos ditames normativos, princípios pertinentes e ao próprio procedimento processual penal.

Em segundo momento, quanto à fase processual, onde a manifestação pela imposição das medidas cautelares pode ser realizada por parte do assistente do parquet, pelo querelante e pelo Ministério Público, sendo plenamente válido, apesar de algumas posições doutrinárias contrárias, nessa fase, a aplicação pelo magistrado, mesmo que de ofício, ou seja, independentemente de provocação.

Quanto ao procedimento, tratando-se da fase extraprocessual, o requerimento ou a representação darão ensejo à instauração de um procedimento cautelar simplificado conforme redação prevista no artigo nº 282, §3 do Código de Processo Penal, ou seja, sem ocorrer a citação, contudo, com a presença da intimação da parte contrária juntamente com as cópias de documentos necessário ao perfeito desenrolar do contraditório<sup>216</sup>, ressalvado pelo legislador, casos de urgência ou de perigo da ineficácia da medida, em que será permitido a impetração de medida *inaudita altera pars*, visando resguardar o bem jurídico posto a perigo.

Se verificado, ainda na fase administrativa, requerimento de imposição de medida cautelar, quando da realização do artigo nº 310 do Código de Processo Penal, esse, será desenvolvido

---

<sup>216</sup> Fruto de permissão legal contida no artigo nº 3 do CPP, o contraditório previsto no parágrafo §3 do artigo nº 282 do CPP autoriza a integração normativa das Leis, sobretudo nos comandos previstos na Lei nº 11.340 de 2006, pelos artigos nº 13 e 22, autorizando a sua aplicação.

sob a égide dos princípios corolários atinentes a audiência de custódia<sup>217</sup>, garantido a defesa técnica e o contraditório.

Pode ocorrer ainda, o descumprimento das medidas cautelares impostas, ocasionando eventuais conturbações no sistema, onde o magistrado competente poderá, por provocação ou de ofício, impor nova medida ou mais medidas, e até mesmo proferir o decreto prisional preventivo, desde que devidamente fundamentado, podendo também, revogar, substituir, e futuramente se preenchidos os requisitos para tanto, decretar nova medida cautelar.

### 3.3 Medidas cautelares alternativas a prisão em espécie

As atuais medidas cautelares alternativas a prisão preventiva, se lustram no Código Processual Penal de Portugal, presentes no artigo nº 197 e no Código Processual Italiano artigo nº 280, frutos da necessária convergência do Código Processual Penal Brasileiro de 1942 a Constituição Federal de 1988, e a Lei nº 12.403 de 2011. Tratam-se de medidas autoexplicativas, que não dispensam uma abordagem mínima de seus conteúdos.

I - A primeira cautelar implica o comparecimento periódico em juízo para informar e justificar suas atividades. Foi inspirado no Código de processo penal português, em seu artigo nº 198, tratando-se de instrumento hábil a confirmar a presença do indiciado ou réu ao distrito da culpa. Tendo por objetivo manter o agente próximo aos olhos judiciais, para garantia da aplicação da lei penal, e desencorajar a ocorrência de futuros delitos.

Essa medida é duramente criticada pela doutrina nacional, por falta de contornos em seu regramento, criando para o magistrado alto grau de arbitrariedade<sup>218</sup>, como pode ser percebido através da leitura da alínea c, parágrafo 2º do artigo nº 78 do Código Penal, o que difere, quase nada da previsão já conhecida nos Juizados Especiais Criminais, como condição para obtenção da suspensão condicional do processo, conforme inciso IV, § 1º, do artigo nº 89 da Lei nº 9.099<sup>219</sup> de 1995.

II - A segunda cautelar diz respeito à proibição de acesso e frequência a determinados lugares, retratando-se uma verdadeira espécie de barreira física, destinada a evitar a pratica de

---

<sup>217</sup> O procedimento previsto será pautado pelos princípios da concentração dos atos e da oralidade tornando o procedimento mais célere.

<sup>218</sup> GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 120.

<sup>219</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

infrações penais, cuja inspiração adveio da pena restritiva de direitos contida no artigo nº 47, inciso IV, artigo nº 43, inciso V, bem como, na alínea a §2 do artigo nº 78 todos do Código Penal, no inciso II, §1 do artigo nº 89 da Lei 9.099 de 1995 e na alínea c, inciso III do artigo nº 22 da Lei nº 11.340 de 2006.

O alvo do legislador foi a proibição a determinado local que guarde ligação com a infração cometida, logo, duas premissas tornam-se imprescindíveis: a primeira, de que o magistrado, ao aplicar a medida, passe ao agente os locais estabelecidos como proibidos, já a segunda, que o estado realize uma fiscalização mais específica, visando frear possíveis arquiteturas criminosas partidas do agente.

III - Parece ter os mesmos contornos a terceira medida cautelar, consistente na proibição de manter contato com pessoa determinada, com o objetivo de evitar o desenrolar de novos crimes e assegurar a garantia da instrução criminal. O que encontra similar previsão na Lei nº 11.340 de 2006, alínea a e b, inciso III, artigo nº 22.

Sua imposição exige relação de proximidade entre o agente delituoso e a vítima, tornando imperioso a aplicação da medida a pessoas determinadas. Contudo, fica o julgador autorizado a decretar a prisão preventiva se necessário e proporcional ao caso, tendo ele, o julgador, uma linha tênue de análise. É preciso ainda, destacar o caráter ampliativo da norma, no que se refere a proibição de comunicação, devendo ser entendido como contato físico, telefônico, eletrônico etc<sup>220</sup>.

O legislador ao prever essa modalidade de medida cautelar, deixou para a autoridade judicial, conforme o caso concreto, a complementação com relação a distância daquelas pessoas envolvidas, não existindo um padrão normativo a ser seguido, tratando-se de uma cláusula aberta<sup>221</sup>, possível de complementação por outros comandos normativos, conforme autorização expressa do artigo nº 3º do Código de Processo Penal.

IV - A quarta medida consiste na proibição de ausentar-se da comarca, para fins de garantir a investigação e instrução criminal. Medida essa já conhecida na legislação interna, como pode ser percebido da leitura do §1 do artigo nº 89 da Lei 9.099 de 1995, guardando similitude com a previsão específica do artigo nº 320.

A imposição dessa medida deve ser visualizada de forma conjunta com a necessidade e proporcionalidade tendo por complemento outra medida capaz de controlar o espaço de locomoção da pessoa a ela submetida.

---

<sup>220</sup> GOMES, op. cit., p. 180.

<sup>221</sup> Previsão normativa que os magistrados podem se valer é a do artigo nº 22 da Lei nº 11.340 de 2006.

V - A quinta modalidade cautelar consiste na exigência de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de descanso. Tendo por objetivo evitar a reiteração de práticas delituosas, garantindo assim a ordem pública, importando também, na diminuição do o risco de fuga, muito embora, se reconheça que sua eficácia para tais finalidades seja irrisória<sup>222</sup>.

Essa modalidade de medida cautelar foi moldada a partir do regime aberto e da prisão domiciliar, muito embora restrita ao período noturno, observado os finais de semana e feriados.

Sua eficiência, depende de uma fiscalização estatal efetiva sob pena de torná-la inócua, sendo aconselhável a aplicação cumulativa de outra medida, como por exemplo, a do monitoramento eletrônico, previsto no inciso IX do artigo nº 319 do Código de Processo Penal.

VI - A sexta cautelar se refere a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira. Tem por objetivo resguardar a garantia da ordem pública e econômica, evitando que o agente delituoso, se valha de sua condição profissional para praticar infrações penais.

A medida é destinada a afastar o agente, que se vale da função pública (cargo ou atividade), para cometer crimes, vantagens, ilícitos e infrações penais dirigidos ao mercado de capitais e ao sistema financeiro.

VII - A sétima cautelar, consiste na internação provisória do inimputável ou semi-imputável, quando o crime for praticado com grave ameaça ou violenta a sua natureza, existindo risco concreto de reiteração.

