

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Maria Mariana Denes da Rocha¹

Lincoln José Rufino²

RESUMO

A Audiência de Custódia foi implantada no Brasil, através da Resolução 213, em fevereiro de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar a aplicação da audiência no Processo Penal brasileiro, abordando o seu conceito e o contexto das prisões cautelares, tendo em vista seu caráter de garantia constitucional, como forma de assegurar a efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, além de ser vista como solução para a redução do fenômeno do encarceramento em massa e, consequentemente, da superlotação carcerária e das violações aos direitos fundamentais dos presos. Contudo, pretende-se abordar também os pontos controversos da implementação dessa prática, como a possibilidade ou não da utilização de videoconferência e o fenômeno da soltura em massa de presos, presente em alguns Estados, observando-se o atual cenário em que as prisões cautelares se encontram, tendo sido utilizados, para tanto, o método de abordagem hipotético-dedutivo, os métodos de procedimento funcionalista e comparativo, e a utilização de lei, doutrina e artigos como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Prisões Cautelares. Medidas Cautelares. Encarceramento em Massa. Direitos Fundamentais.

THE CUSTODY HEARING AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE AND ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

The Custody Hearing was implemented in Brazil, through the Resolution 213, in February 2015 by the National Justice Council (NJC), in partnership with the Ministry of Justice and the Sao Paulo's Court of Justice (SPCJ). Thus, the purpose of this study is to analyze the application of the hearing in the Brazilian Criminal Procedure, addressing its concept and the context of the precautionary prisons, considering it as a constitutional guarantee, as a way to ensure the effectiveness of the international human rights treaties ratified by Brazil, as well as being seen as a solution to reduce

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: <marirocha_5@yahoo.com.br>.

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: <linrufino@yahoo.com.br>.

the phenomenon of mass incarceration and, consequently, the prison overcrowding and the violations of the fundamental rights of the prisoners. However, it is also intended to address the controversial issues of the implementation of this practice, such as the possibility of using videoconference and the phenomenon of mass release of prisoners, present in some states, observing the current scenario in which precautionary prisons are, using the hypothetic-deductive approach method, the functionalist and comparative procedure methods, and the use of law, doctrine and articles as research techniques.

Keywords: custody hearing; precautionary prisons; precautionary measures; mass incarceration; fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista as noções desenvolvidas pelo homem ao longo de sua história sobre crime e transgressão, antes repreendidos na forma de castigos e até mesmo com a morte, os atos ilícitos passaram a ser punidos com diversas sanções, dentre as quais: a prisão.

Segundo Nucci (2012, p. 606), prisão é a privação da liberdade de um indivíduo, restringindo o seu direito de ir e vir, através do recolhimento ao cárcere, e em nosso ordenamento, é aplicada de duas distintas formas, quais sejam: a prisão-pena e a prisão sem pena.

A prisão-pena se dá através de decisão transitada em julgado, enquanto que a prisão sem pena se caracteriza como medida cautelar, com a função de garantir a eficácia do processo quanto ao seu fim, preservando a ordem pública, a ordem econômica e a conveniência da instrução criminal. Dentro das medidas cautelares encontra-se a prisão cautelar de natureza processual.

O contexto das prisões cautelares e da atual situação carcerária do Brasil, tema relevante tanto no âmbito constitucional quanto no processual penal, no que diz respeito aos seus reflexos na sociedade e seus usos e limites constitucionais, é um tema bastante polêmico por tratar da superlotação do sistema carcerário brasileiro e questões que envolvem direitos humanos.

Dessa forma, tem-se que estas devem estar de acordo com os postulados constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, além dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, já que, por vezes, os

detidos são submetidos a ameaças contra a vida, saúde e integridade física, além de abusos e maus tratos por parte de agentes policiais.

Tendo isso em vista, foi lançada no Brasil, em forma de projeto, a Audiência de Custódia, em fevereiro de 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passando a ser vista como uma forma de garantia da observância dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, além de opção para a solução do encarceramento em massa, evitando assim rebeliões, fugas e outros problemas relacionados, além de acelerar o andamento dos processos.

