

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

IZABELA LEITE SILVA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA EVOLUÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO OU
MANOBRA INCONSEQUENTE DE DESCARCERIZAÇÃO?**

**SOUSA
2018**

IZABELA LEITE SILVA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA EVOLUÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO OU
MANOBRA INCONSEQUENTE DE DESCARCERIZAÇÃO?**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2018

IZABELA LEITE SILVA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA EVOLUÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO OU
MANOBRA INCONSEQUENTE DE DESCARCERIZAÇÃO?**

Aprovada em: _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

À minha tia Tica (*in memoriam*) por tudo que fez por mim e que mesmo não se fazendo mais presente nesse plano, me deu forças pra lutar.

“Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito”
(Georges Ripert)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por todas as vezes que me reergueu quando eu perdi as forças de prosseguir nessa jornada, por toda paz e acalento, e principalmente por todo o amor depositado em mim, nada disso seria possível se não fosse a Vossa presença diária ao meu lado. Toda graça e louvor sejam dadas ao Senhor!

Aos meus pais Valdomiro e Aparecida, por nunca medirem esforços para que eu pudesse ter tudo o que precisava, para que eu conseguisse chegar até aqui. A vocês, o meu mais puro amor, a minha gratidão e a minha vida. Tudo é por vocês e pra vocês!

À minha avó materna, Carminha, por todas as orações destinadas a me aliviar nos momentos mais turbulentos, e a minha avó paterna, Maria, por todos os abraços calorosos em cada visita e no desejo que eu retornasse na presença de Deus; ao meu avô Antônio que desde sempre foi só orgulho de mim e por todo apoio moral e ao meu avô Preto por todo carinho e amparo; aos meus tios e tias, aos meus primos e primas, a cada um de maneira indistinta, por todo o suporte nessa trajetória, por depositarem em mim toda a confiança de um futuro brilhante, essa vitória é de cada um de vocês, acreditem.

À minha eterna Tica (*in memoriam*) responsável pela pessoa que eu sou hoje, meus eternos agradecimentos. Espero que onde esteja, sinta-se orgulhosa dessa sua menina, o amor e a saudade aqui só aumentam.

Ao meu namorado, Ricardo, por toda batalha que travou junto comigo sem hesitar, pela compreensão diária e por todo apoio, e principalmente por acreditar no meu potencial, não permitindo que eu desanimasse. A ele, minha gratidão e todo meu amor.

Aos meus amigos, em especial, aqueles que caminharam junto comigo nesses anos nos momentos de luta e nos de glória, em especial, as minhas DVSS Doralice e Ambra, por cada risada, cada abraço, cada consolo. Agradeço também a Igor, Adson e Jelcimira por cada momento inesquecível compartilhado, e pela amizade construída.

Ao meu orientador Eduardo Jorge, por ser luz, por ser conforto dentro dessa instituição, e por sempre acreditar que eu era capaz e me mostrar isso a cada encontro, o meu mais sincero, obrigada, mestre!

RESUMO

A Audiência de Custódia foi implantada no Brasil através da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, tendo por base o Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ainda existe um Projeto de Lei nº 554/2011 que visa alterar o Código de Processo Penal a fim de adequá-lo a audiência de custódia. O instituto prever a apresentação do preso ao magistrado no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante delito, onde será avaliada a legalidade da prisão, decidindo sobre o seu relaxamento ou sobre a conversão em prisão preventiva ou substituída por liberdade provisória, objetiva também a apuração de possíveis maus tratos ou abuso policial. Entretanto, o Brasil não pode ser considerado apto a implementar essa audiência em seu atual contexto jurídico, principalmente por ausência de estrutura do Estado que dispõe de números insuficientes de magistrados, policiais e servidores da justiça para a realização da audiência de custódia. Com essa audiência o sistema acusatório previsto no ordenamento processual brasileiro é ignorado, pois de qualquer maneira, o magistrado fica próximo dos fatos que estão sendo investigados. A figura do delegado de polícia não pode ser menosprezada, pois durante mais de duas décadas, essa figura foi responsável por analisar ilegalidades e necessidade das prisões e observar eventuais maus tratos policiais. Através da pesquisa bibliográfica e documental utilizada no presente trabalho, observa-se que no cenário brasileiro, a audiência de custódia caracteriza-se por uma norma desnecessária e que no fim só objetiva o desencarceramento.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Pactos Internacionais. Desencarceramento.

ABSTRACT

The Custody Hearing was implemented in Brazil through No. 213/2015 Resolution of the National Council of Justice, based on the Pact of San José of Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights. Still, there's a Legislative Bill No. 554/2011 that seeks to change the Code of Criminal Procedure in order to adapt it to the Custody Hearing. The institute shall provide for the presentation of the prisoner to the magistrate within 24 hours after the arrest in flagrant apprehension, where the legality of the arrest shall be assessed, deciding on its laxness or on the conversion into pre-trial custody or replaced by provisional release, investigation of possible mistreatment or police abuse. However, Brazil cannot be considered able to implement this hearing in its current legal context, mainly due to the lack of a State structure that has insufficient numbers of magistrates, police officers and justice servers for the Custody Hearing. With this hearing the accusatory system provided for in the Brazilian procedural order is ignored, because in any case, the magistrate is closer to the facts that are being examined. The figure of the police officer cannot be overlooked, since for more than two decades this image was responsible for analyzing illegalities and also the need for prisons and for observing possible police mistreatment. By the bibliographic and documentary research used in the present work, it's observed that in the Brazilian scenario, the Custody Hearing is characterized by an unnecessary norm and that in the end only aims the disqualification.

Keywords: Custody Hearing. International Covenants. Extrinsication.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PRISÕES CAUTELARES NO CONTEXTO JURISDICIONAL BRASILEIRO .	11
2.1	PRINCIPIOLOGIA NORTEADORA	11
2.1.1	Princípio da Jurisdicionalidade	11
2.1.2	Princípio da Provisoriade	12
2.1.3	Princípio da Provisionalidade	13
2.1.4	Princípio do Contraditório	14
2.1.5	Princípio da Excepcionalidade.....	15
2.1.6	Princípio da Proporcionalidade	15
2.1.7	Princípio da Legalidade	16
2.2	MODALIDADES DE PRISÕES CAUTELARES: PREVISÃO GERAL.....	17
2.2.1	Prisão em flagrante	18
2.2.2	Prisão temporária	20
2.2.3	Prisão preventiva	20
2.3	ÍNDICES ATUAIS DE PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL.....	21
3	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ASPECTOS RELEVANTES	25
3.1	CONCEITO E PREVISÃO NORMATIVA DO PACTO INTERNACIONAL DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA	25
3.2	INTERPRETAÇÃO NACIONALIZANTE CONFERIDA AO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E APLICABILIDADE NO REBIME JURÍDICO PÁTRIO	28
3.3	DINÂMICA PROCEDIMENTAL.....	33
3.4	FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	35
4	ANÁLISE CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS OU FUGA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?	37
4.1	FALHAS NA APLICABILIDADE DEVIDO À INSUFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO ESTADO	38
4.2	OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO EM DECORRÊNCIA DA CONTAMINAÇÃO DO JUIZ.....	40
4.3	O DESRESPEITO À FORMAÇÃO HÍBRIDA DO DELEGADO DE POLÍCIA E A DESVALORIZAÇÃO DE TODO CONTINGENTE POLICIAL.....	41
4.4	A TENDÊNCIA AO FRACASSO	44
4.4.1	Jurisprudências correlatas.....	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A Audiência de Custódia, apesar de nova na realidade jurídica brasileira, desperta uma série de indagações e análises que merecem ser exploradas. Esse instituto consiste, segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no direito do preso ser apresentado, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais, a fim de que seja apreciada a necessidade e legalidade da prisão.

O Brasil sendo signatário de ambos os pactos supramencionados, decidiu, mesmo após mais de duas décadas se adequar ao que propõem. Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ em sua Resolução nº 213/2015 instituiu no ordenamento jurídico pátrio a apresentação de toda pessoa presa em flagrante ao juiz competente no prazo de 24 horas, regulamentando assim, a Audiência de Custódia. Além dessa resolução, encontra-se ainda em fase de tramitação, o Projeto de Lei nº 554/2011 que visa a alteração do Código de Processo Penal para que esse se adeque e disponha sobre o instituto.

Os defensores da aludida audiência justificam que com sua operação, será garantido o respeito aos direitos humanos em relação aos presos, já que funcionará como mecanismo apto a garantir a *ultima ratio* da prisão cautelar, concedendo ao juiz a conveniência de decidir medidas alternativas ao encarceramento, evitando assim, prisões indevidas.

Entretanto, para os críticos, o objetivo real da Audiência de Custódia é meramente político e mostra a irresponsabilidade e incapacidade do Estado em promover políticas públicas afim de combater a criminalidade e conseqüentemente reduzir a superlotação carcerária.

A problemática do presente trabalho reside em questionar se a Audiência de Custódia é tão necessária no modelo processual brasileiro por que a inércia do Brasil durante mais de duas décadas em efetivar e respeitar os pactos internacionais o qual é signatário?

Dessa feita, o objetivo geral deste trabalho monográfico consiste em analisar a necessidade e eficiência da Audiência de Custódia na real conjectura do cenário jurídico brasileiro.

Tem-se por objetivo específico analisar de maneira coerente se o instituto trata-se de uma real evolução no judiciário brasileiro ou é apenas uma maneira inconsequente que o Estado encontrou para tentar descarcerizar, frente à lotação alarmante e crescente nos presídios brasileiros.

Mostra-se um tema atual e de relevante estudo em virtude dos altos índices de presos provisórios nos presídios brasileiros, a superlotação carcerária, a alta criminalidade e a sensação de insegurança por parte de toda a sociedade.

A técnica de pesquisa empregada foi a pesquisa bibliográfica, porquanto buscou-se reunir materiais como livros, revistas e artigos relacionados ao tema. Ainda, utilizou-se pesquisa documental, sendo analisadas Leis, Projeto de Lei, Resolução e jurisprudências, caracterizando assim uma interpretação legislativa brasileira e internacional pertinente ao assunto tratado. Tornando a realização da leitura crítica e reflexiva.

