

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ASPECTOS ESSENCIAIS DE SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Marcos Aurélio Pires Sobrinho¹

João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

A Audiência de Custódia, segundo os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos que o Brasil inseriu em seu Ordenamento Jurídico, o projeto de lei nº 554/2011 e a resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, é essencial à correta aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro. Nada obstante, o assunto gera uma intensa diversificação de opiniões, e surge, talvez no auge maior crise do sistema carcerário do país, aliada a uma crise de credibilidade dos Poderes Institucionais internos. O presente trabalho, abordará posicionamentos doutrinários, dados coletados e questões polêmicas que envolvam o tema. Em síntese, discute-se sobre a efetiva necessidade da Audiência de Custódia para o processo penal brasileiro. Sobretudo, assinalando os erros, acertos e possíveis consequências que poderão surgir por meio da implantação desse mecanismo no país que influenciem na impunidade.

Palavras-Chave: Audiência de Custódia. Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Processo Penal. Consequências. Crise. Sistema Carcerário. Consequências. Impunidade.

THE AUDIENCE OF CUSTODY: ASPECTS ESSENTIALS OF ITS IMPORTANCE FOR THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT

The Hearing of Custody, in accordance with the International Treaties on Human Rights that Brazil inserted in its Legal Order, bill no. 554/2011 and resolution 213/2015 of the National Council of Justice, is essential to the correct application of the Code of Criminal Procedure Brazilian. Nevertheless, the subject generates an intense diversification of opinions, and arises, perhaps in the heaviest crisis of the country's prison system, coupled with a crisis of credibility of internal Institutional Powers. The present work, will address doctrinal positions, collected data and controversial issues involving the theme. In summary, we discuss the effective need of the Custody Hearing for Brazilian criminal proceedings. About everything, errors, correctness and possible consequences that may arise implementation of this mechanism in the country that influence impunity.

Keywords: Custody Hearing. International Treaties. Human rights. Criminal proceedings. Consequences. Crisis. Prison system. Consequences. Impunity.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: marquinhopires@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: jmbmb@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

Em razão da função típica do Poder Legislativo muito se discute a respeito do Direito Contemporâneo, tendo como vários pontos desses questionamentos as significantes alterações que vêm acontecendo na realidade jurídica e social do país desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988. A legislação processual penal brasileira também passa por mudanças decorrentes da necessidade de uma efetiva adequação do direito brasileiro aos tratados internacionais que A República Federativa do Brasil faz parte.

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reforçar de maneira mais abrangente os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, onde estes passaram a ter uma condição supralegal, o que significa dizer que tais normas estariam hierarquicamente abaixo dos preceitos constitucionais e acima das normas infraconstitucionais.

Destarte, como é o caso da Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Ambos dispõem sobre a necessidade de apresentação rápida da pessoa presa em flagrante delito ao juiz ou outra autoridade competente definida em lei, para que seja observada e decidida se a manutenção de tal privação de liberdade do indivíduo é necessária.

Sob o argumento de que o Brasil é um dos poucos países da América Latina que não inseriu em seu ordenamento jurídico que toda pessoa presa em flagrante delito fosse apresentada à autoridade judicial, o Senador Antônio Carlos Valadares, apresentou ao Senado Federal o Projeto de Lei de sua autoria nº 554/2011, com o propósito de que fosse adotado no ordenamento jurídico brasileiro esse instituto.

Outrossim, foi a partir da influência dos pactos internacionais que o Brasil passou a ser signatário e do projeto de lei nº 554/2011, que ainda tramita no Congresso Nacional, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a resolução nº 213/2015. A resolução dispõe sobre a necessidade de que toda pessoa presa em flagrante delito seja apresentada à autoridade judiciária num prazo de 24 horas, passando a ser intitulado o instrumento desta resolução como *Audiência de Custódia*.

As principais demandas propostas pelo presente estudo acerca da Audiência de Custódia, demonstrarão que mesmo diante da realidade jurídica, financeira e social que o Brasil vem sofrendo nos últimos anos, existe a necessidade de uma adequação do processo penal brasileiro às normas de direitos humanos que dizem respeito ao preso em flagrante, principalmente diante da permanente crise enfrentada no sistema carcerário do país.

Mesmo com edição da Resolução 213/2015 do CNJ, ainda existe um certo ceticismo jurídico-social quanto ao principal objetivo de se inserir na legislação processual penal pátria um mecanismo que garanta a todo e qualquer preso em flagrante delito, dentro de um prazo razoável, sua apresentação à autoridade judiciária.

Embora já existam alguns elementos que possam apontar aspectos relacionados ao tema e direcionar o modo como esta deverá ser aplicada, um estudo aprofundado se faz necessário, já que este mecanismo traz diversas mudanças e extrema relevância para o cenário jurídico brasileiro. Especialmente quanto ao Direito Penal, ao Direito Processual Penal, ao Direito Constitucional. Pode-se observar ainda, como a Audiência de Custódia influenciará também na vida das pessoas que não cometeram delitos.

Por se tratar de um instrumento contemporâneo, que gera muitos debates, preconceitos, controvérsias, manifestações de apoio e repulsa, mesmo antes de se ter uma lei específica que a introduza definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro, não restam dúvidas de que o tema deva ser abordado visceralmente, para que a partir de então, os equívocos e os possíveis erros cometidos pelos aplicadores do direito, instituições, agentes públicos e diversas entidades representativas de segmentos da sociedade civil, sejam minimizados significativamente.

De tal maneira, deve-se questionar: a Audiência de Custódia é um instrumento garantidor da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme preceituam os tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário e, resultará numa modernização do Código de Processo Penal Brasileiro, ou se tornara um dispositivo “jurídico-político” de resolução paliativa e ineficiente que acaba resultando na impunidade e na reincidência criminal?

Os intuitos deste trabalho são enriquecer a pesquisa científica a respeito do assunto, traçando uma abordagem que viabilize a busca do máximo de informações e fatores impactantes relacionados ao tema, já que mesmo sem a legislação específica, em muitos Tribunais de Justiça do país a Audiência de Custódia já é uma realidade e possibilitar a descoberta das variáveis da problemática apresentada.

O presente estudo terá como objetivo central a análise dos aspectos da Audiência de Custódia, sua aplicabilidade no Direito Brasileiro e Internacional, a demonstração de seus efeitos e possíveis consequências para legislação Brasileira

A elaboração deste artigo irá tratar em seu capítulo dois, inicialmente sobre o surgimento e os tipos de prisões existentes no Brasil, num segundo momento versará sobre as prisões admitidas no Direito Brasileiro na atualmente.