Dito isto, tem-se que a problemática central do presente trabalho baseia-se na análise dos efeitos da audiência de custódia no âmbito do processo penal brasileiro. No entanto, também é preciso analisar os seus pontos negativos e falhas, fazendo-se necessário discutir se a implantação da audiência de custódia estaria contribuindo não para a redução de prisões ilegais, mas para uma soltura em massa de presos que cometem crimes graves.

Através deste trabalho, portanto, pretende-se analisar o atual contexto legal em que se encontram as prisões cautelares no Brasil, diante da superlotação carcerária que o país apresenta, com o uso de políticas de encarceramento em massa, e, principalmente, analisar a aplicação da audiência de custódia no processo penal brasileiro como uma prática que pode auxiliar no controle desse fenômeno e garantir efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, se utilizada de forma correta.

Desse modo, o presente estudo tem por objetivo geral analisar a aplicação desse tipo de audiência no processo penal brasileiro e sua contribuição para o controle do excesso de prisões cautelares existente no Brasil, em que, para tanto, serão utilizados dados obtidos por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais, referentes às prisões no Brasil e sua previsão legal, além de pesquisa bibliográfica referente à audiência de custódia.

O método de abordagem a ser utilizado será o hipotético-dedutivo, partindo da hipótese da redução das prisões cautelares. O método de procedimento será o funcionalista e o comparativo, em que se buscará definir tal prática, além de comparar sua utilização com a de institutos de outros ordenamentos jurídicos, e as técnicas de pesquisa serão principalmente a lei, a doutrina e artigos científicos atinentes ao tema.

Com tudo o que foi exposto, espera-se, ao final deste trabalho, demonstrar o resultado da aplicação da audiência de custódia no processo penal em território nacional e na redução da banalização das prisões cautelares, abordando sua origem, seus fundamentos legais e as polêmicas que a envolvem.

2. AS PRISÕES CAUTELARES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1. PRISÕES CAUTELARES NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal Brasileira de 1988 abrange diversos princípios e fundamentos que exercem evidente influência no processo penal, dentre eles é possível observar que a dignidade da pessoa humana recebe destaque, do que se auferir que mesmo que um indivíduo pratique um ato passível de repressão estatal, não restará justificado o desrespeito à sua dignidade.

Além disso, a Constituição apresenta outros princípios, como o do devido processo legal, da presunção de inocência, da estrita legalidade, da ampla defesa, do contraditório e, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, como formas de garantir a dignidade da pessoa humana.

Ao analisar as prisões cautelares, é importante destacar que de acordo com o princípio da presunção de inocência, presente no artigo 5º, incisos LVII e LXI da CF/88 (BRASIL, 1988), ninguém deve ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, a necessidade de uma decisão judicial não é garantia suficiente contra prisões arbitrárias, devendo esta ser fundamentada com preceitos legais.

Além disso, a prisão, mesmo a cautelar, deve ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, quando forem inexistentes medidas mais adequadas ao caso, bem como a existência de dúvida deve servir como fundamento de absolvição do acusado.

Isso se dá porque prevalece no processo penal brasileiro o juízo de não culpabilidade, em que não há culpabilidade presumida do acusado até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal que o condene. Dessa forma, a Constituição Federal promove a garantia de que toda prisão anterior à condenação seja

fundamentada, bem como seja emanada por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Outrossim, vale mencionar o princípio da proporcionalidade, através do qual se estabelece que entre meios e fins (pena aplicada e punição, por exemplo) deve ser realizada uma análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que reste proibido o excesso de meios, e mais ainda, que a alternativa menos gravosa seja escolhida, garantindo a intervenção mínima do Estado, além da efetividade dos direitos fundamentais.

Deste modo, a “adequação” é tida como um parâmetro que verifica se um ato estatal teve seu objetivo legítimo alcançado ou pelo menos fomentado, enquanto a “necessidade” é vista de acordo com o objetivo da persecução penal, onde:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38).