Inicialmente, no primeiro capítulo, a pesquisa monográfica abordará as considerações iniciais acerca dos tipos de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico pátrio, acompanhadas dos princípios que as regem e apresentação de índices atuais de presos provisórios no Brasil. Buscando exibir uma visão ampla do cenário jurídico.

No segundo capítulo, se tratará da conceituação do instituto da Audiência de Custódia, sua previsão normativa nos pactos internacionais, bem como a interpretação nacionalizante conferida, como também o modo em que se é realizado essa audiência e sua finalidade.

Por fim, no terceiro capítulo, se cuidará de demonstrar uma análise mais crítica da Audiência de Custódia, se essa caracteriza-se pela efetivação dos direitos humanos ou é apenas uma fuga da superlotação carcerária. Ainda será apresentado as falhas na aplicabilidade devido a falta de estrutura do Estado, a ofensa ao sistema acusatório e a conseqüentemente contaminação do magistrado, a desvalorização da polícia em si e a tendência ao fracasso que a Audiência de Custódia se encontra, juntamente com as jurisprudências que corroboram esse fracasso.

2 AS PRISÕES CAUTELARES NO CONTEXTO JURISDICIONAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se presentes três modalidades de prisões cautelares, quais sejam: a) prisão em flagrante, b) prisão temporária, e c) prisão preventiva. Sendo inegável a importância da análise de princípios aplicáveis aos institutos jurídicos, pois servem de direção à interpretação de operadores do direito e que são determinantes para se verificar a legitimidade de qualquer medida cautelar.

O doutrinador Weddy (2013, p. 63) aduz que “Os princípios adquirem, no contexto de um Estado Constitucional, o papel de verdadeira força motriz do Direito, pois assentam o sistema jurídico sobre uma base sólida”.

2.1 PRINCIPIOLOGIA NORTEADORA

Diante da importância dos princípios para todo e qualquer instituto jurídico, faz-se necessário a abordagem pormenorizada dos mais relevantes princípios que norteiam o instituto das prisões cautelares.

2.1.1 Princípio da Jurisdicionalidade

Encontra-se respaldado no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, segundo o qual, com exceção da prisão em flagrante e os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, as demais espécies só podem ser decretadas por autoridade judiciária competente, a prisão cautelar é uma medida exclusivamente jurisdicional, sendo assim, também conhecido como princípio da judicialidade ou cláusula de reserva jurisdicional.

O artigo 283 do Código de Processo Penal, *in verbis*, também esclarece o referido princípio:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Portanto, mesmo que esteja diante de hipóteses em que as medidas cautelares, sem prévia ordem judicial, sejam admitidas, essas deverão ser sujeitas ao crivo judiciário para que assim exista o controle da sua legalidade e também dos direitos fundamentais do indivíduo.

Segundo Wedy (2013) mesmo a prisão em flagrante – que para alguns possui caráter precautelar – decorrente do dever da autoridade ou da faculdade de qualquer um do povo, deverá prestar obediência ao princípio da jurisdicionalidade. Assim, a prisão em flagrante haverá de ser homologada pelo juiz, caso esteja de acordo com a lei.

Isto posto, o princípio da jurisdicionalidade nada mais é do que a necessidade de que a restrição dos direitos e bens assegurados na Constituição Federal e em outros dispositivos infraconstitucionais, apenas seja procedida por determinação judicial, com o objetivo assim de evitar excessos ou abuso de poder.

2.1.2 Princípio da Provisoriedade

Por esse princípio entende-se que as prisões cautelares têm caráter temporário, sendo assim, um princípio básico, pois possuem vigência limitada no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, visto que é apenas tutela de uma situação fática.

Um dos maiores problemas no sistema cautelar é a absoluta falta de determinação sobre a duração da prisão cautelar, com exceção da prisão temporária que tem tempo determinado na própria lei e antecede o próprio processo. A prisão preventiva, ao contrário, não tem limite temporal definido e sem a obrigatoriedade periódica de análise acerca de requisitos e fundamentos.

Dentro do princípio da provisoriedade, de maneira interligada encontra-se o princípio da razoabilidade, também nomeado como princípio da duração razoável da prisão cautelar, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, segundo o qual a prisão cautelar não pode transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para a instrução do feito, sendo de extrema importância observar a sua razoável duração.

Nucci (2013, p. 619) de maneira clara explica tal princípio:

Razoável é a prisão cautelar cujo tempo de duração é o menor em face dos concretos elementos extraídos do processo, a saber: a) complexidade da causa (delito único, porém intrincado e repleto de ramificações; vários crimes com concurso material ou formal); b) número de réus (quanto maior os números, mais defensores estão presentes e atuantes, impedindo o célere andamento do feito); c) número de processos em andamento na Vara ou no Tribunal (Varas cumulativas, com feitos criminais e civis, apresentam pauta esgotada para audiências; Varas criminais com número excessivo de processos; Tribunais com longo espera para inserção de processos em pauta de julgamento); d) atuação do juiz (como presidente da instrução, é fundamental ser dinâmico, firme e real condutor dos trabalhos); e) atuação das partes (órgão acusatório e defesa, que atuam nos prazos legais ou procrastinam seus misteres). A razoabilidade é o extrato desses fatores devendo ser apurada no caso concreto.

Diante do analisado, percebe-se que o princípio da duração razoável da prisão cautelar complementa o princípio da provisoriedade e vice-versa, onde a fusão de ambos perfaz o estudo acerca do limite temporal das prisões cautelares.

2.1.3 Princípio da Provisionalidade

O princípio da provisionalidade previsto nos artigos 282, §§ 4º e 5º e 316, ambos do Código de Processo Penal, pressupõe que todas as prisões cautelares estão estritamente relacionadas a uma situação fática. Desse modo, trata-se de uma medida situacional que está vinculada aos motivos que ensejaram sua decretação, com isso, a prisão cautelar só permanecerá enquanto não aparecer um evento novo que modifique a presente situação.

Por conseguinte, ao desaparecer o suporte fático que legitimou a prisão e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, a prisão deve ser cessada. A imediata soltura do imputado estar ligada ao desaparecimento de qualquer um desses requisitos, na medida em que é exigida a presença simultânea de ambos para manutenção da prisão.

Diante disso, deduz-se que as prisões cautelares poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo se houver insubsistência das razões que as determinaram, e também poderão ser novamente decretadas, caso surja a necessidade.

Sendo assim, ao tempo que a provisionalidade é uma garantia valiosa ao indiciado, capaz de mantê-lo solto quando não subsistirem mais as causas de ocorrência de sua prisão, pode também gerar outras consequências, pois, uma vez presentes novas circunstâncias autorizadas, inevitável será a redcretação da prisão cautelar do imputado.

Ressalta-se que o desprezo a tal princípio em comento, direciona a uma prisão cautelar ilegal, não somente pela ausência de fundamento que a legitimem, mas também pela indevida apropriação do tempo do imputado.

2.1.4 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório caracteriza-se pela ciência bilateral sobre atos de um processo, considerando o aspecto da igualdade entre ambas as partes de uma lide, tendo em sua íntima característica a oitiva da parte contra a qual haverá proferimento de decisão, que desta forma, lhe será dada oportunidade de manifestação durante todos os atos procedimentais ocorridos no curso do processo.

O direito ao contraditório foi consagrado no instituto da prisão cautelar com a vigoração da Lei 12.403/1, previsto no § 3º do artigo 282 do Código Processual Penal, *in verbis*:

Art. 282. (...)

(...)

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

Observa-se que o legislador deixou claro que a observância do contraditório prévio não será necessária em duas situações: se houver urgência ou no caso de perigo de ineficácia da medida. Essas situações deverão ser analisadas concretamente em cada situação, sendo fundamental, portanto, decisão motivada do juiz. Caso haja contraditório prévio seja denegado, poderá o investigado ou réu se manifestar *a posteriori*, exercendo o contraditório diferido.

Dessa maneira, o indivíduo que apresentar a potencialidade de ter seus direitos restringidos ou sua liberdade privada, terá oportunidade de reunir elementos

que possam contraditar os fundamentos da medida, permitindo ao magistrado tomar uma decisão mais coerente.

2.1.5 Princípio da Excepcionalidade

Denominado de “caráter subsidiário da prisão cautelar”, estando presente no artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal, estatui que a apartação cautelar deve ser utilizada de maneira *ultima ratio*, tornando-se reservada para situações extraordinárias, em que as outras medidas cautelares sejam indevidas insuficientes.

Nessa linha, o artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal determina que as medidas cautelares devem atentar para a “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”.

A excepcionalidade ainda deve ser interpretada em conjunto com o princípio da presunção de inocência, pois qualquer medida restritiva, total ou parcial, da liberdade, antes do trânsito em julgado da condenação, deve ser excepcional e com caráter cautelar, sobretudo porque sempre existe o risco de vir o réu a ser absolvido.

Caso haja o enclausuramento provisório sem a presença primordial dos fundamentos e requisitos legais autorizadores, cabe a utilização do *habeas corpus* como uma garantia rápida e eficaz contra privações ilegais da liberdade ambulatorial do cidadão, assegurado como cláusula pétrea no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

2.1.6 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade é a base principal das prisões cautelares. Sabe-se que essas prisões estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal, sendo eles, o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos.

O artigo 282 do Código de Processo Penal é considerado a essência da sistemática cautelar, pois nele estão inseridas as premissas a serem aplicadas sobre todas as medidas cautelares. O mencionado artigo estatui quando e como será possível aplicar as medidas cautelares, trazendo o princípio da proporcionalidade

como aquele que busca o equilíbrio entre a eficiência da persecução penal e garantias do acusado.

O juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares ainda deverá se orientar por três aspectos, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação informa que a medida cautelar imposta ao indivíduo necessita ser materialmente adequada ao alcance do fim almejado. E para que o magistrado possa encontrar a medida cautelar mais adequada ao caso, deverá se atentar para as orientações dispostas no artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal, que são elas: a) a gravidade do crime, b) as circunstâncias do fato, e c) as condições pessoais do agente (analisando casos de maus antecedentes judiciais, reincidência e conduta social).

Em relação ao aspecto da necessidade, também conhecida como intervenção mínima, determina que caso exista uma das medidas alternativas à prisão, e se mostre igualmente habilitada a atingir o objetivo visado pelo Estado, ela deverá ser acolhida e adotada, para que assim os direitos fundamentais do réu sejam atingidos com menos intensidade.

Já a proporcionalidade em sentido estrito indica a necessidade de constatar, entre os valores que estão em conflito, qual deve prevalecer. Especificamente significa que o magistrado sempre deve atentar-se para a relação existente entre a condicional sanção cominada ao crime praticado, e aquela imposta em sede de medida cautelar.

A prisão cautelar, uma vez amparada pelo princípio analisado, será a última medida restritiva aplicada, de modo que o cerceamento da liberdade individual somente estará justificado quando, após uma apreciação judicial equilibrada e fundamentada, mostrar-se desacordante com o caso concreto qualquer outra medida cautelar pessoal.

2.1.7 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é observado sob dois aspectos. Para o primeiro, seria a necessidade de se analisar a forma estabelecida para cada prisão cautelar e o outro sentido aplicado ao princípio em comento refere-se à necessidade de que todas as prisões cautelares tenham previsão em lei e nos estritos limites impostos.

Nucci (2013, p. 619) aborda o assunto da seguinte forma:

Refletindo-se, com maior minúcia, sobre o sistema processual, constitucionalmente estabelecido, deve-se acrescentar e ressaltar que, no Brasil, a prisão de qualquer pessoa necessita cumprir requisitos formais estritos. Por isso, estabelece-se o seguinte: a) 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei' (art. 5º, LXI, CF); b) 'a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada' (art. 5º, LXII, CF); c) 'o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado' (art. 5º, LXIII, CF); d) 'o preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial' (art. 5º, LXIV, CF); e) 'a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária' (art. 5º, LXV, CF); f) 'ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (art. 5º, LXVI, CF); g) 'o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei' (art. 5º, LVIII, CF).

Nesse aspecto, verifica-se que há uma estreita correlação entre legalidade, jurisdicionalidade e devido processo legal, pois não existe prisão senão aquelas previstas na legislação, as quais serão decretadas ou homologadas pela autoridade judicial competente seguindo o *due processo of law*.

2.2 MODALIDADES DE PRISÕES CAUTELARES: PREVISÃO GERAL

A prisão cautelar, como já foi dito, com base principalmente no princípio da proporcionalidade, caracteriza-se como medida de exceção tratando-se de uma medida cautelar pessoal, específica do processo de natureza criminal.

É aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não tendo por objetivo a punição do indivíduo, mas sim impedir que venha impetrar novos delitos ou que a sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado.

Atualmente são três as modalidades de prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

2.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante delito, autorizada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, consiste em que qualquer do povo poderá prender quem se encontrar praticando um delito, e as autoridades policiais e seus agentes deverão por imposição legal prender quem estiver em flagrante delito. Encontra-se respaldo também no Código de Processo Penal nos artigos 301 a 310.

A autorização constitucional para a concretização de uma prisão cautelar sem ordem judicial decorre da legítima defesa da sociedade. Seria totalmente inviável e descabido que diante de um fato criminoso iminente tivesse que aguardar providência da autoridade judiciária.

Segundo o Código de Processo Penal em seu artigo 302, o flagrante delito pode significar que a pessoa está cometendo um crime no momento da prisão; acabou de cometer um crime; é perseguida logo após ter cometido um crime ou ainda é encontrada logo depois de um crime com objetos que façam crer que ela foi a autora.

Vale ressaltar que o entendimento majoritário, em razão do que se encontra disposto em lei e em face de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, apontam três classificações para o flagrante, são elas: flagrante facultativo e coercitivo; flagrante próprio, impróprio e presumido e flagrante forjado esperado, preparado ou provocado e retardado ou diferido.

Ao dispor que qualquer pessoa pode efetuar a prisão em flagrante, o artigo 301 do Código de Processo Penal estabelece o chamado flagrante facultativo. Já no caso de a prisão efetuada pela autoridade policial e seus agentes, o flagrante é o coercitivo, estando esses no estrito cumprimento do dever legal.

O flagrante próprio está configurado nos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal, assim encontra-se nesse tipo de flagrante quem está cometendo a infração ou quem acabou de cometê-la.

No inciso III do artigo 302 do Código de Processo Penal está discriminado o flagrante impróprio que possuem três elementos constitutivos, sendo eles: a) o elemento volitivo, ou seja, a vontade de perseguir; b) o elemento temporal, e c) o elemento fático, já que o indivíduo necessita estar em circunstância que faça presumir que ele é o autor da infração.

Já o flagrante presumido encontra-se presente no inciso IV também do artigo 302, e possui apenas dois elementos, o elemento temporal e o elemento fático, caracterizado pela posse do objeto por parte do indivíduo que faça presumir a autoria da infração.

Sobre o flagrante forjado, entende-se que configura como fato atípico, a conduta imputada ao preso jamais ocorreu, tendo sido forjada por quem o prendeu.

Fala-se de flagrante esperado quando os agentes policiais ou qualquer outra pessoa, tomando ciência da futura ocorrência da infração, dirigem-se àquele local para ali efetuar a prisão.

Em relação ao flagrante preparado ou provocado, a Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal cuidou em tratar sobre ao afirmar: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Nesse tipo de flagrante o que ocorre é que alguém, de forma insidiosa, provoca o agente para que esse pratique determinado crime, para que durante o cometimento, efetue-se a prisão.

A última espécie de flagrante é o chamado flagrante retardado, previsto na Lei nº. 12.850/13, nessa modalidade ocorre o retardo na captura de forma viabilizar uma maior colheita de provas ou prender o máximo de envolvidos.

O flagrante, de uma maneira geral, é caracterizado por quatro etapas, quais sejam: a captura, a condução, a formalização e a judicialização.

Ocorrendo a captura, o preso deve ser conduzido à delegacia de polícia mais próxima, onde haverá a oitiva dos policiais condutores, por parte do delegado de polícia, e após esses, serão ouvidas as testemunhas, se houver, e caso não haja, assinarão o auto de prisão em flagrante duas testemunhas que tenham presenciado a entrega do preso à autoridade policial. Somente após isso, ao preso é dado o direito de falar, para em seguida ser formalizado o flagrante.

Formalizado o flagrante, o preso deverá ser conduzido, sem demora, à presença do juiz para que seja realizada a Audiência de Custódia, atual exigência do Conselho Nacional de Justiça, para decidir acerca da possibilidade de pôr em prática o disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal: relaxar a prisão, se ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, caso os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal estejam presentes, ou aplicar medidas cautelares alternativas; conceder liberdade provisória com fiança; conceder liberdade provisória sem fiança.

2.2.2 Prisão temporária

Encontra-se prevista na Lei nº 7.960/89, e em seu artigo 1º já menciona as hipóteses de cabimento. Trata-se da modalidade de prisão cautelar voltada à garantia da eficiência da investigação policial, quando no contexto de determinados crimes graves.

Exige-se, para a sua decretação, a associação de, pelo menos, dois dos seguintes elementos previstos no artigo 1º da lei anteriormente mencionada, a ocorrência de um dos delitos descritos no inciso III (homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, associação criminosa, genocídio, tráfico ilícito de drogas, crimes contra o sistema financeiro), cominado com imprescindibilidade para a investigação policial (inciso I), ou com falta de identidade certa ou residência fixa do investigado (inciso II).

Essa prisão será decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação da autoridade policial e nesse caso, antes de decidir o magistrado deverá ouvir o Ministério Público.

Tem por prazo o período de cinco dias, prorrogáveis por igual período, e, caso esteja diante de um crime hediondo ou equiparado o prazo é maior, sendo de trinta dias, prorrogáveis também por igual período. Importante aduzir que essa prisão dispensa o alvará de soltura, após o fim do prazo, o preso será imediatamente colocado em liberdade.

2.2.3 Prisão preventiva

A legitimidade dessa prisão encontra respaldo no artigo 311 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

Frisa-se que, com as alterações efetuadas pela Lei nº 12.403/2011, não é mais possível que o juiz decrete a prisão preventiva de ofício em fase de inquérito ou em outra investigação criminal.

O Código de Processo Penal em seu artigo 312, ainda determina os motivos que justificam a realização da prisão preventiva, sendo eles: a garantia da ordem pública; a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei, caracterizando o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*; e quando houver prova e indício suficiente da autoria do crime, configurando o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti*.

Dessa forma, para a decretação dessa prisão não basta a presença do *fumus boni iuris*, devendo o magistrado indicar ainda quais os elementos fáticos presentes nos autos que indicam a presença de uma ou até mais de uma hipóteses de *periculum libertatis*.

Outro aspecto importante sobre essa modalidade de prisão é que não mais a admite em crimes cuja pena máxima *in abstracto* não exceda quatro anos, com exceção no caso de reincidência, por estar ausente o requisito da legalidade.

No mais, adverte-se que a prisão preventiva é *rebus sic stantibus*, ou seja, dura enquanto durar o estado das coisas. Portanto, caso desapareçam os motivos que ensejaram sua decretação, deverá ser revogada.

2.3 ÍNDICES ATUAIS DE PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL

Com o objetivo do judiciário realizar um esforço concentrado para analisar os processos de presos que tramitam nas Varas de Execução Penal dos tribunais de justiça do país para que, de certa forma, a crise no sistema carcerário brasileiro seja combatida, foi realizada uma reunião em janeiro de 2017 entre a Ministra e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, e os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Nessa ocasião, após a exposição da realidade dos Estados, quanto ao sistema penitenciário local, ao número de presos condenados e provisórios, foi firmado compromisso pelos Presidentes dos Tribunais no sentido de imprimir celeridade no julgamento dos processos de presos provisórios, por se tratar de matéria afeta à competência e responsabilidade do Poder Judiciário.