O terceiro capítulo deste estudo consistirá numa projeção do contexto histórico do tema, iniciando com a criação no direito internacional chegando à sua inserção e aplicação no Brasil, secundariamente abordará o conceito de Audiência de Custódia demonstrando suas características.

No quarto capítulo será discutido como a Audiência de Custódia é executada em outros países, correlacionando com o modo de execução no Brasil. Ainda no capítulo três, será produzida uma análise a partir de três casos reais e recentes de grande repercussão midiática.

Por fim no último capítulo, após a análise de todo o exposto, o estudo julgará as consequências da Audiência de Custódia, perfazendo os objetivos expostos de modo a colocar o tema em xeque. A expectativa, ao final do artigo, é demonstrar que mesmo com as falhas, controvérsias e polêmicas, chega-se à conclusão de que a Audiência de Custódia é uma necessidade para o processo penal brasileiro.

A pesquisa, estudo e o procedimento serão elementos essenciais para a elaboração e conclusão deste artigo, para tanto, serão utilizados como fontes de pesquisa, documentos legais, livros, artigos, monografias e revistas que, indispensavelmente, explanem sobre Tratados de Direitos Humanos que o Brasil adotou, Filosofia, Sociologia, Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Processual Penal e sobre a Audiência de Custódia.

A metodologia refere-se ao estudo do assunto a partir de uma integração de fontes originárias e secundárias, onde estará presente o processo do caráter de pesquisa exploratória e descritiva, pois também irá usar dados disponíveis nos ajuntamentos e sítios do Tribunais Superiores, Conselho Nacional de Justiça, Tribunais de Justiça, Ministério Público e Defensorias Públicas do país, finalmente o artigo terá como elemento da apresentação de resultados e análises qualitativa.

2. ORIGENS DA PENA DE PRISÃO

Para referir-se acerca da Audiência de Custódia, inicialmente é necessário compreender o que é prisão, qual sua finalidade, quais são as modalidades permitidas no Brasil e que a restrição da liberdade de um indivíduo através do encarceramento deve obedecer aos preceitos legais.

Quando ouvimos falar em prisão, nos remetem principalmente as ideias de privação ou restrição da liberdade de ir e vir de um indivíduo que cometeu algum tipo de ilícito e, que a prisão é o local adequado para o sujeito que teve como forma de punição o encarceramento em decorrência da prática delituosa.

Historicamente a prisão atendeu vários propósitos, desde a satisfação pessoal e comunitária, passando por castigos impostos à devedores, prisões eclesiásticas que tinham o condão de influenciar o sujeito infrator ao arrependimento, as prisões custódias da idade média, até a chegada do “Humanismo Penitenciário”.

O Humanismo Penitenciário teve como um de seus percursores o jurista e filósofo Cesare Beccaria, que também é considerado um dos mentores da Criminologia moderna. Beccaria defendia que a pena fosse a mínima possível, proporcional ao delito e que toda pena fosse fixada em lei, já que somente o legislador representava a sociedade através de um contrato social.

Neste sentido, expõe Beccaria:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (BECCARIA, 1764 p. 28)

Nesse contexto a pena deixa de ser um castigo imposto ao criminoso e passa a ser objetivamente uma medida ligada à justiça, que deve respeitar acima de tudo condição peculiar do homem, ou seja, a aplicação da pena se torna um meio de recuperação do sujeito que praticou o delito, tal medida deve ser um elemento de ligação afim de proporcionar àquele seu retorno à sociedade.

Juntamente ao pensamento de que a pena é um meio que deve possibilitar a recuperação do criminoso, surgem as concepções de que a pena seja utilizada como um instrumento de prevenção à criminalidade, diante disso surge a substituição das penas cruéis e de morte pela pena privativa de liberdade, que inicialmente seria aplicada somente em situações relacionadas aos crimes menos graves.

Segundo Foucault (1967, *apud* BITENCOURT, 2011, p.49):

A pena privativa de liberdade – assinala – não tem uma longa história (...). Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores. O pelourinho fracassava frequentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da execução dava lugar mais à compaixão e à simpatia do que ao horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que se estendia com impetuosa rapidez quando as guerras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrotá-lo, no mínimo, cercá-lo entre muros. A crise

da pena de morte encontrou aí seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves.

Para concluir quanto ao significado de prisão, a doutrina afirma que a prisão nada mais é que a privação da liberdade de ir e vir, determinada por uma ordem escrita e fundamentada da autoridade competente ou em caso de flagrante delito. É um castigo imposto pelo estado ao infrator penal, seja ela pela detenção, reclusão ou prisão simples, que além da punição, também tem um caráter preventivo quanto ao crime, propiciando a reabilitação da pessoa do preso com o intuito de reconstituir a ordem jurídica que foi violada através do cometimento de um crime.

Doutrinariamente de acordo com os ensinamentos de Nucci, a prisão:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito a prisão provisória, a qual ocorre quando se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2012)

2.1. Os Primeiros Tipos de Prisão do Brasil

O contexto histórico que faz referência a prisão no período colonial brasileiro, se confunde com o de outros países, com isso a prisão tinha um caráter preventivo. Em sua grande maioria as prisões apenas resguardavam o indivíduo para que ao ser julgado e condenado, este, fosse obrigado ao pagamento de uma pena pecuniária, daí então sua natureza preventiva, que evitaria a fuga ou o desaparecimento do condenado, essa prisão foi cognominada como prisão custódia.

Um outro ponto que deve ser revelado em relação a prisão nesse período, é que não existia obediência ao princípio da personalidade ou da pessoalidade da pena, prova disso é que não se falava no direito de defesa do criminoso. Após essa etapa surge a primeira constituição brasileira e, em consequência, uma reformulação no que dizia respeito aos direitos do apenado, a partir disso surge a inviolabilidade dos direitos civis e políticos do cidadão, a segurança individual, a liberdade e o direito de propriedade.

A Constituição Política do Império do Brasil de 05 de março de 1824, dispunha, além do já supracitado, que nenhum cidadão não estaria obrigado a fazer algo senão em virtude de lei, que ninguém seria privado de sua liberdade sem que fosse culpado de algum

delito que tivesse cometido. Surgem aí no país as primeiras perspectivas sobre a prisão da maneira que é conhecida atualmente.

De acordo com o artigo 179 da Constituição de 1824, verifica-se que:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. (BRAZIL, 1824)

2.2. As Prisões Admitidas na Contemporaneidade Brasileira

Em seguida ao estudo acerca do conceito e do histórico das prisões, passa-se a etapa de exame quanto as modalidades existentes e admitidas no país. O Código Penal vigente é da década de 1940, nesse período, o texto original da lei foi concebido sob o escopo de uma culpabilidade antecipada do criminoso. No ordenamento jurídico brasileiro existem várias diretrizes que regulam a prisão, então deve-se obrigatoriamente, contemplar o emprego das normas de garantia aos direitos do preso. A atual Constituição, em vigor desde 1988, e o Código de Processo Penal preceituam as prisões admitidas no Brasil.