Sua decretação é dificultada na fase administrativa policial, visto a necessidade de perícia conclusiva nos moldes do artigo nº 149 e seguintes do Código de Processo Penal, quanto à inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado.

Além dos requisitos já citados, é necessário a observância da Lei nº 10.216<sup>223</sup> de 2011, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Por fim, diante da inadequação da prisão para atender situações especiais, uma vez concluído que o acusado diante sua periculosidade, não tem condições de ficar acautelado junto com detentos comuns ou mesmo estar liberto, a internação provisória deve ocorrer em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, local apropriado para tais casos, como dispõe o artigo nº 99 da Lei de Execuções Penais e artigo nº 96, I, do Código Penal.

---

<sup>222</sup> GOMES, op. cit., p. 181.

<sup>223</sup> BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de Abril de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

VIII - A oitava medida cautelar, a fiança, consiste na exigência de prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou até mesmo hipoteca, com a finalidade de assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais, evitando assim eventual obstrução do seu andamento, ou a injustificada resistência a ordem judicial.

Efetuada a prisão em flagrante, presentes um dos requisitos do artigo nº 312 do Código do Processo Penal, era decretada a prisão preventiva do agente sem possibilidade de pagamento da fiança para liberdade. Por outro lado, se ausentes os elementos do artigo nº 312 do Código do Processo Penal, o sujeito era libertado independente do pagamento da fiança. Assim, a fiança era tida como inviável ou desnecessária, a depender da situação do preso.

Com as mudanças advindas com a lei nº 12.403 de 2011, a fiança tornou-se uma medida cautelar substitutiva da prisão preventiva ou outras cautelares, até mesmo como medida autônoma, cuja finalidade é a de preservar a ordem do processo e garantir a participação do réu nos atos de instrução. Passa a ser possível também a determinação do pagamento de fiança em qualquer delito, medida que valoriza o instituto, fazendo com que recupere o prestígio de instrumento cautelar processual apropriado.

Ainda, diz-se que o valor estipulado para fins de fiança deve guardar atenção ao princípio da proporcionalidade, não dotando viés impeditivo para concessão da liberdade, até porque, o rol do artigo nº 319 do Código do Processo Penal prevê outras medidas que podem ser aplicadas se necessárias ou adequadas forem à casuística apresentada.

IX - A monitoração eletrônica, já tinha sido observada internamente, embora de maneira similar, com a entrada em vigor da Lei nº 12.906 de 2008<sup>224</sup> (Lei Estadual de São Paulo), posteriormente com a Lei Federal nº 12.258<sup>225</sup> de 2010, após com a Lei nº 12.403 de 2011 e por fim, com a sua regulamentação, pelo Decreto nº 7.627<sup>226</sup> de 2011.

Trata-se de medida que consiste no uso de dispositivo eletrônico pelo agente, que passaria a gozar de certa liberdade mitigada, controlada via satélite, evitando, com isso, que se distancie ou se aproxime de locais predeterminados. Via de regra, a medida deve ser vista como complementar a outras medidas, como modo fiscalizatório.

---

<sup>224</sup> BRASIL. Lei nº 12.906, de 14/04/2008. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=76795>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>225</sup> BRASIL. Lei nº 12.258, de 15 de Junho de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>226</sup> BRASIL. Decreto nº 7.627, de 24 de Novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7627.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

A sua aplicação vinha sofrendo mitigação pelo Estado, contudo, diante do baixo custo conjugado com a diminuição da superlotação carcerária, parece que ela tomou forças como medida eficaz como assinala Rogério Grecco<sup>227</sup>:

Por mais que tenhamos que proteger o direito à intimidade daqueles que foram condenados pela Justiça Penal, entendemos que a submissão do autor da infração penal ao monitoramento eletrônico deve ser entendida em seu benefício, mesmo que venha a causar pequenos transtornos. Por isso é que Rodríguez-Magariños propõe a criação de um novo sistema penitenciário, onde a privação de liberdade das pessoas passe de regra geral à exceção, reservando-se, outrossim, os estabelecimentos prisionais somente para aqueles reincidentes contumazes, que praticam crimes graves, demonstrando, dessa forma, desprezo pelos direitos de seus concidadãos

A vigilância eletrônica tem sido instrumento eficaz no sistema penal brasileiro, muito embora seja um instrumento distante do ideal, contudo, é o princípio do fim de um sistema penitenciário baseado em um axioma absurdo: encarcerar, ressocializar um indivíduo para fazer dele o homem apto para viver em sociedade”.

X - A décima e última medida cautelar, é estabelecida no artigo nº 320 do Código de Processo Penal, consistente na apreensão de passaporte e proibição de ausentar-se do país, desde que presente o fundado receio de fuga.

Sua aplicação requer a presença dos requisitos contidos no artigo nº 282, I e II, do Código de Processo Penal, e a efetiva entrega do passaporte e como bem adverte Pacelli, para que se obtenha maior eficácia da medida, impõe-se a determinação de proibição de expedição de novo passaporte, criando ainda, mecanismos de comunicação e vigilância diante a não exigência para os integrantes da Mercosul.

Por fim, cabe destacar que para efetiva consolidação da medida é necessário a entrega dos passaportes em prazo máximo de 24 horas após a comunicação da decretação da medida. Sendo certo os comentários de Nucci <sup>228</sup> e Renato Marcão<sup>229</sup> quando afirmam que ela é resultado da aplicação da medida cautelar de proibição de se ausentar da Comarca prevista no inciso IV do artigo nº 319 do Código de Processo Penal.

---

<sup>227</sup> GRECO, Rogério. *Monitoramento Eletrônico*. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1397>. Acesso em: 27 nov. 2016.

<sup>228</sup> NUCCI, op. cit., 2011, p. 88.

<sup>229</sup> MARCÃO, op. cit., 2011, p. 361.

#### 4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Faz-se necessário analisar como a audiência de custódia é tratada em âmbito internacional, como forma de esclarecer grande parte das dúvidas apresentadas para a sua pronta incorporação ao direito processual penal brasileiro.

Em 05 de maio de 1948 nasce a Declaração Universal de Direitos Humanos, voltado a frear, coibir e regar as conseqüentes violações do estado detentor do poder punitivo, criando assim normas regulamentadoras capazes de assegurar direitos mínimos. E diante as normas, nasceram verdadeiros institutos destinados a manter a paz social, a segurança, preservando, assim, os direitos humanos.

Veja-se que, o principal vetor de criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, foi o caos global advindo da segunda guerra mundial que perdurou entre os anos de 1939 a 1945, o que se coaduna com a nacionalidade (Canadá; França; China; Líbano e Estados Unidos) dos autores da Declaração.

Inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na data de 04 de novembro de 1950, adotada pelo Conselho da Europa, nasce, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, entrando em vigor somente no ano de 1953, objetivando em seu artigo nº 5,3 (sob o título Direito à liberdade e à Segurança) regular o sistema de persecução penal.

A sua finalidade é aparente, ou seja, regulamentar a persecução penal, criando limites, impondo obrigações, estabelecendo regras, afastando, assim, a ocorrência de sucessíveis violações aos direitos humanos.

E como uma onda evolutiva, com intuito de ampliar as garantias constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas<sup>230</sup> o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor na data de 23 de março de 1976. Pacto esse que em sua terceira parte, artigo 9º, estabelece de forma similar o direito de o acautelado ser levado prontamente a pessoa do juiz e posteriormente ser julgado em prazo razoável.

---

<sup>230</sup> A ONU, na data de 09 de dezembro de 1988, expediu resolução nº 43/173, denominando um conjunto de princípios para proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão.



Não podendo esquecer da convenção que consagrou diversos direitos civis e políticos<sup>231</sup>, nascido na data de 22 de novembro de 1969 na cidade de San José da Costa Rica, entrando em vigor na data de 18 de julho de 1978, denominado de Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, que na Parte I, Capítulo II, no artigo nº 7,5, cujo título é, Direito à Liberdade pessoal, reforça quanto à necessária condução, da pessoa acautelada, sem demora a presença de um juiz.