Para alcançar o objetivo proposto foi acordado que seriam colhidas as informações quanto ao número de presos provisórios, e elaborado um plano de ação para acelerar o julgamento dos processos de réus presos, com prazo de duração de 90 dias e encaminhamento dos resultados ao Conselho Nacional de Justiça.

Conforme foi acordado, os Presidentes dos Tribunais apresentaram relatório conclusivo contendo parte das informações comparativas da situação prisional existente em 17.01.2017 e em 20.04.2017.

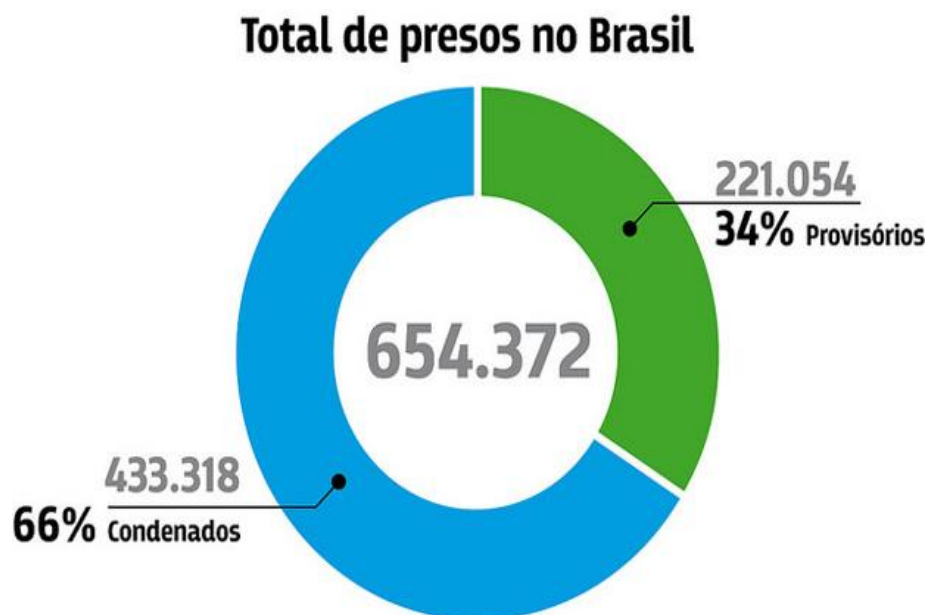
De acordo com o levantamento de informações requeridas, os dados relativos à ação de esforço concentrado podem ser sintetizados conforme os gráficos e figuras a seguir:

Figura 1 – Balanço de janeiro a abril de 2017 de presos provisórios no Brasil



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Choque de Justiça. Reunião Especial de Jurisdição

Diante disso, estima-se que existam em média 654.372 presos no Brasil, onde 433.318 correspondendo a 66% são presos já condenados e 221.054, ou seja, 34% são presos provisórios.

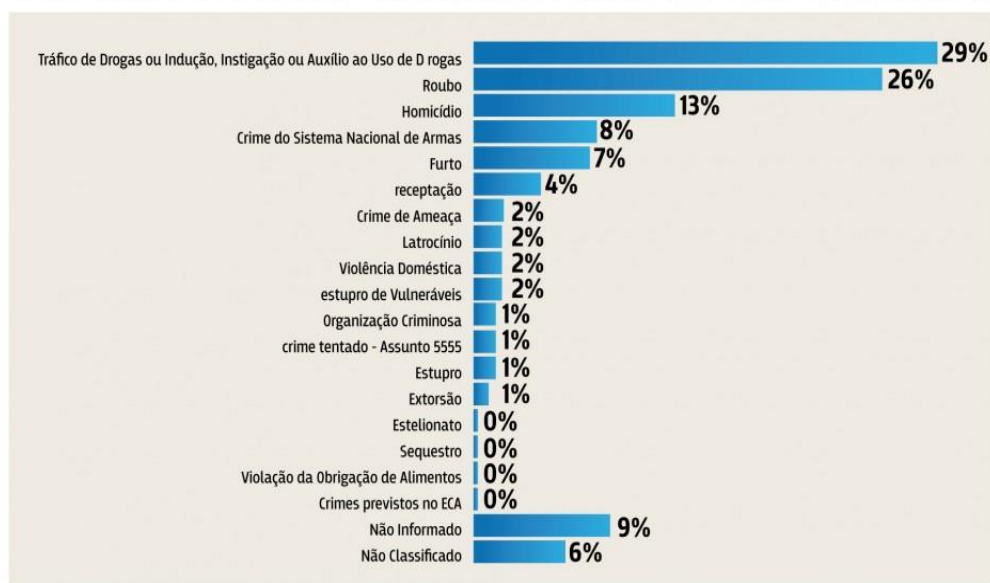
Gráfico I – Total de presos no Brasil

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Choque de Justiça. Reunião Especial de Jurisdição

Entre os crimes mais praticados por presos provisórios estão os crimes relacionados a drogas (tráfico ou indução, instigação ou auxílio ao uso), roubo e homicídio, conforme demonstra o gráfico a seguir:

Gráfico II - Percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado

PERCENTUAL DE PRESOS PROVISÓRIOS POR TIPO DE CRIME PRATICADO



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Choque de Justiça. Reunião Especial de Jurisdição

Isto posto, observa-se que a população carcerária brasileira possui índices alarmantes e que uma parte significativa desta é composta por presos provisórios, ou seja, ainda não condenados definitivamente.

É certo que diante dessa situação é necessário que algumas medidas sejam tomadas, a fim de tentar reverter tal quadro, e agilização dos processos é uma dessas. Cediço lembrar que não é coerente e muito menos viável que se tome medidas de políticas descabidas e inconsequentes visando o desencarceramento em massa.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ASPECTOS RELEVANTES

A polêmica e muito discutida Audiência de Custódia, foi introduzida no nosso sistema jurisdicional através da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, consistindo na apresentação do indivíduo preso em flagrante delito à autoridade judicial no prazo de 24 horas, sem prejuízo de prosseguimento do processo. Sob o argumento que, através desta, os direitos fundamentais da pessoa presa, resguardados pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, serão respeitados.

Dentro do espaço de tempo da audiência serão examinadas eventuais ocorrências de maus-tratos ou torturas, dentre outras irregularidades, e a prisão será analisada sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação de sua continuidade ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares.

Decerto que um instituto novo e capaz de modificar uma série de aspectos no contexto jurídico, merece efetivo destaque e conseqüentemente uma análise coerente e apreciada de seus principais pontos.

3.1 CONCEITO E PREVISÃO NORMATIVA NO PACTO INTERNACIONAL DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Primeiramente, antes de apresentar o conceito propriamente dito de Audiência de Custódia se faz oportuno definir a expressão “custódia”. Assegura Camargo (2015, p. 57) que “custódia é a ação de guardar, de proteger, podendo significar detenção, prisão, vigilância”.

Nesses termos, compreende-se que custódia é o estado de quem é preso pela autoridade policial para averiguações, ou conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção.

Já a Audiência de Custódia, como o próprio Conselho Nacional de Justiça descreve, consiste em que o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas, acompanhado de seu advogado ou de um defensor público.

Nessa audiência, o autuado será ouvido pelo magistrado, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em

prisão preventiva, como também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e ainda adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão.

Á visto disso, ao invés de ser enviado para o juiz apenas o auto de prisão em flagrante enquanto o imputado é encaminhado ao presídio, o imputado deverá ser apresentado pessoalmente ao magistrado.

Na visão de Nucci (2016, p. 1), a Audiência de Custódia é definida como:

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento.

Já para Lopes Júnior (2014, p. 1):

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, *sem demora*, à presença de um juiz para que nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e necessidade da prisão.

Paiva (2015, p. 1) assegura que o conceito consiste em:

(...), na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou de tortura.

Diante dos conceitos expostos, nota-se que sobre o conceito em si do abordado instituto não apresenta divergência de pensamentos, diferentemente de outros aspectos relativos ao tema.

Sobre sua previsão normativa, a base legal conta como fonte principal tratados internacionais de proteção de direitos humanos, que são o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos-PIDCP, e especialmente a Convenção

Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

O Pacto de São José da Costa Rica foi assinado no ano de 1969 e trata-se de uma convenção internacional entre os países integrantes da Organização de Estados Americanos-OEA e tem por escopo instituir os direitos fundamentais da pessoa humana, tratando também das garantias judiciais, visando assegurar que os países que o ratificaram respeitem o devido processo legal e seus princípios, e desta forma, garantir o estabelecimento do regime de liberdade pessoal e justiça social, propiciando assim, a dignidade da pessoa humana.

O aludido pacto foi deveras ratificado em 06 de novembro de 1992, através do Decreto nº 678, quatro anos após a promulgação da Constituição da República no Brasil, a partir de então, o país restou-se signatário.

Dispondo sobre a Audiência de Custódia, mesmo sem efetivamente utilizar tal termo, o artigo 7, item 5 do Pacto de São José da Costa Rica aduz:

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

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entrou em vigor no país no ano de 1992, e também estabelece que:

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

Vale lembrar que as normas de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata, sendo que o Estado possui a obrigação de assegurar que um direito seja protegido.

Entretanto o que não se entende é o porquê que só depois de mais de vinte anos o judiciário brasileiro percebeu que o Brasil “descumpre” o que reza o

texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e só agora seguir “à risca”, de maneira inconsequente, sem qualquer preparo, tudo o que rege a referida convenção no tocante a Audiência de Custódia, revelando-se um verdadeiro déficit do Poder Judiciário nacional de mais de duas décadas de mora no reconhecimento dos Direitos Humanos dos cidadãos brasileiros.