Vejamos o dispositivo Constitucional em vigor no que diz respeito ao cabimento da prisão:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...] (BRASIL, 1988)

Da mesma maneira assim também dispõe o Código de Processo Penal Brasileiro em relação a prisão:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

A partir do exposto, verifica-se então as prisões admitidas no Brasil e os fundamentos legais que irão delimitá-las. Nestes moldes a prisão se dá em virtude de sentença condenatória com trânsito em julgado, em face da instrução criminal, por transgressão militar ou crime propriamente militar legalmente definidos.

2.2.1. Prisão Processual

Existem seis tipos de prisão admitidas no curso do processo criminal, suas principais finalidades são para garantir o perfeito andamento da instrução penal e a ordem pública. Quais sejam: a) prisão em flagrante delito; b) prisão preventiva; c) prisão temporária; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia. Ocorre que com a reforma do Código de Processo Penal a partir da vigência da Lei nº 11.689/08, passaram a existir somente as três primeiras modalidades de prisão no processo penal, as quais serão objetos deste artigo. Apesar de ser uma modalidade de prisão, a prisão militar não será objeto desse estudo.

A nomenclatura flagrante advém no latim *flagare* e tem como significado que o crime ainda está queimando, ardendo ou se consumando. A prisão em flagrante, consoante o Código de Processo Penal é admitida quando o sujeito é pego cometendo o crime, logo após cometê-lo, com instrumentos que façam presumir ser ele o autor do delito ou

perseguido pela vítima, autoridade policial ou qualquer do povo, após o cometimento da infração penal, seja dito de passagem que este tipo de prisão será o ponto crucial para o estudo da Audiência de Custódia.

O flagrante poderá ser relaxado nos casos de abusos, ser convertido em prisão temporária ou preventiva, além da possibilidade de serem aplicadas ao flagranteado, as medidas cautelares nos casos de crimes de natureza menos grave, se forem atendidos os pressupostos legais para tal.

Vejamos o disposto no Código de Processo Penal acerca das medidas a serem adotadas no caso de prisão em flagrante:

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

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

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

[...]

Sobre a prisão em flagrante delito, aduz Capez (2016 p. 328) “É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”.

A Prisão temporária tem natureza jurídica cautelar, o parâmetro dessa modalidade vem da Lei nº 7.960/89, seu cabimento é durante a fase da investigação criminal para apuração dos crimes de natureza grave, o prazo é de cinco dias podendo ser prorrogado por igual período uma única vez, se o crime for hediondo este prazo passa a ser de trinta dias, a decisão que remete à prisão temporária só pode ser atribuída à autoridade judicial, ou seja, somente o juiz de direito tem competência para proferir decisão que resulte na aplicação deste tipo de prisão.

O juiz decidirá sobre o cabimento da prisão temporária, primeiramente, observando se é realmente necessária tal aplicação, se a medida é imprescindível ao andamento do inquérito policial. Ademais quando houver a representação da autoridade policial ou requerimento do representante do ministério público o magistrado deliberará sobre o cabimento

da prisão temporária. Em nenhuma hipótese poderá a autoridade judiciária decretar a prisão temporária de ofício.

Nesse sentido, acerca da prisão temporária, disserta Nucci:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação (ver destaque abaixo), que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz. Tendo por fim não banalizar a decretação da prisão temporária, torna-se necessário interpretar, em conjunto, o disposto no art. 1.º, I e II com o III, da Lei 7.960/89. Assim, o correto é associar os incisos I e II ao inciso III, viabilizando as hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém. (NUCCI, 2016 p. 348)

A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa assegurar a ordem pública, diga-se de passagem, garantir a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução penal ou investigação, poderá a prisão preventiva ser declarada em virtude do descumprimento da alguma medida cautelar. A prisão preventiva pode acontecer tanto na fase do inquérito policial quanto na instrução penal, sendo que a autoridade policial somente poderá representar por tal medida na fase inquisitorial e o ministério público nas duas etapas.

É importante ressaltar que a prisão preventiva não tem prazo de duração, o juiz poderá decretá-la de ofício apenas na fase da ação penal, por isso sua natureza é subsidiária e seu cabimento será admitido quando não for possível a aplicação das medidas cautelares em substituição.

Sendo assim deve haver prudência na aplicação da prisão preventiva, seus aspectos obedecerão o disposto no CPP artigos 311 ao 316, observando-se sempre o que for razoável e proporcional, no entendimento de Pacceli (PACCELI, 2017 p. 238) “De outro lado, o juízo de *proporcionalidade* em matéria de medidas cautelares estará autorizado pelos novos critérios de prisão preventiva, mas, também, dos velhos parâmetros para a aplicação da pena no Brasil”.

Vejamos o que nos traz o CPP sobre a prisão preventiva:

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

assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

2.2.2. Prisão Penal

Esta é modalidade que realmente traz o sentido de ser da prisão, pois estamos diante da efetiva punição imposta ao criminoso. É a partir da sentença condenatória transitada em julgado, ao final do devido processo legal, que de fato o indivíduo irá ter seu direito de liberdade suprimido pelo Estado, considera-se a concreta evidência do *jus puniendi* estatal.

Sobre a prisão expõe Renato Brasileiro:

A prisão penal, prisão-pena ou *carcer adpoenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade. Só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade. (LIMA, 2014 p. 815)

Diante do exposto pode-se concluir que a prisão é um mal necessário para a aplicação das normas penais, ressaltando-se suas exceções e, que mesmo apresentando tal característica, é imprescindível que se entenda tudo que rege seu funcionamento para que seja aplicada em último caso.

3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Apesar das frequentes mudanças jurídicas e sociais que dizem respeito as prisões, ainda existe uma certa ausência de cuidados quando se fala de quem está sendo preso ou detido. O período pós segunda guerra mundial é um verdadeiro marco jurídico quando se trata sobre ações ligadas à criação e manutenção dos direitos humanos, foi a partir dele que o mundo passou a ver com outros olhos as questões voltadas ao preso.

Como consequência disso, a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Conselho da Europa passaram a dar mais atenção à garantia dos direitos humanos e em razão desse fator foram editados vários tratados internacionais.