A partir desse norte, portanto, surge a necessidade de discorrer acerca das características de cada uma das prisões cautelares atualmente aplicáveis pela processualística penal brasileira.

2.2. PRISÕES CAUTELARES NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

No que diz respeito às medidas cautelares, a legislação processual penal sofreu várias reformas, desde a elaboração do Código de Processo Penal de 1941, principalmente com as leis nº 11.689, nº 11.690 e nº 11.719, todas de 2008, e com a lei nº 12.403, de 2011, buscando uma adequação constitucional. No entanto, apesar de trazerem notáveis avanços, tais reformas não romperam com a visível natureza autoritária do Código.

No atual regramento jurídico estão previstas as seguintes prisões cautelares: prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316) e prisão temporária (Lei 7.960/89), não podendo o juiz decretar modalidades não previstas em lei.

2.2.1. Prisão em Flagrante

Na visão de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017, p. 905), é considerada prisão em flagrante a do delito que acaba de ser cometido ou que ainda está sendo praticado, ou seja, é o delito que ainda “queima”, sendo caracterizada como uma medida restritiva de liberdade que não exige ordem escrita do juiz, de natureza administrativa.

Em seu art. 5º, inciso LXI, a Constituição Federal dispõe que:

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).

Diante disto, observa-se que logo após efetuada, a prisão em flagrante deve ser comunicada à autoridade judiciária competente. A partir da notícia do flagrante, então, o juiz deve optar por: a) relaxar a prisão, caso seja ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art.312 do CPP, ou c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).

A partir da redação atual, portanto, resta clara a impossibilidade da coexistência, no mesmo processo, da prisão em flagrante e da prisão preventiva, e com exceção dos casos de prisão temporária (hipóteses da Lei 7.960/89), o réu privado de liberdade ou está preso devido ao flagrante (devendo assim permanecer até no máximo 24 horas até a primeira apreciação judicial) ou em prisão preventiva.

2.2.2. Prisão Preventiva

De acordo com o entendimento de Nucci (2012, p. 604), a prisão preventiva se caracteriza por ser uma medida cautelar que restringe a liberdade do indiciado ou réu, por razões de real necessidade. Dessa forma, é imprescindível a demonstração do motivo da mitigação da presunção de inocência, não sendo possível sua decretação de forma automática, devendo o juiz apontar as razões pelas quais considerou outras medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP, inadequadas e insuficientes.

Destaca-se que esta modalidade pode ser decretada pelo juiz, de ofício, no decorrer da ação penal, ou por requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação, do querelante, ou até mesmo por representação da autoridade policial durante a fase inquisitorial, (art. 311, CPP), e seus requisitos estão previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, devendo, obrigatoriamente, ser observados.

Nesse âmbito, é importante frisar que não há definição doutrinária em relação aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. No entanto, o Poder Judiciário entende que, na prática, é suficiente o disposto no Código de Processo Penal (art. 312, CPP) de que tal modalidade deve ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ainda, segundo Aury Lopes Jr. (2013, p. 824), sem o *periculum libertatis*, a prisão preventiva, ou qualquer medida cautelar diversa, não poderá ser decretada, pois meras presunções não bastam para a sua decretação. É necessário um suporte fático e probatório, a comprovação do fator de risco que justifique a efetividade da medida, ou seja, apenas o *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e prova da existência do crime) não são suficientes.

2.2.3. Prisão Temporária

Para os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017, p. 944), a prisão temporária apresenta natureza cautelar, sendo cabível apenas na fase do inquérito policial, ou de investigação preliminar correspondente, além de possuir prazo preestabelecido de duração.

Tal medida pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, não podendo o juiz decretá-la de ofício por se tratar de medida cautelar inerente à fase investigativa, a qual se encontra disciplinada pela Lei nº 7.960/1989.

Em regra, o prazo da prisão temporária é de cinco dias, podendo ser prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, *caput*, da Lei 7.960/89). No caso de crimes hediondos e equiparados, o prazo passa a ser de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90).