3.2 INTERPRETAÇÃO NACIONALIZANTE CONFERIDA AO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E APLICABILIDADE NO REGIME JURÍDICO PÁTRIO

É sabido que a Audiência de Custódia não encontra respaldo no compilado de leis brasileiras, inexistente norma que trate especificamente sobre essa medida no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudado instituto fora regulamentado por intermédio da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213 de 2015, dando aplicabilidade ao artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e ao artigo 7º, item 5 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, essa aplicabilidade deriva-se do fato que tratados internacionais de direitos humanos têm natureza supralegal, estando abaixo da Constituição Federal, mas acima de toda e qualquer lei.

Em face justamente dessa inexistência de regramento jurídico próprio que verse sobre a Audiência de Custódia, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou o Projeto de Lei nº 554/2011, o qual em 30 de novembro de 2016 foi aprovado pelo Senado Federal e encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde visa à alteração do Código de Processo Penal, à medida que propõe a inserção da Audiência de Custódia à política criminal nacional, através da alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal, propôs o relator então, a seguinte redação:

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

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania-CCJ do Senado, o Senador Randolfe Rodrigues ficou a cargo da relatoria e se manifestou pela aprovação do Projeto, propondo o seguinte substitutivo:

Art. 306:

(...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o § anterior, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará exclusivamente sobre a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Seguidamente, o Projeto de Lei foi conduzido a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, onde o relator da matéria, Senador João Capiberibe, concluiu pela aprovação na forma da Emenda Substitutiva por ele apresentada.

Logo foi proposta a inclusão da Audiência de Custódia através da alteração do artigo 282 do Código de Processo Penal, afim de que o instituto fosse aplicável a qualquer modalidade de prisão, mas, ao final, apresentou o seu Relatório, nos termos da proposta do Senador Randolfe Rodrigues, qual seja, a alteração no artigo 306 do Código de Processo Penal, tendo a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa aprovado, em 18 de setembro 2013, por unanimidade.

Após transitar pela Comissão de Assuntos Econômicos da Casa, onde foi aprovado por unanimidade, retornou à CCJ para que fosse apreciada a proposta do

Senador Francisco Dornelles – substitutivo nº 1 – no sentido de que audiência pudesse ser realizada “por videoconferência”, tendo em seu justificado essa necessidade tendo em vista que o deslocamento de presos coloca em risco à segurança pública, à segurança institucional e, inclusive a segurança do próprio preso.

O Relator Senador Humberto Costa no dia 6 de agosto de 2014 apresentou o seu relatório, com voto pela aprovação do Projeto, e pela rejeição da Emenda veiculada pelo Senador Francisco Dornelles.

Em seguida da juntada de notas técnicas e de manifestações associativas e toda análise devida, o Relatório recebeu parecer favorável, na forma do Substitutivo apresentado e das emendas de nº 1, 2, 5, 11 e 13, em turno suplementar. Com isso, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 encontra-se, até o presente momento, com a seguinte redação:

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

Art. 304 (...)

§ 5º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante seu interrogatório policial, podendo-lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade policial que presidir o ato.

§ 6º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou por médico nomeado pela autoridade policial, preferencialmente da rede pública de saúde.

§ 7º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, proceder-se-á na forma do art. 306 deste Código, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Observa-se, dessa forma, que não apenas o artigo 306 do Código de Processo Penal foi passível de análise e de proposta de alterações, como dispôs a ideia inicial do projeto, o artigo 304 do mesmo diploma legal também foi acrescido de inovações, para que assim, na visão dos senadores, a Audiência de Custódia ganhe embasamento no sistema jurídico nacional.

Já os acréscimos à redação do artigo 306 do Código de Processo Penal dispostos no projeto de lei aduzem, na íntegra, que:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz

competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, quando o autuado não indicar advogado, e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º

Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial encaminhará o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo estabelecido no § 1º, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, a respectiva capitulação jurídica e os nomes do condutor e das testemunhas.

§ 3º Caso haja alegação de violação aos direitos fundamentais do preso, a autoridade policial, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, determinará, em despacho fundamentado, a adoção das medidas cabíveis para preservar a integridade do preso, bem como a apuração das violações apontadas, instaurará de imediato inquérito policial para apuração dos fatos e, se for o caso, requisitará a realização de perícias e exames complementares e determinará a busca de outras fontes de prova cabíveis.

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

§ 5º Antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado para garantir a confidencialidade, devendo ser esclarecidos por funcionário credenciado os motivos e os fundamentos da prisão e os ritos aplicáveis à audiência de custódia.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público – que poderá requerer, caso entenda necessária, a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão –, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§

7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado – ou, se o preso não tiver ou não indicar advogado, na de defensor público – e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 7º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 9º É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

§ 10. O prazo previsto no § 4º para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para, no máximo, 72 (setenta e duas) horas, mediante decisão fundamentada do juiz, em decorrência de dificuldades operacionais da autoridade policial.

§ 11. Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de

transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no § 10. § 12. Quando se tratar de organização criminosa, nos termos definidos pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a autoridade policial poderá deixar de cumprir os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 10, desde que, dentro daqueles prazos, designe, em acordo com o juiz competente, data para a apresentação do preso em no máximo 5 (cinco) dias. § 13. Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso, quando de sua apresentação, no prazo estabelecido no § 4º, a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinará sua juntada aos autos, retornará com o preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça. § 14. Na hipótese do § 13, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente à data constante do recibo, devendo a autoridade custodiante ou a autoridade policial, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada. § 15. Em caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal determinará a seus agentes que conduzam o preso ao juízo de direito do local de lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, que serão encaminhados ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.” (NR) Art. 2º Esta Lei entra em vigor: I – na data de sua publicação, nos Municípios que forem sede de comarca; II – após decorridos 12 (doze) meses de sua publicação oficial, nos demais Municípios.

Analisando o Projeto de Lei, verifica-se que a justificativa para a apresentação da referida proposta baseia-se na inexistência de previsão expressa quanto ao procedimento no ordenamento jurídico pátrio e a adequação da legislação brasileira a tratados internacionais das quais o país já é signatário. E em especial no artigo 306 do Código de Processo Penal, anteriormente mencionado, apresenta exhaustivamente todo contexto e a maneira a qual a audiência necessita ser implantada.

Diante da natureza jurídica dada aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, decidiu-se, mesmo após mais de duas décadas, interpretar a Audiência de Custódia de uma maneira nacionalizante, de forma que ela viesse a ser aplicada no país. Portanto, enquanto o regime jurídico brasileiro não dispõe de regulamentação própria, a audiência em comento continuará sendo regida por disposições internacionais.

3.3 DINÂMICA PROCEDIMENTAL

Destaca-se que é de suma importância a análise da dinâmica procedimental, que ao menos na teoria, rege a Audiência de Custódia para que assim, uma visão mais ampla do instituto seja atingida. Antes dos atos da audiência em si, se faz relevante recordar os atos anteriores.

Primeiramente, após a prisão em flagrante delito ocorre apresentação do autuado preso à autoridade policial, e assim é formalizado o Auto de Prisão em Flagrante (APF), sendo depois marcada a apresentação do autuado ao juízo, conforme pauta pré-fixada, salienta-se que o advogado constituído é intimado desse ato.

Após, o preso é encaminhado para a realização de exame clínico e de corpo de delito e ao realiza-los é conduzido ao centro de detenção provisória para aguardar a apresentação em juízo.

Logo em seguida o Auto de Prisão em Flagrante é protocolizado e ocorre a apresentando do detido em Juízo, ressalta-se que esse documento é digitalizado e juntado a certidão de antecedentes criminais, sendo essa liberada para consulta pelas partes na audiência.

Ao preso é assegurado um atendimento prévio e reservado com seu defensor, em local apropriado para garantir a confidencialidade da entrevista. Um funcionário credenciado explicará ao preso os motivos, os fundamentos e os ritos que versam a audiência de custódia.

A audiência será realizada na presença do Ministério Público e do defensor público ou advogado particular, sendo vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação. A autoridade judicial esclarecerá ao preso qual a finalidade do ato; assegurará que não esteja algemado, salvo em casos excepcionais justificados por escrito; advertirá sobre o direito ao silêncio; indagará sobre a ciência e efetiva oportunidade de exercer os direitos constitucionais inerentes a sua condição e ao Ministério Público será dado o direito de manifestar-se.

Posteriormente, o magistrado procederá na entrevista ao detido, onde indagará sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão; perguntará sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando ainda sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e

adotando as providências cabíveis. Será verificado também se houve realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização caso não tenha sido realizado, seja insuficiente ou haja alegação de tortura ou maus tratos por parte dos agentes policiais.

Ao magistrado fica proibido o direito de formular perguntas com o intuito de produzir algum tipo de prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante. Deverá ainda ser analisado a hipótese de gravidez (no caso da autuada), existência de filhos ou outros dependentes dos cuidados do detido e histórico de doença grave e dependência química, se for o caso.

Posterior manifestação do Ministério Público e oitiva do autuado, à defesa técnica é passada a palavra, para que essa formule perguntas compatíveis com a natureza do ato, vedada indagações sobre o mérito dos fatos.

Posteriormente a todas as oitivas, o magistrado pronunciará sua decisão. Caso decida que se sustentam as razões para o flagrante, o Ministério Público também pode se manifestar pelo requerimento da prisão preventiva ou pela aplicação de medidas cautelares, ou ainda pode acolher as razões eventualmente formuladas pela autoridade policial. Depois, caberá à defesa se manifestar acerca dos pedidos formulados pela acusação, sendo que caso não existam pedidos formulados por esta, o juiz não pode decretar de ofício, em respeito ao dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal, visto que não existirá, nessa hipótese, um processo.

Por fim, havendo requerimentos da acusação, o juiz irá decidir, fundamentadamente, sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, e, só se averiguar que elas são insuficientes e inadequadas para o caso, irá decretar a prisão preventiva.

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e serão aplicadas de acordo com sua real adequação e necessidade ao caso, sendo estipulados prazos certos para cumprimento e reavaliação das mesmas.