Como o Brasil a partir da Constituição de 1988, movimentou-se no sentido de dar maior ênfase aos tratados que tem como objeto uma maior proteção aos direitos humanos, nota-se que as leis, a jurisprudência e a doutrina interna passaram a aprofundar-se quanto ao assunto, pois essa medida tornou-se indispensável para a garantia da proteção da liberdade, da igualdade e dos direitos humanos.

Portanto a política de valorização dos Direito Humanos é considerada um dos maiores avanços jurídicos e, incondicionalmente deverá ser respeitada, pois elevou-se para minimizar as incompatibilidades que surgem nas relações jurídicas.

Conforme expõe Piovesan (2013 p. 55):

A nova geração que emerge de juristas brasileiros saberá cultivar o Direito dos Direitos Humanos e extrair todas as consequências deste novo e fascinante ramo do direito. Saberá, a partir da constatação de nossa realidade social, sobrepor-se às incompreensões e insensibilidade alimentadas por um ensino do direito dissociado das prementes necessidades de proteção do ser humano.

3.1. Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em 08 de dezembro de 2004 a Emenda Constitucional nº 45 reformula o parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal, passando então a lhe atribuir nova redação. Os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter uma condição diferente das demais normas brasileiras, mas inicialmente surgiram várias correntes doutrinárias afirmando qual seria a posição hierárquica que os tratados estariam em relação as outras leis.

Mister salientar que a primeira corrente doutrinária sustentava que os tratados tinham hierarquia supraconstitucional, ou seja, consistiriam em normas acima das constitucionais. A segunda tese defendia que os tratados internacionais estariam em pé de igualdade com a constituição. A terceira defendia que os tratados internacionais de proteção e garantia dos direitos humanos estariam acima das normas infraconstitucionais, entretanto ficariam abaixo da norma constitucional, atingindo a conjuntura supralegal. Finalmente, também surgiu um preceito doutrinário que preconizava que existia uma paridade hierárquica entre o tratado e a lei federal.

Sabe-se que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, infere-se um processo democrático que coloca o Brasil no projeto internacional de proteção dos direitos humanos. Em decorrência disso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 emerge no cenário

jurídico assumindo uma posição de destaque, regulando os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos que o Brasil for signatário.

Dentre todas as teorias doutrinárias sobre a hierarquia dos tratados internacionais, a EC 45/2004 consagrou a terceira apontada neste estudo. Os Tratados Internacionais de Garantia e Proteção aos Direitos Humanos que o Brasil for signatário, terão um “status” de Emenda Constitucional se forem aprovados em cada casa legislativa, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Vale destacar a seguinte lição proferida por Flávia Piovesan:

O Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, § 1º —, aplica-se a sistemática da incorporação automática, enquanto para os demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa. Além disso, o regime jurídico privilegiado conferido aos tratados de direitos humanos não é aplicável aos demais tratados tradicionais, isto é, enquanto aqueles apresentam status constitucional, estes apresentam status infraconstitucional (PIOVESAN, 2013 p. 478)

3.2 A Eclosão da Audiência de Custódia

No ano de 1992 o Brasil inseriu em seu ordenamento jurídico dois tratados internacionais de direitos humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos passou a vigorar em nosso sistema através do Decreto nº 592 como data de 06 de julho de 1992. Em 06 de novembro do mesmo ano por intermédio do Decreto 678 é promulgada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), os dois tratados buscaram solidificar entre os países o processo de concretização dos Direitos Humanos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 9, item 3 e o Pacto de São José da Costa Rica no artigo 7, ponto 5, manifestam que toda pessoa presa deve ser conduzida a presença da autoridade judicial para que sejam verificadas as condições que se deu a prisão em flagrante.

Vejamos o disposto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, após promulgação no país:

Artigo 9

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A Prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada as garantias que assegurem o comparecimento da

pessoa em questão de audiência, a todos os atos do processo e, se for necessário, para execução da sentença. (BRASIL, 1992)

No mesmo sentido dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 7

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade pela lei a exercer funções judiciais e tem direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992)

A inovação trazida por um e outro Tratado em relação ao preso em flagrante, indubitavelmente lhe trouxe benefícios, todavia o Brasil permaneceu inerte quanto esses dispositivos até meados de 2011.

3.3. Os Sinais de Evolução

As discussões no Congresso Nacional acerca de medidas a serem adotadas no sentido de modernizar o direito brasileiro colocaram em julgamento os motivos de se inserir uma lei que garantisse ao preso em flagrante o disposto nos tratados de direitos humanos, com isso surgiu no campo legislativo o Projeto de Lei nº 554/2011, que visava regulamentar a Audiência de Custódia.

Considerando os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, a Constituição Federal, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e à sombra do PL 554/2011, o Conselho Nacional de Justiça verificou que havia uma necessidade de adequação da norma processual penal, à vista disso, editou a Resolução nº 213 em 15 de dezembro de 2015. O intuito dessa resolução foi disciplinar a apresentação dos presos em flagrante, num prazo razoável, à autoridade judicial.

Desse modo surge a uma evolução e inicia-se no país uma mudança que possibilita uma alternativa para melhorar as condições da prisão em flagrante. Inicialmente, é manifesto que com o advento da Audiência de Custódia, ampliou-se o uso das medidas cautelares diversas da prisão, que com o passar do tempo diminuiu, porém não se pode atribuir, de pronto, que a medida seria uma solução adequada para reprimir a crise do sistema prisional, mesmo sendo esta, a principal vantagem almejada, subsidiariamente à garantia dos direitos essenciais do preso, ajustando o ordenamento interno aos Tratados Internacionais.

Dessa forma vale ressaltar o pensamento de Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014):

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

3.4. Conceituando A Audiência de Custódia

Como já foi explicitado anteriormente, para se entender o conceito de Audiência de Custódia, seria necessário aprofundar-se em outros pontos, prisão, tipos de prisão etc. Superada essa fase, passa-se ao conceito formal do tema. A nomenclatura custódia significa guardar e proteger, quando o termo figura no processo penal pode-se afirmar que terá o sentido de tutela, pois o estado toma para si a tutela do direito à liberdade.

Audiência de Custódia é a apresentação do preso em flagrante à autoridade competente dentro de um prazo de 24 horas, para que seja permitida a observação da legalidade e da necessidade da prisão, ou seja, nada mais é do que uma audiência de apresentação, onde figuram como principais atores o preso, o juiz, o ministério público e a defensoria pública ou defensor constituído pelo preso, ao passo que a autoridade policial no momento na lavratura do auto de prisão em flagrante, deverá observar seus moldes e encaminhar os respectivos termos de apresentação do flagranteado à justiça, para que então sejam tomadas as medidas necessárias e proporcionais ao caso concreto.