Diante essa onda evolutiva destinada a proteger os direitos humanos, Flavia Piovesan<sup>232</sup> tece alguns comentários, ressaltando que:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Diante desse universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Vale dizer, os diversos instrumentos de proteção de direitos humanos integram em benefício dos indivíduos protegidos.

Em países vizinhos<sup>233</sup>, pode ser encontrado de forma expressa a previsão de aplicação do instituto da audiência de custódia e a sua regulamentação, transparecendo a importância do tema em escala global.

#### **4.1 Inserção no direito brasileiro da audiência de custódia**

Para melhor compreensão do cenário caótico no qual o instituto da audiência de custódia tem sido tratado em nosso ordenamento jurídico ao longo dos anos, separamos a análise histórica nacional em dois períodos, a saber, antes e após a ratificação, pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) datada em 25 de setembro de 1992, pelo Decreto nº 678, tendo sempre a lembrança de que apenas no ano de 2002, o Brasil

---

<sup>231</sup> Deve-se observar Flávia Piovesan no sentido de que o Pacto de San José da Costa Rica reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

<sup>232</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 322.

<sup>233</sup> Como no artigo nº14 do Código de Processo penal Colombiano, no artigo nº 64 do Código de Processo penal Argentino, no artigo nº 266 do Código de Processo Penal do Peru, no artigo nº 118 do Código de Processo Penal do Uruguai, no artigo nº 131 do Código de Processo Penal do Chile, no artigo nº 161 do Código de Processo Penal do Equador, no artigo nº 194 do Código de Processo Penal do México, ainda, no artigo nº 26 da Constituição do Haiti, no artigo nº 6º da Constituição da Guatemala e no artigo nº 33,2 da Constituição da Nicarágua.

reconheceu a interpretação e aplicação da CADH, envolvendo fatos posteriores a 10 de dezembro de 1988.

#### **4.1.1 Normas anteriores à ratificação da convenção americana de direitos humanos**

Encontra-se antes da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos, alguns momentos que merecem destaque, certamente não voltados diretamente ao instituto em si, mais dotando previsões similares, muito embora em outros campos do ordenamento jurídico.

Obedecendo a certa ordem cronológica, em primeiro, o vigente Código Eleitoral, Lei nº 4.737<sup>234</sup> de 15 de julho de 1965, concebido em pleno regime militar, que em seu artigo nº 236, §2, prevê a seguinte redação:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

A essência se mostra bem parecida, objetivando a condução do acautelado a presença do magistrado para verificar a legalidade da detenção, contudo, longe dos contornos, da finalidade almejada em artigos internacionais, destinados à preservação de valores e objetivos que se buscam alcançar com a audiência de custódia.

Em 12 de março de 1979, nasce a Lei Complementar nº 35<sup>235</sup>, denominado de Lei Orgânica da Magistratura Nacional que em seu artigo nº 33, inciso II consta:

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

II - Não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado).

---

<sup>234</sup> BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>235</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 35. de 14 de março de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm). Acesso em: 06 mai. 2017.

Contudo, em simples leitura do dispositivo percebe-se que, a finalidade pretendida é diversa dos ditames internacionais acerca da audiência de custódia, muito embora, seu corpo normativo carregue certa lembrança do instituto. O que se extrai, na verdade, é um comando, para que o preso em flagrante seja apresentado à autoridade responsável em presidir a investigação com a finalidade de apurar o fato delituoso supostamente praticado e não uma apresentação objetivando averiguar o tratamento recebido quando acautelado e a legalidade da prisão.

Já na data de 10 de outubro do mesmo ano surge a Lei nº 6.697<sup>236</sup>, denominado Código de Menores, que em seus artigos nº 99 e 100, inciso II, assim determina:

Art. 99. O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

Art. 100. O procedimento de apuração de infração cometida por menor de dezoito e maior de quatorze anos compreenderá os seguintes atos:

I - recebidas e autuadas as investigações, a autoridade judiciária determinará a realização da audiência de apresentação do menor;

II - na audiência de apresentação, presentes o Ministério Público e o procurador serão ouvidos o menor, seus pais ou responsável, a vítima e testemunhas, podendo a autoridade judiciária determinar a retirada do menor do recinto;

IV - a autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir decisão de plano, entregando-o aos pais ou responsável, ouvido o Ministério Público;<sup>237</sup>

Trata-se de uma ideia bem parecida com uma audiência de apresentação, com a finalidade de decidir diante os elementos colhidos na fase investigativa, a entrega do menor aos responsáveis ou a sua internação, desde que ouvido o Ministério Público, diante o fato grave constatado, contudo, destinado aos menores de 18 e maiores de 14 anos de idade.

Influenciado pelo surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, com a finalidade de substituir a passada prisão por averiguação, o qual feria direitos fundamentais já estabelecidos na Magna Carta, na data de 21 de dezembro de 1989, fruto da conversão da Medida Provisória nº 111<sup>238</sup> de 24 de novembro de 1989, surgiu a Lei nº 7.960, disciplinando a prisão temporária, que em seu artigo nº 2º, §3, disciplinou com clareza, a facultatividade ao

---

<sup>236</sup> BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>237</sup> BRASIL. Lei n. 6.697 de 1 de outubro de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 06 mai. 2017.

<sup>238</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 111, de 24 de Novembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/1988-1989/111.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1988-1989/111.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

juiz em determinar de ofício ou por provocação a apresentação do acautelado temporário, restando evidente o desrespeito às normas já contidas<sup>239</sup> no Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, na data de 13 de julho de 1990, aparece o Estatuto da Criança e do Adolescente, marco legal e regulatório dos direitos humanos da crianças e adolescentes Lei nº 8.069<sup>240</sup>, onde foram mantidas nos artigos nº 171 a 179 as disposições acerca da audiência de apresentação do adolescente, já previstas na revogada Lei nº 6.697, (Código de Menores), modificando apenas a autoridade<sup>241</sup> com a incumbência em recebê-lo.

É interessante notar, que o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direito Humanos na data de 11 de novembro de 2002, por meio do Decreto nº 4.463<sup>242</sup>, de 8 de novembro de 2002, portanto, anos após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto nº 678 ocorrido no ano de 1992.

#### **4.1.2 Normas posteriores à ratificação da convenção americana de direitos humanos**

Pós ratificação, a primeira iniciativa legislativa acerca da audiência de custódia, somente foi protocolada na data de 06 de setembro de 2011 no Senado Federal com o Projeto de Lei nº 554<sup>244</sup>, objetivando reformar o Código de Processo Penal, incluindo de forma expressa a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, o que se encontra ainda em trâmite, na

---

<sup>239</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos foi subscrita em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 18 de julho de 1978, ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992 por meio do Decreto nº 678.

<sup>240</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>241</sup> Se decorrente de ordem judicial o adolescente será encaminhado à presença do juiz; se decorrente de flagrante, cujo ato é de natureza grave ou evidente repercussão social o adolescente será encaminhado a autoridade diversa da judicial, o que a doutrina denomina de audiência de apresentação ao Ministério Público.

<sup>242</sup> BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de Novembro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>243</sup> O Congresso Nacional já havia solicitado e aprovado pelo Decreto nº 89 o reconhecimento da competência obrigatória da CIDH, em todos os casos relativos a interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o art. 62 daquele instrumento.

<sup>244</sup> Inicialmente apresentou equívocos, estabelecendo uma audiência de custódia sem a presença do Defensor e do Ministério Público, que mais tarde foi corrigido pelo então relator Senador Randolfe Rofrigues, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sofrendo posteriormente inúmeras mudanças. Passados mais de 5(cinco) anos, na data de 6 de dezembro de 2016 o texto foi remetido para a Câmara dos Deputados nos termos do artigo nº 65 da CF, nos termos da PL nº 6620/2016.