O acompanhamento dessas medidas ficará a cargo das Centrais Integradas de Alternativas Penais, estruturadas preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual às quais também cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada

caso. O magistrado deverá, ainda, garantir aos presos em flagrante o direito à atenção médica e psicossocial.

A monitoração eletrônica prevista no artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal só será permitida em casos excepcionais, quando outras cautelares menos gravosas não forem suficientes e se outros requisitos forem atendidos, como o cometimento de crime doloso com pena máxima superior a quatro anos, se o preso tiver condenação definitiva por outro crime doloso em período inferior a cinco anos, ou estiver em cumprimento de medida protetiva de urgência pela prática de crimes de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Nos casos em que o preso denunciar que foi vítima de tortura ou maus tratos por parte dos agentes estatais, as informações como nomes dos agressores, local, data e descrição dos atos, o método utilizado e a menção das lesões sofridas, serão registradas, sendo determinadas providências para apuração pela autoridade judicial.

Insta ressaltar, que conforme o próprio Conselho Nacional de Justiça e todos os outros defensores do instituto, a Audiência de Custódia não poderá se proceder na forma de interrogatório, não podendo, portanto, discutir o mérito da prisão. Será apenas uma espécie de entrevista, buscando assegurar os direitos e garantias que o preso possui, além de verificar a legalidade da prisão.

3.4 FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

À luz do que dispõe o Conselho Nacional de Justiça e inúmeros defensores da debatida Audiência de Custódia a sua finalidade é assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública, através da garantia da presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Afirmam, os defensores, que essa medida evita prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros, e através dela ainda é permitido conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura

por parte dos policiais. Explicitam também que o contato físico do autuado com o magistrado garante mais humanidade aos atos procedimentais, rompendo a barreira fria do papel.

Entretanto, é interessante analisar de uma maneira mais racional a aplicação do instituto abordado com todos os seus pontos maléficos e a falta de estrutura e coesão que o rodeia, pois uma coisa é a busca e efetivação dos direitos humanos, outra coisa é toda a sociedade ser preterida para que se garanta essa efetivação.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS OU FUGA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?

A Audiência de Custódia como um novo instituto introduzido na realidade jurídica brasileira, inegavelmente atrai defensores, que, por sua vez, apontam pontos positivos em relação a implementação desse instituto.

O primeiro ponto positivo alegado é a eventualidade da audiência de custódia operar como mecanismo garantidor da *ultima ratio* da prisão cautelar, fornecendo ao magistrado a oportunidade de decidir medidas alternativas ao encarceramento, evitando prisões que, caso fossem decretadas sem a presença física do autuado, revelar-se-iam indevidas. Justificado assim, o pensamento de Lopes (2014, p. 55) no sentido de que:

A excepcionalidade da prisão cautelar se justifica porquanto o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente, pois ainda não condenado por sentença definitiva, é altíssimo, ainda mais no precário e medieval sistema carcerário brasileiro.

Em termos práticos, defende-se que essa possibilidade de aplicar medidas alternativas à prisão, além do contato físico entre juiz e o autuado, reduziria o número de presos provisórios, auxiliando na diminuição da superlotação carcerária. Argumento utilizado por Lopes e Paiva (2014, p. 01) onde afirmam que:

Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um *encontro* do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Desta feita, alegam que a realização da audiência teria o condão de humanizar e antecipar o contato do preso com o magistrado que, frente a frente com o autuado, teria maiores condições de decidir, de forma justa, questões atinentes ao seu *status libertatis*. Além do mais, defendem que através dessa audiência é exequível a constatação de abusos físicos ou psíquicos cometidos pelos agentes policiais contra os detidos.

Nesse sentido, corrobora Toscano Júnior (2015, p. 01):

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa.

Dessa maneira, a partir dos principais pontos positivos que compõem a visão dos defensores da Audiência de Custódia, constata-se que a preocupação maior reside na superlotação carcerária em que a realidade brasileira está inserida, e assim, vedam-se os olhos para a criminalidade e impõe uma medida tida como “solução para todos os males” do defasado sistema prisional.

4.1 FALHAS NA APLICABILIDADE DEVIDO A INSUFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO ESTADO

O Conselho Nacional de Justiça- CNJ ao prever e implementar a Audiência de Custódia não considerou diversos empecilhos para que a realização dessa medida fosse da maneira correta e adequada, e o Projeto de Lei nº 554/2011 caminha pelo mesmo viés.

É incontestável que a apresentação do detido ao magistrado subordina-se a prévias condições administrativas e do cumprimento de ritos processuais. É necessário que exista um juiz disponível, que um promotor também se faça presente, além de um escrivão, policiais e outros servidores envolvidos na realização da audiência.

Ao ser estabelecido o prazo de 24 horas para que o preso seja apresentado ao magistrado competente, acredita que esqueceram daquelas comarcas que contam apenas com juízes substitutos ou auxiliares, muitas vezes estando presentes uma ou duas vezes no decorrer da semana.

Então, como proceder com a Audiência de Custódia nesse tipo de comarca? Como superlotar juízes com mais funções, sendo eles responsáveis por um infindável número de processos das mais diversas naturezas? E se caso por motivo de falta de magistrado naquele determinado dia em que o prazo se esgotar, o detido for submetido só depois ao procedimento da audiência, estaria assim respeitando a resolução do CNJ ou seria considerado causa de nulidade processual,

provocando o relaxamento em massa de prisões em flagrante aumentando o descrédito do judiciário perante a sociedade?

Aponta-se também que para o transporte diário de presos ao fórum necessitará de mais demanda de recursos financeiros e humanos, e sabe-se que esses atualmente estão escassos.

Ademais, o contingente policial precisa ser de um número considerável, já que parte dos policiais estará escoltando aqueles detidos conduzidos à Audiência de Custódia e outra parte, por óbvio, precisa exercer sua atividade-fim para garantir a segurança da sociedade. Diante disso, Pellegrini (2016, p. 1) expõe:

A escolta de custodiados é, de fato, outro problema crônico enfrentado por todas as esferas de governo. O efetivo policial, seja ostensivo ou de caráter judiciário, encontra-se escasso para atender todas as demandas. A área federal é ainda mais crítico, pois setores como o planejamento operacional, acumulou a função de execução da audiência de custódia, com cumprimento de capturas, mandado de intimações e escolta regulares de presos para as audiências comuns. Não é apenas uma questão de organização policial ou de caráter logístico, é, de fato, uma questão de recursos humanos e materiais [...].

Apesar dos problemas mencionados e a consciência de que esses deveriam ter soluções, é imprescindível limitar-se à realidade econômica do Brasil, na qual se torna inconsequente e impossível o aumento repentino e vultuoso no número de juízes, servidores e policiais, além da formação de toda uma estrutura física para que seja possível o funcionamento da Audiência de Custódia na forma que ela foi originariamente concebida.

E diante dessa problemática, Cunha (2016) apud Lamas (2016, p. 01) retrata:

O sistema é um fracasso, nada foi construído, tudo nos foi imposto, foi uma decisão que veio de Brasília sem observância de como a gente trabalha, se nós temos estrutura ou não para abarcar mais essa responsabilidade. E o sistema não teve condições de atender.

É fato que o projeto Audiência de Custódia foi imposto sem nenhum estudo prévio e viável das condições do judiciário brasileiro, tornando-se assim utópica a sua plena instalação. Porém, o Estado não pode, ao menos em tese, impor uma lei/norma com a qual descumprirá em consequência de não dispor de estrutura

para suportá-la, correndo o risco, assim, dessa norma virar letra morta e consequentemente estar fadada ao fracasso.

4.2 OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO EM DECORRÊNCIA DA CONTAMINAÇÃO DO JUIZ

O sistema acusatório, adotado majoritariamente no Brasil, é marcado pela distinção entre os papéis de acusar, defender e julgar, sendo assim, pessoas distintas assumirão cada função. Nesse tipo de sistema, haverá um órgão julgador imparcial e equidistante, e partes em igualdade de condições, sobrepondo-se àquele.

Dessa maneira, o juiz deve se manter afastado dos fatos que estão sendo investigados, para que assim sua seja imparcialidade seja preservada. Entretanto, na Audiência de Custódia acontece exatamente o contrário, o magistrado que instruirá e julgará eventual processo criminal a ser instaurado tem um contato direto e pessoal com o preso em flagrante delito. Com esse contato, sem dúvida, o magistrado se contaminaria postos à sua apreciação na audiência.

Não é difícil de vislumbrar a possibilidade de um autuado em flagrante que, mesmo diante da falta de indícios, confessa a atividade delitiva e no momento de instrução, a ausência de indícios suficientes de confirma e o acusado nega todos os fatos e até mesmo o conjunto probatório. Nesse caso, o encargo decisório do magistrado, já tendo possuído contato com a confissão do acusado, muito provavelmente se tornará mais complexo.

Já imaginando esse defeito em relação ao sistema acusatório, o legislador incluiu no Projeto de Lei nº 554/2011 disposição que visa limitar o objeto da audiência de custódia assim, o conteúdo do depoimento do preso que tenha fatos relativos a prisão e eventuais ocorrências de abuso serão atuadas em apartado, sem a possibilidade de serem utilizadas como meio de provas.

Todavia, deve-se recordar o status de 'ser humano' que o magistrado possui e que mesmo com essa disposição da limitação do objeto de análise não é capaz de impedi-lo de realizar um juízo prévio de valor, principalmente em decorrência da lamúria dos detidos. Assim, muitas vezes a convicção formada poderá acompanhá-lo durante todo o processo, guiando-o ao tomar decisões equivocadas.

Outrossim, a partir da convicção íntima de que o acusado é o autor do crime, o magistrado explorará todos os meios de provas possíveis, até mesmo aqueles elementos informadores produzidos no inquérito policial, sem o devido contraditório, para lastrear eventual sentença condenatória.