São profusas as medidas e características que pormenorizam a Audiência de Custódia, em todos os casos, o preso terá acesso prévio ao defensor e será ouvido pelo juiz, ministério público e pelo defensor, se este se fizer presente. Ao final o juiz decidirá se converte o flagrante em prisão preventiva ou temporária, se relaxa a prisão ilegal, se concede liberdade provisória com ou sem fiança, ou ainda se aplicará as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.

Vejamos o publicado no site do Conselho Nacional de Justiça:

Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um Juiz de Direito, em 24 horas, no máximo. (CNJ)

Destarte, conclui-se que a Audiência de Custódia elevou-se, no sentido de proporcionar a todo preso em flagrante um tratamento humanizado, afastando a limitação do magistrado somente aos autos da prisão em flagrante, já que estes são apresentados juntamente com o flagranteado à autoridade judicial, ou seja, o juiz não fica vinculado exclusivamente aos elementos que constarem no auto de prisão em flagrante, podendo inclusive, determinar que seja feito o exame de corpo de delito no preso, caso exista alguma suspeita de maus tratos ou tortura.

4. COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES, CONTROVÉRSIAS E ANÁLISE DE CASOS (EX-POST FACTO)

A relevância da confrontação sobre o modo como surgiu e em como é aplicada a Audiência de Custódia no direito internacional, decorre do fato de que através do reconhecimento sobre a competência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil, os tribunais brasileiros deixaram de ser os emissores da última palavra sobre a interpretação das normas internacionais de direitos humanos, conforme escrevem Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, p. 52).

4.1. Breve Comparação

Vários países implantaram em seu ordenamento jurídico o direito do preso comparecer perante o juiz em 24 horas, como por exemplo a Argentina, de acordo com o Human Rights Watch, o país vizinho introduziu em seu código de processo penal, dispondo que aquele que for preso sem ordem judicial, deverá ser levado à presença da autoridade judicial em até 6 horas depois da prisão. Observa-se então que este prazo é ainda menor que o adotado no Brasil.

O Código de Processo Penal Chileno determina que o preso em flagrante deverá ser apresentado à um promotor de justiça no prazo de 12 horas para que esse decida quanto a soltura ou a apresentação ao juízo competente em até 24 horas. Subsiste ainda no processo penal chileno que, aquele que for preso em virtude de mandado judicial, deverá ser levado à presença da autoridade que decretou a medida no prazo de 24 horas e se por acaso essa apresentação não for possível, o preso só poderá ficar sob a tutela policial durante as 24 horas subsequentes à prisão.

A apresentação do preso em flagrante ao juiz, consoante o Código de Processo Penal da Colômbia, deverá ser em 36 horas, aliás esse é o mesmo prazo para apresentação de quem for preso por ordem judicial.

Semelhante ao que dispõe a legislação chilena, no México os presos em flagrante, com algumas exceções, devem ser entregues ao promotor de justiça, para que este apresente o preso à autoridade judicial no prazo de 48 horas ou lhe conceda a liberdade. A

Constituição mexicana dispõe ainda, que a autoridade policial que executa a prisão decretada por ordem judicial, deverá levar o preso a presença do juiz, “sem demora e sob sua estrita responsabilidade”. (Human Rights Watche. 2014)

Ainda no que diz respeito a Audiência de Custódia mundo a fora, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera que o preso não levado à presença da autoridade judicial no prazo de 24 horas poderá requerer do Estado uma indenização. O Pacto Internacional Sobre Direitos Civil e Políticos, ainda manifesta que em caso de descumprimento da medida os países devem proporcionar algum tipo de compensação.

É de suma importância ressaltar que, a experiência internacional deve ser um exemplo a ser seguido pelo Brasil, nesse sentido expõem Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, p. 55):

Em âmbito internacional, lembremo-nos também da experiência do processo penal alemão – posto ser um exemplo paradigmático de Ordenamento Processual de um E Estado de Direito –, uma vez que há muito se prevê a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial, tanto nos casos de prisão preventiva quanto de detenção.

Ainda complementam:

Do contrário, a forma como está a Audiência de Custódia está sendo apresentada pelo Poder Legislativo será usada para mascarar o fato de o país seguir desrespeitando os tratados e convenções que ele próprio ratificou, ao menos no que diz respeito à outras formas de privação de liberdade neles mencionadas.

A partir de toda análise sobre a apresentação do preso ao juiz no direito internacional e de outros países, nota-se que existe uma necessidade de se ampliar legislativamente as características da Audiência de Custódia, o Brasil ainda precisa percorrer um longo caminho para chegar ao patamar de outras nações e, deverá o quanto antes adotar medidas para que este mecanismo seja um instrumento contemplador de outras modalidades de prisão.

4.2. Ampliação da Medida à Outras Modalidades de Prisão

Com a edição da Resolução nº 213 do CNJ, trilhou-se uma possível correção no que diz respeito a limitação dos sujeitos que irão ser beneficiados com a Audiência de Custódia, pois diante do ordenamento jurídico e da jurisprudência internacional, passa-se a existir uma admissibilidade a outras modalidades de prisão no Brasil. A própria Resolução faz menção tanto a pessoa presa em flagrante quanto a pessoa presa em decorrência de mandado judicial.

O artigo 13 a Resolução evidencia que a apresentação de quem for preso cautelarmente, deve ser realizada à autoridade judicial que decretou a ordem de custódia, caso o cumprimento de tais medidas seja fora da jurisdição do juiz do processo, o preso será encaminhado à presença da autoridade judicial competente, ou seja, na ocorrência de prisão preventiva em jurisdição diversa da do juiz processante, o preso poderá ser encaminhado à presença da autoridade judicial local, de plantão ou da execução.

No mesmo sentido, o sujeito que deve sua prisão definitiva decretada, leia-se, prisão após a condenação, também fará *jus* de ser apresentado ao juízo que proferiu a decisão sobre a prisão. O intuito da apresentação em ambas as modalidades de prisão, assim como no caso de flagrante é: a) primeiramente apurar o possível incidente de algum tipo de violência física ou psíquica, contra a pessoa do preso, durante a efetivação da prisão; b) a correta identificação do sujeito preso para saber se este é a pessoa contra quem foi expedido o mandado; e ainda c) se não houve a extinção da punibilidade ou prescrição da pena.

Portanto, não bastasse a apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial, não restam dúvidas que também o preso preventivamente deverá ser encaminhado à presença do juiz para garantia de preservação dos seus direitos e, até mesmo para que a prisão não seja eivada de nenhum tipo de vício ou ilegalidade.