Câmara dos Deputados, sob o Projeto de Lei nº 6620/2016<sup>245</sup>, como será visto no próximo capítulo.

Nota-se que a audiência de custódia é um modelo ainda em construção, devendo ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade, pois, é sabido que sua implementação requer tempo, orçamento, planejamento e estrutura, assim como, uma nova sistemática no que pertine aos procedimentos processuais penais no Brasil.

Por outro lado, passados quase vinte anos desde a ratificação sem alguma iniciativa legislativa com o fito de normatizar o instituto, fica evidente a omissão, o descaso do estado brasileiro, ao não dar cumprimento à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Após o ano de 2011, dado o entrave da PL nº 554, surgiram demandas<sup>246</sup>, ofícios Circulares<sup>247</sup>, ações<sup>248</sup>, todos com a finalidade de pôr um ponto final no desinteresse estatal em regulamentar tal direito, o que não afastou o evidente descaso constatado com o instituto e com os tratados internacionais.

---

<sup>245</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 6620 de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2120017>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>246</sup> Distribuída na data de 14 de dezembro de 2010, na 3ª Vara Federal de Fortaleza, ACP nº 0014512-10.2010.4.05.8100, tendo como autor o Ministério Público Federal e como réu a União Federal, objetivando com respaldo no CADH, a instauração do procedimento da audiência de custódia.

<sup>247</sup> BRASIL. Boletim Informativo Mensal – BIM nº310– Ofício Circular nº 033/03-CGJ, de 06 de abril de 2003. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 de abril de 2003, p. 2.

<sup>248</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1.177.044-4, 2ª Câmara Criminal. Relator: José Maurício Pinto de Almeida. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11618660/Ac%C3%B3rd%C3%A3o1177044-4>. Acesso em: 15 abr. 2017. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1.186.305-1, 4ª Câmara Criminal. Relator: Carvilio da Silveira Filho. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/66024271/djpr-11-02-2014-pg-813>. Acesso em: 15 abr. 2017. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1191512-9, 5ª Câmara Criminal. Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa. Disponível em: <http://www.radaroficial.com.br/d/6672142229831680>. Acesso em: 15 abr. 2017. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1185649-4, 5ª Câmara Criminal. Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira. Disponível em: <http://www.buscaoficial.com/c/diario/cA5BfhdDo/>. Acesso em: 15 abr. 2017. BRASIL. Tribunal Regional Federal 2. HC nº 201450010003521, 2ª Turma Especializada. Relator: Messod Azulay Neto. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/audiencias-custodia-trf.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017. BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. ACP nº 0008837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara Federal. Juiz: Ricardo Augusto de Sales. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00088379120144013200&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 15 abr. 2017. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 6ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Noronha Dantas. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201405910933>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Alguns manifestos em prol da instauração da audiência de custódia merecem destaque, entre eles, os Provimentos nº 14/2014<sup>249</sup>; nº 21/ 2014<sup>250</sup>; nº 23/ 2014<sup>251</sup> e nº 24/ 2014<sup>252</sup>, realizados pela Corregedoria Geral da Justiça do Poder Judiciário do Estado do Maranhão no ano de 2014, assim como o termo de compromisso nº 002/2015<sup>253</sup> celebrado na data de 29 de julho de 2015, antes mesmo da resolução nº 213/2015<sup>254</sup> elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, na data de 15 de dezembro de 2015.

Visando aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, a fim de evitar uma normatização em cada estado acerca da audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça de forma conjunta com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, apresentou provimento conjunto nº 03/2015<sup>255</sup> (projeto piloto). E que, mesmo contendo alterações substanciais, dispares com o recomendado, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, vê-se que ele tem sido bem aceito pelos tribunais em todo Brasil, mesmo que não dotado de caráter vinculativo.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de Piauí ao apresentar o provimento conjunto nº 03/2015<sup>256</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba com o provimento conjunto nº 01/2015<sup>257</sup>, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios com a portaria conjunta nº 101/2015<sup>258</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia com o provimento nº

---

<sup>249</sup> BRASIL. Provimento nº 14 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1581/publicacao/407410>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>250</sup> BRASIL. Provimento nº 21 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407412>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>251</sup> BRASIL. Provimento nº 23 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407901>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>252</sup> BRASIL. Provimento nº 24 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407902>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>253</sup> BRASIL. Termo de Compromisso nº 002/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios/terminos-de-compromisso/80355-termo-de-compromisso-n-002-2015>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>254</sup> BRASIL. Resolução nº 213/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>255</sup> BRASIL. Provimento Conjunto nº 03/2015. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=65062>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>256</sup> BRASIL. Provimento Conjunto 03/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/081f8b6c43349c62cce031a77ac6dd78.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>257</sup> BRASIL. Provimento Conjunto nº 01/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/214555766/andamento-do-processo-n-01-provimento-conjunto-31-07-2015-do-tjpb>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>258</sup> BRASIL. Portaria Conjunta 101 de 7 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>. Acesso em: 15 fev 2017.

0016/2015<sup>259</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais com a resolução nº 796/2015<sup>260</sup> e o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo com a resolução nº 13/2015<sup>261</sup>.

Quanto às iniciativas legislativas, destaca-se a proposta de Emenda Constitucional nº 112/2011<sup>262</sup> que na data de 22 de novembro de 2011, foi apresentada na Câmara dos Deputados pelo Deputado Domingos Dutra, objetivando dar nova redação ao inciso LXII do artigo nº 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre a prisão de qualquer pessoa, para contemplar a sua imediata apresentação em juízo.

Uma segunda Proposta de Emenda Constitucional, nº 89<sup>264</sup>, foi apresentada na data de 09 de julho de 2015, também na Câmara dos Deputados, pelo Deputado Hugo Leal, objetivando modificar os artigos nº 129, nº 144, acrescentar o artigo nº 98-A, nº 101 e nº 102 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Merecendo atenção a previsão contida no §3 que assim dispõe:

Art. 2º A Constituição Federal é acrescida do art. 98-A, com a seguinte redação:  
 Art. 98-A. Os juizados de instrução e garantias são órgãos do Poder Judiciário, providos por juízes de instrução e garantias, incumbidos da instrução probatória e do controle judicial dos procedimentos investigatórios criminais.  
 § 3º Toda pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada sem demora ao juiz de instrução e garantias para realização de audiência de custódia, com a participação da defesa e do Ministério Público, em que se decidirá sobre a prisão e as medidas cautelares cabíveis

Mesmo tratando-se de um dispositivo que busca modificar a persecução penal brasileira voltado a atender os comandos internacionais, deixou a desejar, sendo omissos pontos essenciais relacionados diretamente com a audiência de custódia, como a falta de um procedimento a ser observado e o prazo legal a ser cumprido para a apresentação do acautelado junto a autoridade judiciária.

Diferente das Propostas de Emenda Constitucional já apresentadas, mas com os mesmos propósitos, foram apresentados alguns Projetos de Lei por parte do Senado Federal e pela Câmara de Deputados.

<sup>259</sup> BRASIL. Provimento nº 0016 de 2015. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/submenu-provimentos/menu-provimentos-2015/item/5262-016-2015-cg>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>260</sup> BRASIL. Resolução nº 796/2015. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>261</sup> BRASIL. Resolução nº 13 de 2015. Disponível em: <https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/241608?view=content>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>262</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 112 de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528162>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>263</sup> Na data de 31 de janeiro de 2015 a PEC foi arquivada sob o argumento previsto no artigo nº 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ou seja, fim da legislatura.

<sup>264</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Protocolado na data de 22 de abril de 2009, sob a autoria do Senador José Sarney, nasce, no Senado Federal o Projeto de Lei nº 156<sup>265266</sup>, cujo objetivo é a criação de um novo Código de Processo Penal, que prevê no artigo nº 15 o seguinte comando normativo:

Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:  
III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença.