Cumpra-se ressaltar que, expirado o prazo determinado pelo magistrado, e não havendo sido convertida a prisão em preventiva, o indiciado deve ser imediatamente libertado pela autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura, sob pena de se configurar como constrangimento ilegal, passível de impetração de *habeas corpus*, ou até mesmo como crime de abuso de autoridade por parte do delegado (art. 4º, Lei 4.898/65).

2.2.4. Prisão Domiciliar

O Código de Processo Penal dispõe sobre a prisão domiciliar (arts. 317 e 318, do CPP) e, como bem lembra Nucci (2012, p. 624), essa modalidade não é considerada uma nova medida cautelar restritiva de liberdade, pois se trata de prisão preventiva em residência, de onde o sujeito só pode sair se houver autorização judicial.

A prisão domiciliar se diferencia do recolhimento domiciliar constante no Código, por estar relacionada aos motivos pessoais do agente, devendo ser apresentada comprovação documental ou perícia médica para sua aplicação. Esta modalidade de prisão possui natureza humanitária.

Tal prisão se caracteriza pela permanência do suspeito ou réu em sua residência, apresentando caráter de maior restrição do que o recolhimento domiciliar, haja vista que o agente dela só poderá ausentar-se com autorização judicial (art. 317, CPP).

Em contraposição, o recolhimento domiciliar constitui-se como medida cautelar diversa da prisão e consiste no recolhimento do réu ou suspeito em domicílio durante o período noturno e nos dias de folga, desde que o acusado tenha residência e trabalho fixo (art. 319, V, CPP).

2.3. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

As medidas cautelares diversas da prisão, previstas no Código de Processo Penal (art. 319, CPP), para doutrinadores como Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017, p. 1098), constituem um rol exemplificativo, indicando ao juiz um vasto leque

de medidas alternativas à prisão que podem ser aplicadas e que representam uma menor ofensa à dignidade da pessoa humana e às garantias fundamentais. A opção por determinada restrição, em situação concreta, será sempre motivada conforme disposto no Código (art. 282, CPP).

Por esse motivo, a sua determinação dependerá da apreciação judicial de sua necessidade e da proporcionalidade da restrição, podendo ser utilizadas, ainda, outras medidas menos restritivas e não previstas no artigo supramencionado, desde que adequadas ao caso e que não excedam os limites autorizados pela legislação brasileira.

Além disso, as medidas cautelares não podem ser banalizadas, pois não se deve desprezar a gravidade das restrições que elas impõem. Conforme salienta Aury Lopes Jr. (2013, p. 862), o objetivo dessas medidas é reduzir a incidência da prisão cautelar, e não aumentar o controle estatal sobre a liberdade individual.

3. DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

A situação carcerária do Brasil e a banalização das prisões cautelares são assuntos antigos e bastante explorados. Através deles, verifica-se a existência de diversos casos de violação dos princípios presentes na Constituição Federal de 1988, assim como de convenções e tratados dos quais o Brasil é signatário.

Tem-se, portanto, que além de os apenados estarem expostos a maus tratos e a más condições de higiene e saúde – assim como, por vezes, os próprios agentes penitenciários – estes são capacitados para a prática de outros delitos, muitas vezes mais graves do que aqueles pelos quais foram presos.

Nesse sentido, é importante frisar que, de acordo com o último relatório disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, o Brasil é o quarto país com o maior número de encarcerados, com 607.731 presos, o que corresponde a uma taxa de encarceramento de 286,0 presos por 100.000 habitantes.

Tendo isso em vista, nota-se que um dos entendimentos para o crescimento exponencial de encarcerados nos últimos tempos é o fato de que as prisões

assumiram o papel das periferias e favelas na gestão da pobreza, como forma de segregação das classes marginalizadas.