4.3. As Controvérsias

A Audiência de Custódia é um dos assuntos mais discutidos no cenário jurídico dos últimos anos, pois são muitas polêmicas que giram em torno do tema. O primeiro ponto sobre as polêmicas a respeito do assunto, se deu com propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, a ação que foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) tinha como principal tese que a competência para legislar sobre matéria processual penal é de União, que não se poderia através de um ato normativo administrativo inserir a medida, entretanto o Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente por entender que a providência adotada para a implantação da Audiência de Custódia não estaria usurpando a competência da União, é portanto uma medida administrativa que visa tão somente a garantia dos direitos fundamentais do preso.

O segundo ponto importante e controverso sobre o tema, é a crítica doutrinária. Mesmo o Brasil tendo promulgado vários tratados de Direitos Humanos, passaram-se vários anos sem que a Audiência de Custódia fosse implantada no país. Não se tem notícias de decisões judiciais que considerassem ilegal alguma prisão em flagrante em que o preso não foi apresentado ao juiz sem demora.

Vale ressaltar que apesar de ser o delegado o responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante e de ser conhecedor da ciência jurídica, é o juiz de direito que fiscaliza tal atividade. Nos ensinamentos de Nucci (2015), “No Brasil, o delegado é a autoridade que primeiro toma contato com o preso, mas a sua atividade é devidamente fiscalizada por um juiz em, no máximo, 24 horas. Ilegalidades podem ser sanadas pela simples leitura do auto”. Portanto, não é fato de o juiz não ter contato com o preso, que afetará no direito deste em ter a prisão ilegal revogada.

Outro ponto sobre essa corrente crítica, elenca ainda que a Audiência de Custódia é uma medida desnecessária, pois nosso Código de Processo Penal prevê que o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz em 24 horas e este, julgará se há a necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva ou temporária e ainda se a prisão foi ilegal.

Ora, se durante tantos anos nunca houve nenhum questionamento sobre a apresentação do preso em flagrante ao juiz, então, em tese, o procedimento existente pode ser considerado suficiente, pois não deixa de garantir nenhum direito do preso. Talvez a Audiência de Custódia foi criada não com o intuito de seguir os tratados internacionais que o Brasil é signatário, mas sim, para resolver de forma paliativa a superlotação e a falta de investimentos no sistema penitenciário brasileiro, uma vez que os tribunais podem escolher juízes, considerados liberais, para presidir as audiências de custódia.

Ainda sobre a problemática, vale ressaltar o posicionamento de Nucci (2015)

Em suma: a) durante 23 anos, o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o mesmo; somente agora, alguns descobriram que o Brasil o descumpra seguidamente; b) se é um direito humano fundamental, em todos os lugares onde não há audiência de custódia, os flagrantes devem ser imediatamente relaxados, pouco importando o caso concreto; c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um *experimento* com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo; e) o sistema no Brasil não consegue transportar réus para as audiências, mas certamente haverá um imenso número de agentes (policiais?) para levá-los todos os dias à frente do juiz; f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; h) os defensores, hoje, da audiência de custódia, como um direito fundamental, demoraram a acordar para isso (apenas 23 anos); mas já que o

fizeram e estão despertos, convém levar logo ao STJ e ao STF a questão, por meio do *habeas corpus* para padronizar para todo o Brasil se *sim* ou se *não* a audiência de custódia; h) não há essa previsão no CPP; o STF tem a tendência de equiparar tratados a lei federal; de todo modo, mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve *legislar* sobre o procedimento *nacional* a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se chama *legalidade*, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal. Enfim, o *mito* dessa audiência é que ela é *essencial* para tirar presos provisórios do seu calvário.

Não se sabe se pela falta de conhecimento, se pelo aumento desenfreado da violência ou até mesmo pelo sentimento que muitos profissionais de segurança transmitem com o advento da Audiência de Custódia, o tema vem gerando uma grave sensação de impunidade diante da sociedade. Para muitos, esse instrumento se tornou um vilão no que diz respeito a segurança dos cidadãos, criando uma cultura preconceituosa de que o preso estaria sendo solto sem qualquer observância aos critérios legais.

O fato é que a Audiência de Custódia não tem o condão de libertar todos os presos submetidos a ela, mas de dar a este, um tratamento humanizado, além afastar a possibilidade daqueles que não vivem do crime de serem recrutados pelas grandes facções que comandam o crime de dentro do sistema prisional. O que realmente acontece é que, este instituto vem sofrendo ataques de vários lados e isso acaba mascarando o problema central da crescente onda criminoso que assola o país. O problema é estrutural e não se pode atribuir àquele instrumento uma culpa que não lhe é devida.

4.4. Casos Polêmicos (Ex-Post Facto)

No decorrer do ano de 2017 surgiram na mídia três casos polêmicos sobre a soltura de presos em flagrante na Audiência de Custódia, segue-se então uma análise sobre os casos. O primeiro caso refere-se a um homem que foi preso por ejacular em uma mulher dentro de um ônibus de transporte coletivo. A segunda exploração será sobre uma mulher que foi presa em flagrante pela posse de oito armas de fogo e posteriormente liberada em Audiência de Custódia. O terceiro e último traz uma investigação acerca de um comerciante preso no aeroporto com oito quilos de cocaína e uma pistola calibre .380 tentando embarcar em um avião.

4.4.1. Caso 1

Em 27 agosto de 2017, um homem é preso em flagrante por ejacular em uma mulher dentro de um ônibus de transporte de coletivo em São Paulo. Diego Ferreira de Novaes tem nada mais nada menos que 17 prisões em flagrante pela pratica de Crimes Contra Dignidade

Sexual, na maioria dos casos o homem ejaculava em mulheres dentro do transporte público, além de quatro suspeitas de estupro. Na penúltima prisão, Diego foi posto em liberdade após a Audiência de Custódia, para o magistrado que concedeu liberdade ao acusado não houve fraude ou violência durante a prática do ato, não existiram, portanto, requisitos legais para manter a prisão, pois a prática estaria tipificada como contravenção penal.

Cinco dias após ser posto em liberdade através da Audiência de Custódia, Diego voltou a ser preso por praticar ato semelhante, ele teria tocado na vagina da vítima dentro do transporte público. Desta vez a justiça não concedeu liberdade ao acusado, acolhendo o pedido de prisão preventiva feito pelo Ministério Público, entendendo que se tratou de estupro. Os processos sobre o caso tramitam sob segredo de justiça no estado de São Paulo.

Diante de uma interpretação equivocada do tipo penal pelo magistrado ou até mesmo um certo zelo com a integridade física do acusado, o juiz observou os requisitos legais para não manter o acusado preso, mesmo sendo a conduta considerada repugnante, o magistrado apenas cumpriu o que acreditou ser a conduta prescrita como tipo penal e aplicou o disposto no processo penal para o caso. O homem voltou a cometer o mesmo delito, foi apresentado ao juiz em Audiência de Custódia, porém viu-se que não lhe cabia mais a concessão de liberdade, pois além da reincidência a conduta seria mais gravosa.