Vê-se que o referido projeto se encontra fora dos contornos previstos para a audiência de custódia, não prevendo a obrigatoriedade da apresentação do acautelado ao juiz, mas sim uma facultatividade e que mesmo carecendo de requisitos mínimos de regramento quanto ao instituto da audiência de custódia, foi aprovado no Senado Federal, encontrando-se, atualmente, em trâmite na Câmara dos Deputados, sob o nº PL nº 8.045/2010<sup>267</sup>.

Posteriormente, sob a autoria do Deputado Jorginho Mello, foi apresentado na data de 06 de agosto de 2014 junto a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7.871<sup>268</sup> (apensado ao PL nº 8.045/2010 (PLS nº 156/2009), destinado a implantar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso a autoridade judicial, após a efetiva prisão, retratando-se uma audiência de custódia sem a presença do Ministério Público e do Defensor, restando apenas o juiz e o acautelado, o que leva a um verdadeiro retrocesso nas balizas do sistema processual penal a luz da constituição.

Já em 25 de fevereiro de 2015, na Câmara dos Deputados, sob a autoria do Deputado Laerte Rodrigues de Bessa foi apresentado o Projeto de Lei nº 470/2015<sup>269270</sup> com o objetivo de estabelecer a audiência de custódia no Código de Processo Penal brasileiro. Exibindo errônea interpretação dos textos internacionais, dando roupagem completamente distinta daquela almejada, tornando facultativa a audiência de custódia e trazendo o Delegado de Polícia para uma

---

<sup>265</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>266</sup>A PLS nº 156/2009 foi apresentada devido um requerimento nº 227 do Senado Federal, protocolado na data de 06 de março de 2008 sob a autoria do Senador Renato Casagrande.

<sup>267</sup> BRASIL. Projeto de Lei. 8.045 de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>268</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 7.871 de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621520>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>269</sup> BRASIL. Projeto de Lei 470 de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=949101>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>270</sup> Atendendo o requerimento nº 1.141/2015, realizado pelo Deputado Marcos Reategui, na data de 07 de abril de 2015 foi deferido o apensamento do Projeto de Lei nº 470/2015 ao Projeto de Lei nº 7.871/2014 determinando assim, a tramitação conjunta por se tratar de matérias correlatas.



função de aplicador da lei, o equiparando a figura do juiz, o encaixando na figura da expressão “outra autoridade” prevista no CADH e no PICDP.

Visualiza-se um verdadeiro *via crucis* do estado brasileiro em compreender e atender normas básicas de direito internacional. Como bem ressalta Klaus Mikaelson, “dizem que o tempo cura todas as feridas, mais quanto maior é a perda, mais profundo é o corte. E mais difícil é o processo para ficar inteiro novamente.” Sobra para o estado brasileiro, as atuais consequências, frutos da omissão dos imaturos legisladores, que parecem fechar os olhos aos graves problemas apresentados ao longo dos anos na sistemática processual penal brasileira.

## 5. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Seja sob o argumento da necessária observância do Brasil a tratados e convenções por ele firmado<sup>271</sup> e até mesmo da necessária adequação da legislação processual penal a luz da constituição, nasce em 2011, importante proposta de alteração no Código de Processo Penal apresentado no Senado Federal sob o PLS nº 554<sup>272</sup> de 2011, que em seu bojo, prevê a pronta apresentação de pessoa presa em flagrante à autoridade judicial, sob a justificativa de ser um dos poucos países da América Latina a não estabelecer em sua legislação essa previsão.

O instituto vem recebendo manifestações de contrariedade e apoio, cujo o fim, se retratou em uma absoluta paralisação na Casa Legislativa originária como visto no capítulo anterior. O absurdo é tamanho, que em meio a essa paralisação, foram apresentadas algumas propostas de Emenda Constitucional, Projetos de Lei, com o mesmo objetivo, a inserção do instituto em nossa legislação.

Trata-se de verdadeiro descumprimento do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos gerando uma verdadeira inconstitucionalidade progressiva ou constitucionalidade provisória do modelo atualmente aplicado, conforme artigos nº 306 a 310 do Código de Processo Penal..

Diante o atraso em sua regulamentação, uma pergunta se faz pertinente, por que não emblemática. Porque a relutância do Brasil em cumprir tratados<sup>273</sup> (já internalizados), que buscam regular direitos já reconhecidos internacionalmente, complementando pontos obscuros deixados pelo tempo?

Hans Kelsen<sup>274</sup> já advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: ministrando que a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente, sua negação. Por sua vez, Pontes de Miranda<sup>275</sup> apresentava o Direito Internacional como um círculo maior, abrangendo os círculos menores, os estados, em que estes, estão submetidos ao Direito Internacional.

---

<sup>271</sup> O Brasil não só ratificou os textos dos organismos internacionais acerca do instituto como também reconheceu a competência da Corte Internacional dos Direitos Humanos, como previsto no art.1º do Decreto nº 4.463/2002.

<sup>272</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>273</sup> Os tratados são considerados fontes do Direito Internacional positivo e podem ser conceituados como todo acordo formal, firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, tendo por finalidade a produção de efeitos jurídicos.

<sup>274</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 44.

<sup>275</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 96.

Baseado no princípio da *pacta sunt servanda*, onde o estado pactuante não pode deixar de cumprir o tratado após assiná-lo e ratificá-lo, adverte Mazzuoli<sup>276</sup>:

Todos os poderes do Estado – não somente o Executivo e o Legislativo, mas também o Judiciário – devem respeito e obediência ao direito internacional. A sua não-observância acarreta a responsabilidade internacional do Estado, quase sempre esquecida pelo [sic] juízes e tribunais nacionais. Exemplo corriqueiro disso, materializando a prática de ilícito internacional, traduz-se naquela situação em que, no âmbito interno, legislar contrariamente ao conteúdo de um tratado anteriormente assumido, deixando de fazer fé à palavra, seria legítimo desde que se tenham recursos suficientes e se esteja disposto a indenizar os prejuízos causados pelo Estado no âmbito internacional. O raciocínio expressa um paralogismo que se apóia numa falsa e errônea idéia. A ordem internacional *sempre* prima sobre a interna, e tanto isso é verdade que, quando o legislador nacional produz normas que contradizem disposições que um compromisso internacional já assumido e, após isso, o Poder Judiciário não é capaz de superar a contradição, harmonizando aqueles preceitos, esta atitude final encontra reparo na ordem jurídica internacional, mediante a responsabilização e consequente condenação do Estado infrator. Se por erro ou por falta de afinidade no tratado com as normas internacionais os juízes internos não restabelecem a antiga ordem jurídica, quem dará a última palavra será sempre o direito internacional, que, através do instituto da responsabilidade, condenará o Estado infrator, reconstituindo o direito violado. Trata-se de preceito que fora mencionado na decisão de 08.05.1902 do Tribunal Arbitral El Salvador/Estados Unidos (R.S.A:XV, 477), e que vem sendo, desde então, reiterado pela jurisprudência nas instâncias internacionais.

Consignado a relutância em não obedecer a tratados já internalizados, sabe-se, ao menos, que o cenário para a efetiva internalização do instituto, não é dos mais animadores, sofrendo variadas críticas, proporcionando assim, significativa resistência<sup>277</sup>.

O que se via, em passado recente, eram decisões contrárias à necessidade da realização da audiência de custódia, seja pela manutenção da prisão preventiva após a decretação da prisão em flagrante, sob a justificativa de ausência de prejuízo ao acautelado e as normas contidas no Convenção Americana de Direitos Humanos, seja pela afirmativa de que o procedimento observado quando da lavratura de auto de prisão em flagrante, juntamente com a informação da prisão ao juiz, seriam elementos hábeis e mais eficazes que a audiência de custódia. Esqueceram da regra contida no §2 e §3 do artigo nº 5º da Constituição, artigo nº 7,5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o artigo nº 9,3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assim como, o artigo nº 27 do Decreto nº 7.030<sup>278</sup> de 2009.

---

<sup>276</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2008, p. 58.