Desta feita, para que efetivamente evitasse a contaminação do juiz na audiência de custódia, um possível caminho a ser seguido seria o de criação de um “Juiz de Garantias”, por sorte, já existe o Projeto de Lei nº 156/09, do Senado Federal, que atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados, que institui o Novo Código de Processo Penal, que traz justamente a figura do Juiz das Garantias em seu artigo 14, que dispõe: “Art. 14. 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[...].”

Assim vislumbra-se a existência de dois magistrados distintos atuando no processo: um na fase pré-processual, e outro após a propositura da ação penal. Solucionando, ao menos na teoria, o infortúnio da imparcialidade que afetaria o juiz prolator da sentença.

Lopes (2014, p. 60) apresenta que:

As figuras do Juiz da instrução e do Juiz das garantias não se confundem. Enquanto o primeiro colhe e faz um juízo de valor do conjunto probatório obtido na instrução processual penal, o segundo atua como instância judicial de controle da legalidade dos atos de investigação.

O intuito dessa duplicidade de juízes é evitar que o juiz que participou da investigação realize um juízo tendencioso que procure a confirmação de sua teoria obtida na fase pré-processual, ao prolatar a sentença.

Contudo, enquanto não há atuação de dois magistrados na Audiência de Custódia, sendo assim o sistema acusatório ignorado e um juiz contaminado, esse instituto se apresenta, mais uma vez como uma medida inconsequente e sem observância de aspectos importantes para a sua real efetivação.

4.3 O DESRESPEITO À FORMAÇÃO HÍBRIDA DO DELEGADO DE POLÍCIA E A DESVALORIZAÇÃO DE TODO CONTINGENTE POLICIAL

Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Penal e no artigo 144, §4º da Constituição Federal, encontra-se a autoridade competente a quem o preso deve ser apresentado para lavratura do auto de prisão em flagrante e demais medidas correlatas, essa autoridade mencionada trata-se do delegado de polícia, que é componente do sistema de persecução penal.

Relevante aduzir que para a ocupação do cargo de delegado de polícia, necessário se faz a formação acadêmica no curso de direito, de acordo com o artigo 3º da Lei nº 12.830/13, e ainda no caso de cargo de delegado federal, há exigências semelhantes para ingresso na magistratura, além do título de bacharel em Direito, necessita de pelo menos três anos de comprovada atividade jurídica.

Afinal, é o delegado quem tomará decisões que demandam conhecimento eminentemente jurídico, como por exemplo, a tipificação o crime de acordo com a situação apresentada, aplicação de majorantes e qualificadoras, arbitramento ou não de fiança, dependendo do caso concreto, quando homologa a prisão em flagrante e determina o recolhimento do conduzido à prisão ou quando promove o indiciamento, esse último se reveste das mesmas características de decisão judicial.

De acordo com o artigo 2º, §6º da Lei nº12830/13, *in verbis*: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Observa-se assim que o delegado de polícia, exerce funções tipicamente judiciais. Nesse aspecto, o delegado Sannini Neto (2016, p. 1) expressa:

[...] tendo em vista que ao delegado de polícia foi atribuído pela lei e pela Constituição um poder decisório, apto a restringir direitos fundamentais e, da mesma forma e com a mesma intensidade, assegurá-los, é inegável que estamos diante de uma carreira jurídica. Como decretar a prisão em flagrante de uma pessoa sem dominar o conceito jurídico de crime e todos os institutos que influenciam na sua caracterização?!

Sendo assim, se a própria Lei Maior atribui ao delegado uma atuação com viés jurídico, não há como negar que sua formação é híbrida, tanto jurídica quanto

policial. A essência policial não se restringe aos aspectos operacionais da função, mas, sobretudo de técnicas que viabilizem a identificação de fontes aptas ao esclarecimento do delito.

Além do que, com a formação jurídica que o delegado necessita ter, é garantido que a apuração de crimes aconteça sem violação de lei ou direitos, sem ainda possível as provas e elementos informativos produzidos na fase de persecução penal possam subsidiar a ação penal.

Nesses moldes, se é justamente o delegado de polícia a autoridade competente para a primeira decisão sobre a ocorrência criminal, seria desnecessário que o preso fosse apresentado a um juiz no prazo de 24 horas. Não se pode olvidar que o delegado é o primeiro garantidor dos direitos fundamentais da pessoa detida e possui conhecimento jurídico suficiente para isso.

Percebe-se que os tratados internacionais, determinantes para que se argumentasse a necessidade de implantação da Audiência de Custódia no Brasil, ao empregarem a expressão “outra autoridade” resta claro que de fato a obrigatoriedade de apresentar o detido exclusivamente ao juiz não existe, pois se a intenção dos tratados fosse realmente essa, não ter-se-ia mencionado tal expressão, provavelmente teria encerrado na expressão “juiz”, sem abrir nenhum precedente para que se falasse em outra autoridade competente.

Dessa maneira, analisa-se que o Brasil não está descumprindo o que dispõem os tratados, uma vez que o texto é claro ao estabelecer que o preso deva ser encaminhado ao juiz ou outra autoridade prevista em lei que lhe faça as vezes, e no ordenamento jurídico pátrio, essa autoridade é o delegado de polícia, haja vista que o preso é imediatamente apresentando a este, o que é até mais garantista do que as 24 horas sugeridas no projeto de Audiência de Custódia.

No entanto, ao ser introduzida a Audiência de Custódia, ocorreu um desrespeito a atuação do delegado e inevitavelmente ocorreu *bis in idem*, já que são realizados dois atos em sequência para assegurar os direitos do detido, transparecendo assim, uma verdadeira descrença quanto ao trabalho desempenhado pelo delegado.

E sobre a desnecessidade de apresentar o detido ao magistrado, Cunha (2016) apud Lamas (2016, p. 1) afirma:

Isso é totalmente sem sentido porque o delegado de polícia está fiscalizando a prisão do sujeito e se ele entendeu que a prisão é necessária, ele é uma autoridade. O advogado está ali fiscalizando, então qualquer denúncia, qualquer irregularidade, chega ao nosso conhecimento. Ou vai chegar ao nosso conhecimento. E se não chegar, o sistema inteiro está falhando.

A impressão que resta é que apenas o magistrado tem conhecimento jurídico suficiente para determinar se determinada prisão é necessária ou não, e que qualquer atitude do delegado torna-se suspeita e desacreditada. A verdade é que o delegado faz a análise da situação sob os aspectos fáticos e jurídicos, não estando obrigado a homologar prisões ilegais ou que não estejam em situação flagrancial.

Além da descrença no delegado de polícia, inevitavelmente e infelizmente, todo o contingente policial também encontra-se desacreditado. Os policiais passaram a ser os acusados, e é visível o empenho para desqualificá-los, a partir do momento em que é perguntado várias e várias vezes ao detido se esse sofreu algum tipo de violência física ou até mesmo psicológica nos atos da prisão e eles não têm o direito sequer de rebater tais acusações, já que são impedidos de estarem presentes na sala da audiência, com a justificativa de que o preso possa vir a ficar retraído e incomodado com a presença.

Na realidade brasileira não é difícil imaginar que os criminosos sejam capazes de denunciar, caluniosamente, os policiais que os prenderam, seja por vingança, ou simplesmente porque têm a esperança de serem soltos ou que suas penas sejam diminuídas. Tendo assim, por consequência natural, que parte do corpo policial se sinta desestimulado em realizar sua missão com afinco, possibilitando a presença de cada vez mais indivíduos perigosos nas ruas.

Dessa maneira, a Audiência de Custódia em si, pode até originariamente ser baseada na efetivação dos direitos humanos, porém, na prática, está representando mais um mecanismo de desvalorização dos profissionais de segurança pública e conseqüentemente transformando-se numa contenção de esforços desses profissionais.

4.4 A TENDÊNCIA AO FRACASSO

Pode-se afirmar que a forma pelo qual foi imposta a Audiência de Custódia, essa se apresenta como uma medida ilegítima e de instituição arbitrária. O

direito de o detido ser apresentado ao magistrado, que prega o combate às medidas abusivas, fora instituído autoritariamente. O referido direito deveria ter passado por um filtro de legitimidade, e assim, ter ocorrido um intenso debate sobre as consequências negativas e positivas da sua efetivação.

A atitude do Conselho Nacional de Justiça através da resolução nº 213/2015 de impor a audiência, a todo custo, valeu-se da máxima que os direitos realmente são conquistados à força, porém, como vive-se efetivamente em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível a existência de um diálogo entre as partes envolvidas, para que assim a melhor solução seja alcançada.

Se caso, antes da audiência ter sido implementada, tivesse ocorrido uma verdadeira cooperação entre todos os órgãos envolvidos na persecução penal e uma análise mais precisa de todos os pontos que envolvem o instituto, além de um estudo sobre a estrutura estatal para promovê-lo, a corrente opositora provavelmente seria menos expressiva, podendo até ter seus argumentos enfraquecidos.

A imposição às pressas e de maneira precipitada obrigou os tribunais a se ajustarem, de uma maneira ou de outra, a esta nova realidade fático-jurídica, impactando diretamente na práxis forenses.

A maioria dos juízes viu uma nova realidade sendo inserida que obrigava a um fazer não previsto em lei, dessa forma é inadmissível exigir que a magistratura repense toda a sua atuação no âmbito penal, pois não lhe é garantida as mínimas condições para essa reflexão, e em decorrência disso, a rejeição para aceitar tal ônus se faz presente.

Importante ressaltar o comentário feito pela Promotora de Justiça do Estado do Mato Grosso, Lindinalva Rodrigues (2016) apud Santos (2016, p. 1): “Tranquem suas casas cidadãos de bem, construam suas prisões, que a ordem do judiciário a princípio é liberar o máximo de acusados possível. Dá Medo!”

A abordagem que se faz é que, se antes os juízes convertiam as prisões em flagrante em prisões preventivas ou concediam a liberdade provisória sem que tivesse um contato direito com o preso, através apenas da devida apresentação dos autos, com a Audiência de Custódia os magistrados mudarão de ideia, tendo por base o mesmo caso concreto? Se sim, revela-se uma pura insinuação de que os juízes sempre decidiram de forma injusta, e agora, com esse tipo de audiência,

passariam a aplicar corretamente o direito, portanto há décadas atuaram de maneira errônea. Segundo a visão de Nucci (2015, p. 01):

[...] a autoridade judiciária que quer soltar, assim o faz, sem necessidade alguma de “ver o preso”“. Quem não solta, mantendo quase sempre a prisão cautelar, não vai mudar porque “viu ou conversou alguns minutos com o preso”.