4.4.2. Caso 2

Maria Cícera de Oliveira foi presa em flagrante pela Polícia Militar de Alagoas pela posse de arma de fogo. A PM encontrou dentro de um forro do teto da casa da mulher oito revólveres, ela foi levada para a Central de Flagrantes e autuada pela posse ilegal de arma de fogo. A mulher foi solta após a Audiência de Custódia, fato este que gerou grande repercussão na mídia, principalmente depois que os policiais que efetuaram a prisão de Maria Cícera voltaram a casa dela para constatar que a mulher teria mesmo sido solta e filmando toda a situação.

Na decisão que concedeu liberdade a Maria Cícera, o magistrado levou em consideração os bons antecedentes criminais da acusada, a existência de residência fixa, que ela tem emprego formal e ainda a negativa dela de ser a proprietária da arma, segundo a mulher as armas seriam de propriedade do seu namorado e ela não sabia da existência dessas armas. O caso segue tramitando em segredo de justiça.

A mulher presa preencheu todos os requisitos que constam nos artigos 282 e 319 do CPP, além disso, restam dúvidas quanto a autoria do delito. Portanto, neste caso específico além de não terem havido requerimentos nem do delegado nem do ministério

público, a própria lei processual penal determinava que a acusada não poderia ficar presa, não podendo o juiz aplicar outra medida a mulher.

4.4.3. Caso 3

Em junho de 2017 o comerciante Elito Francisco Vilela da Silva tentou embarcar em um avião para São Paulo no Aeroporto Internacional Aluizio Alves em São Gonçalo do Amarante, município do Rio Grande do Norte, com uma pistola calibre .380 e oito quilos de cocaína escondidos no painel do carro. Na ocasião acabou sendo preso em flagrante pela Polícia Federal pelos crimes de tráfico interestadual de drogas e porte ilegal de arma de fogo.

No dia seguinte, o preso foi agraciado com alvará de soltura na Audiência de Custódia, no ato, o juiz considerou a falta de mandados contra o acusado e os bons antecedentes criminais, porém o ministério público apresentou Recurso em Sentido Estrito em face da decisão e Mandado de Segurança com pedido de liminar para garantir o efeito suspensivo do recurso.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Cláudio Santos, acatou as razões presentes no recurso apresentado pelo ministério público revogou a liberdade provisória do acusado e decretou sua prisão preventiva. Na decisão o magistrado reconheceu que os argumentos usados pelo juízo de primeiro grau não eram suficientes para não decretação da prisão preventiva. “... entendo não são suficientes para afastar a necessidade da decretação da prisão preventiva no caso presente, em face da magnitude da empreitada criminosa, o que denota que a volta do flagranteado ao meio social possibilitará a continuidade de sua atividade delitiva”.

Semelhante aos casos anteriores, o magistrado não cometeu nenhuma aberração jurídica, aplicou o que achou proporcional e justo ao caso concreto, não há porque se falar em falhas jurídicas, mas o contrário, houve uma interpretação literal e aplicação das disposições do Código de Processo Penal, deve-se ressaltar que o preso ficou sob vigilância através do uso de tornozeleira eletrônica além de outras medidas cautelares, de igual modo agiu o desembargador ao considerar os artigos 312 e 589 do CPP para proferir a decisão que decretou a prisão preventiva do acusado.

A análise dos casos aponta que, nas três situações expostas não existiram falta de critérios por parte dos juízes ao conceder a liberdade dos presos durante a Audiência de Custódia, na verdade acredita-se que houve um estrito cumprimento do CPP. Deste modo, pode-se perceber uma semelhança entre os casos, já que, além de todos terem sido soltos em Audiência de Custódia, houve um certo descontentamento, seja por parte da polícia, do

ministério público, da sociedade em geral e das vítimas, mas não houve falta de resposta do judiciário aos delitos cometidos. Todavia, não se pode atribuir a Audiência de Custódia o “status” de vilã simplesmente pela soltura dos presos, a própria legislação brasileira, mais que permite, obriga o seu fiel cumprimento.

4.5. Análise de Dados

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça até junho de 2017 foram realizadas 258.485 audiências de custódia em todo país, destas um total de 115.497 (44,68%) resultaram na liberdade dos presos e 142.988 (55,32%) resultaram em prisão preventiva dos acusados.

No Rio Grande do Norte, desde a implantação foram realizadas 3.270 audiências de custódia, onde 1.709 (52,26%) desaguaram em prisões preventivas e 1.561 (47,74%) resultaram em liberdade provisória dos presos em flagrante. Segundo o Os dados apontam que houve uma redução no número de prisões desnecessárias em relação a antes da implantação. Atualmente segundo o 11º Anuário de Segurança Pública, o estado é considerado o 2º mais violento do país.

Os números também apontam que depois que a Audiência de Custódia foi implantada, houve uma redução nos casos de reincidência criminal. No estado do Rio de Janeiro, um dos dez mais violentos do país, dados do CNJ apontam que um ano após a implementação da medida somente 1,4 % dos presos, voltaram a ser apresentados em Audiência de Custódia. A diminuição também aconteceu em outros estados, no Mato Grosso, dados da defensoria pública apontam que até janeiro de 2017, somente em 9% dos casos em que o órgão atuou tiveram reincidência. De igual maneira apontam os dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde em somente 7 % dos indivíduos presos voltaram a cometer crimes após a Audiência de Custódia.

Os dados disponíveis não se restringem apenas aos estados citados, de um modo geral, os índices de reincidência criminal relacionados à Audiência de Custódia é considerado baixo, lógico que não é o ideal, pois em muitos casos, a reincidência está diretamente ligada a outros fatores, como por exemplo, falta de educação, assistência social, emprego e saúde pública.

A questão é ainda mais profunda e, a criminalidade está diretamente ligada à negligência do Poder Estatal em serviços básicos e necessários à vida com dignidade. Mesmo que os juízes passem tomar decisões mais rigorosas, aumentando então o número de prisões em flagrantes convertidas em prisões preventivas e temporárias nas audiências de custódia e, até

mesmo nas prisões para cumprimento da pena, na ocasião que aquele que estava preso for posto em liberdade, enfrentará os mesmos problemas que já existiam antes da prisão.

Pode-se dizer também que há uma falha na própria legislação, o juiz, o promotor e o defensor sempre deverão atuar pautados no que dispõem as leis, de modo que em se tratando de matéria penal, sempre será levado em consideração o que, legalmente, melhor se aplique ao caso concreto e que proporcione mais benefícios ao preso. Portando os dados e a pesquisa demonstram que não é a Audiência de Custódia que irá influenciar na persistência da prática delituosa, na verdade esse instrumento é necessário ao processo penal.

5. CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento do presente estudo, nota-se sem sombra de dúvidas, a relevância da problemática abordada, qual seja, o liame entre a Audiência de Custódia e a impunidade, que até então, acreditava-se existir com a implementação deste instituto no país. Tal questionamento é, portanto, desqualificado. Outrossim, o artigo também permitiu compreender as principais etapas e a eficácia da aplicação daquele mecanismo para a efetiva adequação da legislação pátria aos tratados internacionais sobre direitos humanos que o Brasil é signatário, primordialmente, no que se refere ao preso em flagrante.

Em suma, o estudo possibilitou uma análise sobre os aspectos essenciais da Audiência de Custódia para o processo penal brasileiro, desta maneira, não se pode atribuir o aumento dos índices de violência, de reincidência e de impunidade a este instrumento, como de igual modo não se deve permitir a deturpação desse mecanismo com o único fim de resolver a crise constante do sistema prisional.

A implantação da Audiência de Custódia no Brasil, além de atender o disposto nos Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos, coloca o país em um nível elevado no tocante a proteção de direitos humanos, pois com este fundamento obriga-se uma garantia de apresentação do preso em flagrante a autoridade judicial competente, sem demora, para que este venha a julgar e decidir acerca da necessidade de manutenção ou substituição da prisão.

Buscou-se caracterizar a evolução das prisões que existem no Brasil, pois a Audiência de Custódia está diretamente ligada a privação da liberdade de ir e vir através do encarceramento. Para tanto, existiu uma necessidade de utilização do direito comparado sobre os moldes de como essa ferramenta é empregada mundo à fora, o que resultou numa perspectiva de necessidade e adequação em relação à legislação interna.

Em seguida, solidifica-se o conceito de Audiência de Custódia, que tem como alicerce, inicialmente, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e, no direito brasileiro surge através da Resolução 213/2015 do

Conselho Nacional de Justiça, analisando seus aspectos e sua evolução internamente. Chega-se então, a uma análise de casos “Ex-Post Facto” e de dados disponíveis, que irão corroborar com o entendimento de que a implantação da Audiência de Custódia não será um fator preeminente para o aumento da criminalidade, reincidência e impunidade.

No presente artigo, o emprego da pesquisa bibliográfica de vários posicionamentos sobre a Audiência de Custódia, auxilia na demonstração de que através da inserção de um mecanismo que garanta a apresentação do preso à autoridade competente num prazo razoável, evidencia-se a legalidade ou ilegalidade da prisão, possibilita a repressão de possíveis práticas de tortura e maus tratos, protegendo então, a integridade física e psíquica do sujeito preso.

Concomitantemente, viabiliza a salvaguarda da atuação estatal através de seus agentes no cumprimento da lei, além de incentivar a diminuição da massa carcerária, sem que este fator decorra em impunidade, pois a legislação irá fornecer os parâmetros para que o judiciário possa cumprir fielmente seu papel, sustentando a justiça com a aplicação da Lei.

Sabida a relevância do tema para o mundo jurídico, transfigura-se necessário a ampliação do estudo sobre o assunto, sua expressividade deixa incógnitas em alguns pontos deste artigo, o que requer um aprofundamento maior e/ou novas problemáticas. Pode-se exemplificar como pontos à serem explorados futuramente, as consequências de sua não aplicação, assim como a extensão da Audiência de Custódia no processo penal militar.

Conclui-se então que os objetivos deste artigo foram alcançados, pois ficou provado que a Audiência de Custódia é um instrumento necessário e eficaz para o processo penal. A implantação deste instituto jurídico, é considerada um avanço jurídico em vários países e, no Brasil não é diferente, tendo em vista que os aspectos relacionados ao tema traduzem sua eficácia no tratamento humanizado e no combate ao aumento da população carcerária, sem que isto reflita em reincidência criminal e impunidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2ª EDIÇÃO – Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. Prefácio: René Ariel Dotti. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, 1988.

—. 1941. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL, República Federativa do. **DECRETO 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Brasília, 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848. Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1940.

—. 1992. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1992. 1992.

BRAZIL. 1824. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. 25 de mar de 1824.

CAPEZ, Fernando. 2016. **Curso de Processo Penal**. 23. São Paulo : Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A Audiência de Custódia Completa Um Ano Revolucionando o Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81617-audiencias-de-custodia-completam-um-ano-revolucionando-sistema-prisional>> Acesso em: 11 out 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia Evitou Prisões Sem Aumentar a Reincidência**. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/397579043/audiencia-de-custodia-evitou-prisoas-sem-aumentar-a-reincidencia>> Acesso em 11 out 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reincidência em Audiência de Custódia é de 1,4% no Rio de Janeiro**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83366-reincidencia-em-audiencias-de-custodia-e-de-1-4-no-rio-de-janeiro>> Acesso em: 12 out 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia Analisa a Legalidade de 200 Mil Prisões nos Últimos Dois Anos**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84563-com-audiencias-de-custodia-45-6-dos-que-foram-presos-respondem-em-liberdade-2>> Acesso em: 12 out 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados Estatísticos/Mapa de Implantação.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 04 nov 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso: 10 jul 2017.

CREMONESE, Bruno Mário Salgado. **A Audiência de Custódia.** 2016. Disponível em: < <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/17956>> Acesso em: 19 jul 2017.

FILHO, José Reinaldo Coelho Peixoto. **A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO JUDICIAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.** 2016

Human Rights Watche. **O Direito à Audiência de Custódia de Acordo com o Direito Internacional.** Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/news/2014/02/03/252627>>. Acesso em: 30 out 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. 2014. **Manual de Processo Penal.** 2ª. Salvador : Juspodvm, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Desembargador Acata Pedido do MPRN e Manda Prender Comerciante Acusado de Por Tráfico Liberado em Audiência de Custódia.** Disponível em: < <http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/noticias/8010-desembargador-acata-pedido-do-mprn-e-manda-prender-comerciante-acusado-por-traffic-e-liberado-em-audiencia-de-custodia>> Acesso em: 05 nov 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. 2015. **Os Mitos da Audiência de Custódia.** Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 28 out 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. 2012. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo. RT, 2012.

—. 2016. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13ª rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21. São Paulo. Atlas, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14 ed., rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Processo nº 0106846-16.2017.8.20.0001.** Disponível em: < <http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=Elito+Francisco+Vilela+da+Silva&pbEnviar=Pesquisar>> Acesso em: 05 nov 2017.