<sup>277</sup> Diferente do entendimento pautado pelo STF, pelo qual, tratados internacionais de direitos humanos para que tenham vigência no ordenamento jurídico brasileiro precisam por meio de decreto executivo ser promulgados, é acertado o posicionamento da professora Flávia Piovesan no sentido de que, eles já teriam força normativa interna a partir da ratificação e depósito, não tendo a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

<sup>278</sup> BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

## 5.1 Objetivos

Os objetivos, previstos na redação da PLS nº 554 de 2011, (guardam consonância para com a jurisprudência da Convenção Americana de Direitos Humanos, não apresentando maiores divergências) consistem no resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso e na prevenção dos atos de tortura de qualquer natureza, possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário.

Contudo, vem-se tentando distorcer a forma de atuação do magistrado atuante na audiência de custódia, assim como seu papel na fase investigativa, como pode ser visto no Ofício<sup>279</sup> da Associação dos Juízes para a Democracia encaminhado a Presidência do Senado Federal e no parecer<sup>280</sup> apresentado pela Defensoria Pública da União na ação civil pública quando da implantação da audiência de custódia.

Entretanto, rechaçando os argumentos propostos, é importante mencionar que, um melhor conhecimento das circunstâncias da prisão e sua real necessidade de mantê-la ou não, somente poderia ocorrer com um juiz atuante na fase investigativa, o que culminaria em um juiz investigador ou juiz instrutor, figura incompatível com o sistema acusatório brasileiro.

De outro modo, a audiência de custódia não é vista como responsável em frear abusos do decreto de prisões cautelares, muito menos de diminuir o número de presos provisórios, posto que os requisitos atinentes a sua imposição não foram alterados, nem mesmo a convicção de cada magistrado quanto a necessidade de imposição da prisão cautelar.

Muito embora, busquem dar a audiência de custódia outros objetivos, não pode ela ser vista em sentido distorcido, devendo sim, seguir a finalidade pela qual fora criada, conforme visualizado na redação da PLS nº 554 de 2011, nos moldes dos tratados internacionais já ratificados.

---

<sup>279</sup> BRASIL. Ofício. Associação dos Juízes para a Democracia. Disponível em: [http://www.ajd.org.br/documentos\\_ver.php?idConteudo=165](http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=165). Acesso em 07 maio. 2017.

<sup>280</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer*. Processo nº 8837-91.2014.4.01.3200. 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. 2014.

## 5.2 Prazo de apresentação

Sem a fixação do prazo para realização da audiência de custódia, inócuo seria sua finalidade, prolongando uma prisão que já na origem ou ao longo de sua formalização, se tornou ilegal. O estabelecimento do prazo visa impedir a incidência ou agravamento de possíveis agressões desferidas face ao preso ou detido, e conseqüente desaparecimento das marcas deixadas por elas. Trata-se, portanto, de requisito indispensável para a finalidade da audiência de custódia.

Contudo, há que se observar que diante a omissão dos textos internacionais em estabelecer um prazo determinado para a respectiva apresentação do preso a autoridade judiciária, culminou com que cada país constituísse um prazo distinto, no que o estado brasileiro ao interpretar os artigos nº 7,5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo nº 9,3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, utilizou o prazo específico de “no máximo 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante”.

Pode-se afirmar, que a omissão nos textos internacionais quanto ao prazo específico para a apresentação do preso a autoridade judiciária foi proposital, posto que, em países com grandes extensões territoriais como o Brasil, haveria, certamente, dificuldades em cumprir tal mandamento. A jurisprudência da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>281</sup>, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>282</sup> e do Comitê de Direitos Humanos da ONU<sup>283</sup>, é nesse sentido, considerando a extensão do prazo, desde que proporcional e razoável, exigindo para tanto justificativas hábeis, se tratando de verdadeira exceção.

Como resultado desse imbróglio, o que se vê, é a diferenciação no trato dos sujeitos presos em flagrante nos mais diversos estados brasileiros, cada qual com seu regramento específico e variável. Uma indiferença de tratamento a presos no mesmo país, cuja raiz regulamentadora advém de um único instrumento já introduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>281</sup> Sentença. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf). Acesso em 07 maio. 2017.

<sup>282</sup> Como é o caso de *Brogan and Others vs, Inglaterra* em que em sentença prolatada na data de 23 de março de 1988, permitiu-se a extensão do prazo para a apresentação dos presos na audiência de custódia.

<sup>283</sup> Comunicação. Comitê de Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/625-1995.html>. Acesso em 07 maio. 2017.

### 5.3 Quem deve ser apresentado

Quem seria a pessoa alvo da audiência de custódia? Pergunta essa de importância, devido à errônea interpretação que os Tribunais brasileiros e o Congresso Nacional vem dando ao instituto, frente ao entendimento previsto nos textos internacionais.

Ao passo que os textos internacionais preveem como alvo a “pessoa presa ou detida”, o Brasil cita apenas a “pessoa presa em flagrante”, como bem percebido na PLS nº 554 de 2011. Postura essa que retrata verdadeiro nascendo para o estado brasileiro consequências negativas, visto que, ao não incluir a pessoa presa de forma preventiva ou temporária, bem como aquelas a título de início de cumprimento de pena, como destinada a realização da audiência de custódia retratar-se-á continuo e evidente desrespeito aos tratados e convenções já ratificados pelo Brasil, culminando-se verdadeiro descompasso normativo.

Deve-se registrar, conforme resolução da ONU nº 43/173<sup>284</sup> distinguir o que vem a ser “pessoa presa” e “pessoa detida”. Pessoa presa seria aquela que sofre privação de liberdade decorrente de condenação criminal a medida que pessoa detida seria toda aquela que sofre privação de liberdade que não seja consequência da imposição de uma pena.

Ademais, corroborando com esse entendimento, traçando a importância do tema, a própria Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais<sup>285</sup> prevê em seu artigo nº 5.3 e 5.1 “c” a audiência de custódia para pessoas presas ou detidas, retratando-se grave erro na interpretação dos tratados internacionais por parte do estado brasileiro a respeito de quem seriam as pessoas destinadas a realização da audiência de custódia. Constatado o equívoco, resta evidente a necessidade da alteração textual da PLS nº 554 de 2011, atualmente na Câmara dos Deputados sob PL nº 6620/2016.

---

<sup>284</sup> BRASIL. Resolução 43/173 de 09 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex51.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>285</sup> Texto. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 07 maio. 2017.

#### 5.4 A apresentação pessoal é indispensável?

Como se sabe, uma das características da audiência de custódia é a apresentação pessoal do preso ou detido à autoridade competente. Garantia essa já analisada no item 1.6, retratando-se verdadeiro direito do acautelado em se defender, de produzir elementos probatórios<sup>286</sup> que importem na caracterização de uma prisão ilegal.

Contudo, quanto a essa característica especificamente, já eram esperadas relevantes críticas doutrinárias, ou até mesmo por parte de entidades representativas. Um primeiro argumento contrário à apresentação pessoal do acautelado, se consubstancia no fator de que os órgãos de segurança pública não dispõem de recursos financeiros humanos e estruturais suficientes para dar vazão da nova demanda advinda da implantação da audiência de custódia. Alegação essa, existente desde a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, que se resume na falta de estrutura estatal, o que não deve proceder. Na verdade, segundo Fauzi Hassan Choukr, o problema reside na falta ou incapacidade de gestão do poder público, que sequer se mostraria interessado com a montagem de uma estrutura mínima apta a dar cumprimento ao quanto vier a ser legislado.

Outro argumento é a possibilidade da realização da audiência de custódia mediante vídeo conferência, mitigando o princípio da imediação a ser observado quando da realização do ato. A resposta parece ser afirmativa, seja por necessidade, diante a distância territorial verificada, tornando impossível a apresentação do acautelado para realização do ato, ou até mesmo pela insegurança pública retratada nos grandes centros dos estados brasileiros.