Segundo o pensamento de Aury Lopes Jr. (2012, p. 30), atualmente, primeiro prende-se para depois investigar, quando, na verdade, deveria haver uma investigação ou diligência, vindo a ocorrer a prisão do indivíduo somente após, haja vista que estariam demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

De tal forma, observa-se que as prisões cautelares vêm sendo utilizadas como medidas de urgência, e não como *ultima ratio*, para atender a opinião pública, com a ilusão de justiça imediata, já que o fato de o agente permanecer solto gera insegurança e incômodo para a sociedade, além de prova da ineficiência do Judiciário.

Contudo, a partir da análise de dados do Ministério da Justiça nos anos de 2008 e 2009, em que ocorreram Mutirões Carcerários, é possível perceber a presença de um grande número de pessoas presas ilegalmente nos sistemas prisionais do país, apresentando exemplos claros de abusos cometidos, como casos de agentes que permaneciam presos por pequenos delitos durante anos, sem qualquer julgamento, ou até mesmo sem denúncia, e que acabaram soltos durante o Mutirão (CNJ, 2012, p. 135).

Em meados de 2014, a *Human Rights Watch* cita situação parecida, comprovando que poucas mudanças ocorreram com o passar dos anos:

C.V., por exemplo, passou mais de dois meses na prisão sob a suspeita de ter comprado uma motocicleta roubada, embora não tivesse qualquer condenação anterior e o crime a ele imputado não preveja pena de prisão em caso de condenação. Quando ele foi preso, o delegado de polícia estabeleceu uma fiança de 724 reais, a qual C.V. não foi capaz de pagar, de acordo com o processo. A Defensoria Pública fez uma petição em favor de sua liberação e ele foi colocado em liberdade provisória. Sua permanência na prisão por mais de dois meses custou aos contribuintes cerca de 5.000 reais. (HRW, 2015).

É notável, portanto, que a aplicação excessiva de prisões cautelares contribui para a superlotação carcerária, bem como para a falta de efetiva separação de presos condenados e detidos preventivamente, fenômeno denominado pelo Ministro Ricardo Lewandowski como “cultura de encarceramento” (LEWANDOWSKI, 2013).

Nesse sentido, as prisões, as quais deveriam servir para ajudar a conter os crimes violentos, findam por promover o crescimento de facções criminosas e da

violência dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Isso se dá porque presos provisórios são constantemente colocados em celas com criminosos condenados, e aguardam meses em condições desumanas, sob intensa pressão e ameaça para se juntarem a uma das facções, antes de serem levados à presença de um juiz pela primeira vez.

No estudo da *Human Rights Watch* sobre crise penitenciária (2015), o Subdefensor Público-Geral do Estado do Maranhão declarou que nos casos de suspeitas de crimes relacionados a drogas, em um cenário positivo, a primeira audiência perante um juiz acontece entre 90 a 120 dias após a prisão, ou seja, as facções têm cerca de 120 dias para aliciarem novos presos a juntarem-se a elas. Para os suspeitos de terem cometido outros tipos de crime, a espera é ainda maior.

Assim, à banalização da prisão cautelar acrescenta-se a demora do julgamento de presos cautelarmente, contribuindo para o encarceramento em massa.

Ademais, o relatório da ONU sobre encarceramento no Brasil aponta que apesar da alteração introduzida no Código de Processo Penal em 2011 com a Lei 12.403/2011, permitindo a utilização de medidas alternativas à prisão, não houve redução significativa do uso da detenção. Em casos onde foram aplicadas medidas como fiança, por exemplo, o detido não foi capaz de pagar o montante exigido (ONU, 2014, p. 12).

A Lei de Drogas (11.343/2006) também é vista como uma das razões para o aumento do número de encarcerados. Implantada em 2006, sem estabelecer critérios exatos para diferenciar o mero usuário de droga do traficante, a redação dos seus dispositivos permitiu que as autoridades prendessem qualquer tipo de suspeito.

Prosseguindo, uma pesquisa coordenada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), ao analisar os dados obtidos sobre as prisões provisórias nos estados da Bahia e de Santa Catarina, entre 2008 e 2012, destacou o fato de a maioria dos agentes ter sido presa em flagrante, principalmente os de tráfico, resultando, conseqüentemente, na conversão do flagrante em prisão cautelar.