Assim, evidencia o pensamento de muitos magistrados e outras autoridades que não veem com bons olhos a implantação da audiência de custódia, e que, muito provavelmente, não seguirão à risca o que foi imposto pelo aludido instituto.

Não é coerente pensar que o fato de ter o contato entre o preso e o juiz seja capaz de mudar sua posição em relação a manter ou não a prisão, pois se isso realmente for possível, aí reside a contaminação do juiz, abordada anteriormente.

Destarte, o fracasso das audiências de custódia torna-se certo, a não ser que, mais uma vez o Estado feche os olhos para isso. A falta de estrutura física e humana, o desrespeito ao sistema penal acusatório, a contaminação do juiz, o menosprezo dos delegados e agentes policiais, a superproteção destinada a delinquentes e a preocupação cega em fugir da superlotação carcerária, uma hora ou outra levarão o instituto a sua falência.

4.4.1 Jurisprudências correlatas

A cerca da Audiência de Custódia a jurisprudência não se apresenta uniforme, relatando assim, decisões contra a realização do instituto, com base principalmente na alegação de mera irregularidade caso o preso não venha a ser apresentado no prazo de 24 horas ou até mesmo não seja em nenhuma hipótese levando ao magistrado.

Evidenciando-se que quando não há um planejamento, estudo prévio e cooperação em todas as esferas envolvidas em uma nova norma imposta, essa se torna uma letra morta e o desrespeito ao que prega é inevitável.

Como prova disso, seguem decisões de alguns tribunais:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRREGULARIDADE. VALIDADE DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. 1. A regularidade da audiência de custódia não constitui requisito para a validade da decretação da prisão preventiva, cujos pressupostos estão no art. 312 c/c art. 313, ambos do CPP. 2. A gravidade concreta do crime e o risco de reiteração delitiva são fundamentos válidos e suficientes para respaldar o juízo de necessidade da prisão preventiva como mecanismo de resguardo da ordem pública. 3. Ordem denegada.

TJ-GO- HABEAS CORPUS 305834920178090000 (TJ-GO)

Data da publicação: 17/03/2017

Ementa: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÕES DO TIPO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ATRASO. IRREGULARIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ILEGALIDADE. 1- Não se conhece de matéria afeta ao mérito da ação penal. 2- O atraso e até a falta da audiência de custódia constitui mera irregularidade e não macula o decreto prisional conversivo. 3- Impõe-se a soltura se a fundamentação é inidônea para manter a custódia cautelar. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, concedida.

TJ-GO - HABEAS-CORPUS 02540281520178090000 (TJ-GO)

Data de publicação: 18/01/2018

Ementa: HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRREGULARIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1 - A não apresentação do paciente a audiência de custódia é mera irregularidade. 2 - Estando pendente na origem apreciação de revogação da prisão, não se conhece do pedido. Ordem não conhecida

Vislumbra que muitas das vezes o preso não é levado a presença do magistrado, justamente pela estrutura falha que o Estado possui, portanto é incoerente alegar que a Audiência de Custódia visa uma efetivação dos direitos humanos e que por isso sua implantação necessitou ser imposta o mais urgente possível, se existem detidos, em especial aqueles do interior do país, que ainda não são submetidos a tal instituto por irresponsabilidade do Estado. Não há como justificar que uma pessoa detida no interior do Brasil tenha menos direitos do que aquele que é preso na capital.

Se o argumento principal daqueles que defendem a Audiência de Custódia é proteção dos direitos, espera que essa proteção seja estendida a todos. É inviável se impor uma norma, onde o próprio judiciário irá descumprir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, compreendeu-se o conceito da Audiência de Custódia e sua previsão normativa no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, servindo esses de base para a implementação do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Após mais de duas décadas, curiosamente, percebeu-se que o Brasil não estava se adequando as normas internacionais a qual é signatário.

A Audiência de Custódia, assim chamada no Brasil, surgiu de maneira abrupta no cenário pátrio, tornando-se evidente que no fundo, trata-se apenas de uma política criminal que visa o desencarceramento, tendo por base tratados internacionais, mas que na prática, apresenta uma legalidade duvidosa e em decorrência disso, abre uma série de críticas.

É fato que a superlotação carcerária é um problema que cada dia mais toma proporções alarmantes, entretanto não é coerente que determinado instituto seja introduzido sem o seu devido estudo prévio, pois assim corre um sério risco de estar fadado ao fracasso.

Percebe-se que diante da crise carcerária vivida com suas respectivas dificuldades em ofertar vagas suficientes, se buscou uma “solução para todos os males”, que hoje é vista por muitos como sendo justamente a Audiência de Custódia, no qual não passa de um clássico brasileiro, repleta de boa-vontade e argumentos de defesa baseados na proteção dos direitos humanos, mas que na prática apresenta falhas desde o projeto até sua devida aplicação.

A justificativa de efetivação e proteção dos direitos humanos e a necessidade da adequação do Brasil as normas internacionais, caem por terra ao analisar a inércia que o Estado teve durante duas décadas em que a Audiência de Custódia nunca foi reclamada e aclamada como medida necessária. Não é possível acreditar que durante todo esse tempo, o judiciário tenha trabalhado de maneira errada e que o contato físico entre o detento e o magistrado seja capaz de fazer o segundo mudar de ideia quanto a legalidade e necessidade da prisão.

Um Estado que apresenta uma insuficiência de servidores, além do déficit de recursos financeiros e materiais, não está apto a receber e implementar uma medida que propõe que o detido seja apresentado a figura do juiz no prazo máximo de 24 horas após a prisão em flagrante.

Ademais, no ordenamento jurídico pátrio existe a figura do delegado de polícia, que além de sua formação policial, é um bacharel em Direito, possuindo assim função dúplice, portanto não é nenhum leigo na área, e que durante todo esse tempo sempre analisou a legalidade das prisões e eventuais abusos cometidos pelos agentes. Incoerente e absurdo fechar os olhos para esses profissionais e acreditar veemente que só o magistrado frente a frente com o detento poderá analisar se o caso concreto é digno de prisão.

A análise dos requisitos das prisões pode ser perfeitamente conduzida pelo delegado de polícia, inexistindo dessa maneira qualquer violação aos dispositivos presentes nos tratados internacionais, aliás, esses apresentam de forma clara que a pessoa detida deve ser conduzida à presença de um juiz, ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

O sistema acusatório adotado majoritariamente no Brasil é visivelmente ofendido e ignorado com a Audiência de Custódia, pois não há o afastamento suficiente do magistrado em relação aos fatos investigados para que a sua imparcialidade seja preservada, mesmo que nesse tipo de audiência o objeto de análise seja limitado, pois isso não é capaz de impedir que o magistrado realize um juízo prévio de valor, sendo assim, sua função contaminada.

Na realidade, o Conselho Nacional de Justiça antes de implementar a Audiência de Custódia, deveria ter explorado as reais causas da sobrelotação que assola o contexto carcerário brasileiro e estudar possibilidades de outras soluções para tais problemas, sem que fosse necessário mover todo o Estado, que não apresenta nenhuma estrutura apta, e que não descontasse na população a ausência de vagas nos presídios.

O Estado, por sua vez, como real responsável pela crise dos estabelecimentos prisionais, assim como pelas políticas públicas de combate a criminalidade, tenta transferir ao judiciário o que é de sua atribuição. O resultado dessa incosequente medida adotada é o cinismo dos bandidos, que cada vez mais acreditam na impunidade, além do menosprezo que a sociedade já tem para com a justiça.

Por conseguinte, a Audiência de Custódia no modelo processual brasileiro é totalmente incosequente, reprovável e desnecessário, vez que o ordenamento jurídico já oferece outros meios de apreciar a legalidade das prisões e durante mais de vinte anos nunca apresentou problemas em relação a isso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 554/2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. CNJ. **Cartilha Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 24 jan. 2018.

GALDINO, Felipe. **Audiências de custódia se transformam em martelo da discórdia**. Disponível em: <<https://www.novonoticias.com/cotidiano/audiencias-de-custodia-se-transformam-em-martelo-da-discordia>> Acesso em: 8 fev. 2018.

LAMAS, João Pedro. **Após 1 mês em vigor em Santa Maria, audiências de custódia são avaliadas como 'fracasso'**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/06/apos-1-mes-em-vigor-em-santa-maria-audiencias-de-custodia-sao-avaliadas-como-fracasso-cj5wcomio1lpuxbj051ugveq0.html>> Acesso em: 7 fev. 2018.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio; Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. **Revista de Liberdade**. nº 17 – setembro/dezembro de 2014. ISSN 2175-5280. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209> Acesso em: 29 jan. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Francisco Sannini. **Delegado de polícia: uma autoridade policial ou jurídica?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/delegado-de-policia-uma-autoridade-policial-ou-juridica/>> Acesso em: 14 fev. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Os mitos da audiência de custódia.** Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>> Acesso em: 5 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 26 jan. 2018.

PAIVA, Caio. **Especial Audiência de Custódia.** Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/#_ftn1> Acesso em: 12 jan. 2018.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. Pontos emblemáticos da aplicação da audiência de custódia. **Revista Consultor Jurídico**, 9 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-09/carlos-pellegrini-pontos-emblematicos-audiencia-custodia#author>> Acesso em: 5 fev. 2018.

SILVA, Arthur Santos da. **Promotora critica audiências de custódia e avisa: “tranquem suas casas cidadãos de bem”.** Disponível em: <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=31097>> Acesso em: 14 fev. 2018.

TOSCANO JR., Rosivaldo. **Muito Mais que Uma Audiência de Custódia.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> Acesso em: 8 fev. 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.