Ademais, a realização do ato mediante vídeo conferência, desde que tratada como modo excepcional, a casos de grandes repercussões, de crimes violentos ou até mesmo envolvendo facções criminosas, não violaria a sua finalidade, a de se verificar a legalidade da prisão, e frear ou impossibilitar agressões, torturas na pessoa do acautelado.

Por fim, vale questionar: se o interrogatório pode ser realizado mediante vídeo conferência, por que não a audiência de custódia?

---

<sup>286</sup> O CIDH, estabeleceu de forma expressa o princípio da imediação (que abarca o princípio da oralidade, identidade física do juiz, celeridade e concentração de atos) para a audiência de custódia, conforme as sentenças prolatadas no caso *Tibi vs. Equador* e no caso *Acosta Calderón vs. Equador*.

## 5.5 A quem deve ser feita a apresentação?

A apresentação do acautelado deve ser feita ao juiz competente, muito embora textos internacionais indiquem também, alternativamente, “outra autoridade habilitada por lei para exercer poderes judiciais.

Com a inexistência de um texto normativo voltado a interpretar quem seria essa outra autoridade além do juiz, coube a jurisprudência e a doutrina realiza-la. Chegando-se a conclusão de que essa “outra autoridade” deveria preencher dois requisitos a saber: a imparcialidade e independência. Requisitos esses estabelecidos pela própria jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Organização das Nações Unidas <sup>287</sup>.

A partir de uma rápida leitura do panorama apresentado na discussão em torno de quem seria essa outra autoridade apta a conduzir a audiência de custódia, três sujeitos aparecem como aptos a exercerem a função, o juiz, o delegado de polícia e o ministério público.

Quanto ao primeiro, o juiz, não existem controvérsias<sup>288</sup> quanto a sua legitimidade, dado que sua previsão se encontra nos textos internacionais, se retratando como a pessoa ideal para a finalidade do Instituto. Com relação ao delegado de polícia, há forte impeditivo, a sua dependência em relação ao poder executivo, retratando-se verdadeira ligação com um dos poderes de estado, fator tido como inflexível por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A terceira autoridade, representada pelo ministério público, também não seria apta a presidir a audiência de custódia, visto que suas ações não se adequam ao conceito de imparcialidade adotado pelo Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pela Organização das Nações Unidas.

Haveria essa exclusão natural porque a investigação criminal estaria sob o encargo ou sob a presidência do ministério público, ou até mesmo em razão de ele ser o responsável pelo indiciamento e posterior acusação do investigado ou pelo fato de que o parquet ser o fiscal da lei, características essas, incompatíveis com a “outra autoridade” prevista nos textos internacionais apto a presidir a audiência de custódia.

---

<sup>287</sup> Esses requisitos podem ser visualizados nas sentenças da CIDH, nos casos de *Acosta Calderón vs. Equador* e no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*.

<sup>288</sup> O juiz da audiência de custódia não pode ser vítima da infração penal que ensejou a prisão preventiva do sujeito, nem mesmo responsável pela prisão e ou lavratura do auto de prisão em flagrante ou responsável por qualquer outra situação que coloque em cheque a sua imparcialidade. Visando evitar a constituição de tribunais ou juízes de exceção é necessário observar o princípio do juiz natural, afastando assim a nomeação e ou recrutamento de juízes.



Assim, seja sob a justificativa de ser o condutor da investigação ou até mesmo de ser futuro oponente do sujeito acautelado no processo de conhecimento, não tem sido reconhecido o parquet nem mesmo o delegado de polícia como a autoridade adequada a presidir a audiência de apresentação, sob a justificativa de ausência de imparcialidade.

Por fim há que se ressaltar, diante a previsão contida no artigo nº 7,5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que mesmo que se optasse por escolher outra autoridade que não a judicial, haveria a necessidade de satisfação de um requisito de ordem objetiva, que essa opção seja dada por meio de norma específica voltada a essa finalidade.

## **5.6 Efeitos da não realização da audiência de custódia**

Seja pela necessidade da reafirmação dos direitos fundamentais da pessoa presa ou detida, sobretudo ao da presunção de inocência, pela necessidade de imposição de um novo tempo em relação a questão prisional antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para consolidar a prisão cautelar como medida de ultima *ratio*, ou para evitar maiores problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro com a superlotação carcerária, uma coisa é certa, o legislador viu a implantação da audiência de custódia como salvador da pátria, como uma medida excelente.

Sua previsão está estampada em dois documentos internacionais de direitos humanos, no Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo nº 7.5 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no seu artigo nº 9.3. O primeiro promulgado pelo Decreto nº 678 de 1992 e o segundo promulgado no mesmo ano através do Decreto nº 592. Não há que prosperar as mais diversas justificativas para a não implantação da audiência de custódia no Brasil, retratando-se verdadeiro descaso estampado na face do legislador brasileiro, uma omissão legislativa grotesca a sua não normatização.

Os efeitos da sua não realização, são os inúmeros recursos e ações constitucionais que já vem sendo manejados, especialmente pela defensoria pública, todas elas voltadas a pronta colocação em liberdade daquele sujeito, corroborando assim com o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Contudo, há que se destacar que caso não se realize a soltura do acautelado sob o argumento da não realização da audiência de custódia, culminaria em futura e significativa configuração de nulidade, desde que não tenha sido realizado o interrogatório do acusado.

Caso o interrogatório tenha ocorrido, não há que se falar em nulidade da prisão preventiva, nem do processo ou da própria investigação, pois, o interrogatório é mecanismo capaz de suprir<sup>289</sup> a falta da audiência de custódia.

---

<sup>289</sup> No interrogatória haverá o contato do acusado com o magistrado, permitindo aquele manifestar sua versão sobre o fato, a desnecessidade de sua prisão assim como alegar e provar maus tratos, torturas que sofrera quando da sua prisão em flagrante, ao passo que ao magistrado é possível visualizar as atuais e passadas circunstâncias atreladas ao caso.

## CONCLUSÃO

Embora seja cômodo limitar-se a criticar de forma dura a omissão legislativa na implantação e regulamentação da audiência de custódia no Brasil, é preciso avançar, esquecer o passado, reconstruir as bases processuais penais à luz da Constituição e dos tratados internacionais, é preciso evoluir.

Em um país caracterizado pelo sistema prisional superlotado e falido, a implementação da audiência de apresentação, em atendimento, às normas internacionais do Pacto de San José e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mostra-se como medida emergencial apta a frear prisões ilegais, arbitrárias e desnecessárias. Retratando-se também em um verdadeiro instrumento renovatório aos os objetivos da Lei nº 12.403/2011.

Destaca-se ainda que a audiência de apresentação implementada e aplicada com os fins que a norma prevê, seria relevante mecanismo de evolução dos direitos humanos, proporcionando ao acautelado, um contraditório sem demora, uma verificação mais profunda quanto à legalidade da sua prisão preventiva, uma garantia à proteção da integridade física, evitando assim práticas anacrônicas de tortura e maus tratos.

Não obstante a previsão desses direitos nos referidos Tratados Internacionais promulgados pelo Brasil, a audiência de apresentação vem sendo ignorada, resultando inclusive em denúncias contra o estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Diante disso, algumas medidas voltadas a efetivar a audiência de custódia estão sendo realizadas e implementadas em todo território nacional, seja por meio do CNJ, Projetos de Lei, projeto piloto e até mesmo pareceres.

Sabe-se que a inclusão da audiência de custódia no sistema jurídico brasileiro traz esperança, empolgação e medo à comunidade jurídica. Novas regras, que partem de parâmetros diferentes dos anteriores, retratando-se verdadeiros direitos e garantias fundamentais do acautelado interpretados à luz da Constituição, que recebidas com entusiasmo justamente por tentarem mudar o processo à realidade atual, tão ligada como regra à cultura do encarceramento em massa.