Além disso, percebe-se que no lugar de “determinar o núcleo da ação penal de forma clara e precisa, o texto da nova Lei de Drogas é amplo em demasia, o que

favorece interpretações e aplicações variadas na sua redação extensiva e exemplificativa.” (SAL/MJ, 2015, p. 32-33).

Ainda conforme a pesquisa, observa-se que a maioria dos presos provisórios em decorrência de crimes de tráfico tiveram seus casos definidos como tráfico simples (art. 33), sendo 88,03% na Bahia e 78,69% em Santa Catarina (SAL/MJ, 2015. p. 33). Entretanto, a aplicação da nova lei não demonstrou sua eficiência ao aumentar o número de presos no Brasil, pois esta não estabelece a quantidade de drogas que permitiria diferenciar traficantes de usuários, ficando o julgamento sob responsabilidade da polícia durante a abordagem.

No mais, o relatório de 2014 da ONU mostra que o Brasil possui quatro presídios federais e 1.124 prisões do Estado, em que 55 são destinadas apenas para mulheres. A capacidade total destes seria de 355.000 vagas. No entanto, o sistema penitenciário, à época, detinha cerca de 550 mil detidos e presos, e a maioria das prisões até hoje se encontra em situação precária, com infraestrutura inferior ao padrão exigido internacionalmente, e com um número insuficiente de profissionais de educação, saúde e assistência social trabalhando (ONU, 2014, p. 12).

Vale salientar que de acordo com o mapa de prisões da organização Conectas, é possível observar que, entre 1992 e 2013, a taxa de encarceramento no Brasil cresceu mais de 300% (número de presos por 100 mil habitantes). Ou seja, durante esse período, mais pessoas foram presas sem uma sentença que condenasse a maioria delas à prisão, já que muitos processos judiciais levam anos para serem concluídos pela justiça (CONNECTAS, 2014).

Por conseguinte, esses dados deixam em evidência a necessidade de alterações na legislação pátria que prevejam formas de controle da banalização das prisões cautelares, e que respeitem as normas internacionais que versam sobre o problema, sendo este um dos fatos impulsionadores da adoção pelo CNJ de Resolução tratando da Audiência de Custódia no Brasil.

4. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA

4.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS

A Audiência de Custódia se caracteriza como a apresentação, sem demora, do preso em flagrante a autoridade judiciária. Consiste, portanto, na apresentação deste ao juiz, sendo também ouvidos os representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública ou o advogado do indivíduo, em observância aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Não há previsão expressa da audiência de custódia no Código de Processo Penal, porém, merece destaque o Pacto de São José da Costa Rica, um dos tratados assinados pelo país, segundo o qual, em seu art. 7º, item 5, prevê:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:

[...]

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

Da mesma maneira, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu art. 9º, item 3, também discorre sobre a Audiência de Custódia, assegurando, ainda, que a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deve ser considerada regra geral.

Em virtude da adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, através do Decreto 678/92, e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) através do Decreto 592/92, ambos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como sendo de natureza suprallegal, no julgamento do RE 466.343-1/SP (BRASIL, STF, 2008), não restam dúvidas sobre a eficácia e a necessidade da aplicação destas normas no país.

A partir disto, o Conselho Nacional de Justiça implantou, por meio da Resolução 213, a Audiência de Custódia em território nacional, como é possível extrair do seu art. 1º, o qual determina que toda pessoa presa em flagrante delito

seja apresentada, em até 24 horas da cientificação do flagrante, à autoridade judicial competente, para que o preso possa ser ouvido sobre as circunstâncias em que foi realizado o ato de prisão ou apreensão.

4.2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO COMPARADO

Embora seja vista como uma inovação no contexto processual pátrio, a Audiência de Custódia é utilizada há muitos anos em diferentes ordenamentos jurídicos. Portanto, a partir da análise de procedimentos de apresentação dos presos à presença de um juiz no Direito Comparado, é possível trazer o assunto à discussão no plano nacional.