Por outro lado, o novo sempre assusta. Há o receio de não se adaptar às novas regras, ou até mesmo que essas regras não sejam tão adequadas à realidade quanto se pensou inicialmente. Porém, isso só será possível aferir quando a nova lei regrado a audiência de custódia entrar em vigor, e começar a gerar efeitos.

Até lá, a audiência de custódia deve ser aplicada, experimentada, colocada a fogo, obedecendo os mandamentos previstos nos textos internacionais, aptos a reestruturar o falido sistema carcerário brasileiro. O que se vê, é a esperança de uma nova perspectiva judicial e social quanto ao encarceramento, baseada na legalidade, na ampla defesa e no contraditório. Não é mais uma mera fantasia, e sim, cada vez mais, uma realidade no âmbito nacional.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão* Florianópolis: Revan, 2012.
- ANTONIO, Marco. FREITAS, de Walmer. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer. Processo nº 8837-91.2014.4.01.3200*. 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. 2014.
- BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (des) razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. São Paulo: Forense, 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios*. Disponível em: [http://www.luis-robertobarroso.com.br/wp-content/uplo-ads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luis-robertobarroso.com.br/wp-content/uplo-ads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 04 fev. 2017.
- BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. São Paulo: Atena, 1954.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Boletim Informativo Mensal – BIM nº310– Ofício Circular nº 033/03-CGJ, de 06 de abril de 2003. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 de abril de 2003.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Declaração de Virgínia. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/ima-ges/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.463, de 8 de Novembro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto no 592, de 6 de Julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/de-creto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/de-creto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.627, de 24 de Novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7627.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional Lei nº 45, de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 35. de 14 de março de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm). Acesso em: 06 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 40, de 14 de Dezembro de 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.697 de 1 de outubro de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 06 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.521, de 26 de Dezembro de 1951. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L1521.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.216, de 6 de Abril de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.719, de 20 de Junho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.900, de 8 de Janeiro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.258, de 15 de Junho de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.906, de 14/04/2008. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=76795>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.257, de 8 de Março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.256 de 6 de Abril de 1967. Disponível em: [http://legislacao.pla-nalto.gov.br/legisla/legisla-cao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%205.256-1967?OpenDocument](http://legislacao.pla-nalto.gov.br/legisla/legisla-cao.nsf/Viw_Identificacao/lei%205.256-1967?OpenDocument). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei no 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.385, de 7 de Dezembro de 1976. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L6385.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L6385.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei no 6.697, de 10 de Outubro de 1979. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L7210.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.492, de 16 de Junho de 1986. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L7492.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.038, de 28 de Maio de 1990. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L8038.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137, de 27 de Dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L8137.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.637, de 31 de Março de 1993. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/1989\\_1994/L8637.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/1989_1994/L8637.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/cci-vil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória no 111, de 24 de Novembro de 1989. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/1988-1989/111.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1988-1989/111.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Ofício. Associação dos Juízes para a Democracia. Disponível em: [http://www.ajd.org.br/documen-tos\\_ver.php?idConteudo=165](http://www.ajd.org.br/documen-tos_ver.php?idConteudo=165). Acesso em 07 maio. 2017.

\_\_\_\_\_. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 15 fev. 2017.



\_\_\_\_\_. Pacto San José da Costa Rica. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.conven-cao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.conven-cao_americana.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Portaria Conjunta 101 de 7 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publica-coes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 470 de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetra-mitacao?idProposicao=949101>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 6620 de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2120017>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 7.871 de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=621520>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei. 8.045 de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda Constitucional nº 112 de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamitacao?idProposicao=528162>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamitacao?idProposicao=1570777>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento Conjunto 03/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/ar-quivo/2015/12/081f8b6c43349c62cce031a77ac6dd78.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento Conjunto nº 01/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/214555766/andamento-do-processo-n-01-provimento-conjunto-31-07-2015-do-tjpb>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento Conjunto nº 03/2015. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFe-tch.ashx?codigo=65062>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento nº 0016 de 2015. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/submenu-provimentos/menu-provimentos-2015/item/5262-016-2015-cg>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento nº 14 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1581/publi-cacao/407410>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento nº 21 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407412>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento nº 23 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407901>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Provimento nº 24 de 2014. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407902>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução 43/173 de 09 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direi-tos/sip/onu/fpena/lex51.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 13 de 2015. Disponível em: <https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/241608?view=content>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 213/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 796/2015. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: Supremo Tribunal Federal. RHC nº 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.8.2003. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Termo de Compromisso nº 002/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios/terminos-de-compromisso/80355-termo-de-compromisso-n-002-2015>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1.177.044-4, 2ª Câmara Criminal. Relator: José Maurício Pinto de Almeida. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11618660/Ac%C3%B3rd%C3%A3o1177044-4>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1.186.305-1, 4ª Câmara Criminal. Relator: Carvilio da Silveira Filho. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/66024271/djpr-11-02-2014-pg-813>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1185649-4, 5ª Câmara Criminal. Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira. Disponível em: <http://www.buscaoficial.com/c/diario/cA5BfhdDo/>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC nº 1191512-9, 5ª Câmara Criminal. Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa. Disponível em: <http://www.radaroficial.com.br/d/6672142229831680>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 6ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Noronha Dantas. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201405910933>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 1. ACP nº 0008837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara Federal. Juiz: Ricardo Augusto de Sales. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00088379120144013200&se-cao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 2. HC nº 201450010003521, 2ª Turma Especializada. Relator: Messod Azulay Neto. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/audiencias-custodia-trf.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José. Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almerinda, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural – Atribuição e Conflito com Base na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Jurisprudencia Consolidada (o bien de la comodidad del juzgar): Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994.

CARVALHO, Castanho; GRANDINETTI, Luís Gustavo. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CHOUKR HASSAN, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 07 maio. 2017.

COSTA, Manoel Andrade. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais*?. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em: 23 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176542/000843877.pdf?sequence=3>. Acesso em: 26 jan. 2017.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. Campinas: Coppola, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FIGUEIREDO, Jorge de. *Direito Processual Penal*. ed. Coimbra: Lisboa, 1974.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Bosch, 1933.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARCIA apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz Marques. *Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à Lei 12.403/2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação*. Coimbra: Almedina, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório: estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Rogério. *Monitoramento Eletrônico*. Disponível em: <http://www.rogerio-greco.com.br/?p=1397>. Acesso em: 27 nov. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*. São Paulo: Saraiva, 1984.

- HAMILTON, Sérgio Demoro. *Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal: temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.
- KARAM apud PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constitucional da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- KOHL apud QUEIJO Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, Manoel do Reis. *Estado de Direito e Justiça: o Princípio do devido processo legal como Instrumento de sua realização*. 2001.138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NORONHA, Ernesto Magalhães. *Curso de direito processual penal*. Atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 65, mar./abri. 2007.

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, jul. /set. 2004.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS, Porto Alegre: Notadez, v. 2, n. 9, jan./dez. 2003.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado, v. 2, n. 15, jan./jun. 2002.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo: IBDP, v. 8, n. 31, jul./set. 1983.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 91, n. 797, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Teoria Gerado do Processo Civil, v. 49, n. 286-288, jul./dez. 2000.

ROSA, Alexandre Morais de. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El debido proceso penal*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

SCHLETTE apud ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

Sentença. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ar-ticulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ar-ticulos/seriec_34_esp.pdf). Acesso em 07 maio. 2017.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

TÁVORA, Nestor, e ARAÚJO, Fábio Roque. *Código de Processo Penal para Concursos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus-podivm, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito a não auto-incriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VALE, Ionilton Pereira do. *O Direito ao silêncio nos EUA: análise dos precedentes Miranda vs Arizona e outros julgados da Suprema Corte americana*. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/134898660/o-direito-ao-silencio-nos-eua-analise-dos-precedentes-miranda-vs-arizona-e-outras-julgados-da-suprema-corte-americana>. Acesso em: 15 fev. 2017.

VERGARA, Pedro. *Das Penas Principais e sua Aplicação*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.