Sendo assim, em nota técnica conjunta da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão (2015, p. 04), o Ministério Público Federal divulgou acerca da aplicação da Audiência de Custódia em outros países o seguinte:

O prazo de 24 horas é também compatível com o prazo adotado em outros países. Na Argentina, o prazo é de 6 horas após a prisão, segundo o Código de Processo Penal Federal. O Chile exige prazo de 12 horas para apresentação ao promotor, que poderá soltar o preso ou apresentá-lo ao juiz em 24 horas. Na Colômbia, o prazo é de 36 horas para apresentação ao juiz. No México, o prazo é de apresentação imediata ao promotor, que deverá apresentá-lo ao juiz em 48 horas ou libertá-lo. Na Espanha, na Itália e na Alemanha, o preso deverá ser apresentado no prazo máximo de 24 horas. Em Portugal, o prazo é de 48 horas.

Destarte, é possível verificar a importância de se estabelecer um prazo razoável para a apresentação do preso a autoridade judicial, haja vista que os tratados não especificam o tempo ao estabelecer que o preso deve ser apresentado “sem demora”.

Também merece destaque o estudo publicado pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de São Paulo, com o intuito de subsidiar o PLS 554/2011, voltado para a prática de institutos similares a essa audiência em países como Reino Unido, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Suécia, África do Sul e Argentina.

A análise revela que todas as jurisdições estudadas seguem as jurisprudências dos órgãos internacionais, e a estipulação de prazos para a apresentação do encarcerado também recebe sua devida importância, do que se

verifica que em um caso em que ocorreu uma demora de quatro dias, no Reino Unido, foi considerado como violação do artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos pelo Comitê de Direitos Humanos.

Apesar de grande parte das nações estudadas não apresentarem disposição constitucional expressa, todas respeitam a razoabilidade e a proporcionalidade, conforme se observa no trecho a seguir da mesma entidade supracitada (MPF, 2015):

Em breve apanhado, é possível verificar que são os seguintes os prazos para a apresentação do preso a um juiz:

Reino Unido: Em regra o prazo é de 24 horas, excepcionalmente podendo ser prorrogado uma ou duas vezes por 36 horas, alcançando, no máximo 96 horas (4 dias);

França: Em regra o prazo é de 24 horas, podendo ser estendido para 48 horas a pedido da Promotoria. Em circunstâncias especiais, a detenção alcançar 72 horas, e de 96 a 120 horas (5 dias) para casos com suspeita de terrorismo.

Espanha: O prazo máximo é de 72 horas.

Portugal: O prazo máximo é de 48 horas.

Alemanha: O prazo máximo é de 47 horas e 59 minutos.

Suécia: O prazo máximo é de 48 horas.

África do Sul: O prazo é de 48 horas, salvo se o seu término se der em dia em que não houver expediente forense, quando se prorroga até o próximo dia útil.

Argentina: O prazo máximo é de 06 horas.

Nesse contexto, o estudo pôde concluir que a implantação dessa prática no processo penal brasileiro é, na verdade, uma adequação do que já é aplicado em outros países, independentemente dos seus sistemas serem similares ou não.

Com a inclusão da audiência de custódia no ordenamento jurídico, portanto, é possível assegurar a adequação aos diplomas internacionais assinados pelo Brasil, bem como estabelecer os direitos neles previstos.

4.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tramita desde o ano de 2011 o Projeto de Lei nº 554 do Senado Federal, visando à modificação do art. 306 do CPP para a inclusão da Audiência de Custódia em sua redação.

Nesse sentido, a Audiência de Custódia foi introduzida no Brasil em fevereiro de 2015, a partir da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, sob a forma de projeto.

De acordo com dados estatísticos fornecidos pelo CNJ, desde a sua implantação até junho de 2017 foram realizadas um total de 258.485 audiências de custódia em todo o Brasil, das quais 44,68% dos casos resultaram em liberdade e 55,32% em prisão preventiva (CNJ, 2017).

Durante a audiência, o juiz analisa a legalidade, a necessidade e a adequação da prisão ou do seu relaxamento, com ou sem a aplicação de outras medidas cautelares. Dessa forma, não se adentra no crime em si, avaliando apenas a existência de eventuais torturas, agressões e demais formas de desrespeito aos direitos fundamentais.

Através da audiência, viu-se a possibilidade de redução de prisões cautelares, bem como um maior controle sobre a ilegalidade das prisões e do desrespeito aos direitos fundamentais dos presos por parte de autoridades policiais.

Tendo este pensamento em vista, é importante ressaltar que diante do caótico cenário de violência observado em todo o território nacional, é de extrema importância que medidas sejam tomadas para garantir a segurança da sociedade. No entanto, sem ignorar os direitos de toda pessoa que se encontre presa.

Para tanto, faz-se imprescindível a condução do acusado ao juiz nessa fase anterior ao processo propriamente dito, como forma de evitar abusos e torturas, além de verificar se existe real necessidade do cárcere, tendo em vista que a privação de liberdade de um indivíduo deveria se dar como *última ratio*, motivo pelo qual foi criada a Lei 12.403/2011, que introduziu medidas cautelares alternativas à prisão no ordenamento jurídico.

Além do mais, é preciso enfatizar que o fato de o indivíduo ter sua prisão relaxada não implica em sua absolvição, mas em outras medidas capazes de garantir que aquele sujeito responda por seus atos em liberdade, se não implicarem motivos para a manutenção da prisão.

Ressalta-se, ainda, que o projeto da implementação de audiências de custódia no Brasil prevê o estabelecimento de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social, e câmaras de mediação penal como forma de fornecer suporte ao juiz que decida pela aplicação de outras medidas que não incorram em prisão.

4.4. A REAL EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A implantação da Audiência de Custódia não foi defendida de maneira unânime. A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), por exemplo, demonstrou certo receio com sua aplicação em âmbito nacional, alegando em Ação Direta de Inconstitucionalidade a violação do art. 22, I, da Constituição Federal, pois, “na compreensão da ANAMAGES, o CNJ incorreu em grave violação constitucional, usurpando a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre matéria processual penal” (ANAMAGES, 2016).

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL), também demonstrou oposição ao Provimento Conjunto Autônomo 03/2015, assinado pelo TJ-SP e pela Corregedoria Geral de Justiça, que em sua redação afirma que a autoridade policial deve providenciar a apresentação do detido, em até 24 horas após sua prisão, ao juiz competente. Para a Associação, isso viola a Lei Magna, já que apenas o Congresso Nacional poderia legislar sobre o assunto, e não o Judiciário, ingressando no Supremo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 (ADI 5.240), a qual foi julgada improcedente em 20 de agosto de 2015.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014) defendem que:

Outro argumento recorrente para não se viabilizar, na prática, o direito à audiência de custódia é o de que tal expediente requer uma alteração/inação legislativa, não sendo franqueado ao Poder Judiciário substituir o legislador para a implementação daquele direito no Brasil. Este argumento, no entanto, é claramente equivocado, possuindo a CADH densidade e potencialidade normativa o bastante para influir na prática judicial do ordenamento jurídico interno, afastando-nos, com essa orientação, do positivismo nacionalista que predominou do século XIX até meados do século XX, quando se exigia que os direitos previstos em tratados internacionais (também) fossem prescritos em normas internas para serem pleiteados em face do Estado ou de particulares.

Além disso, a medida sofre diversas críticas pela proibição da utilização das informações obtidas durante a audiência no processo posterior, para fins de provas, bem como a vedação da realização da audiência por videoconferência, já que dessa forma não se configura uma relação humanizada ou individualizada, sendo exigido o contato direto do preso com o juiz.

Ainda com relação a este ponto, muito se questiona sobre a impossibilidade de deslocamento de presos de alta periculosidade, o que resultaria em insegurança

para os sujeitos envolvidos na realização da audiência, justificativa esta, para alguns, suficiente para o uso de videoconferência.

É preciso esclarecer, no entanto, que o Código de Processo Penal autoriza a utilização de videoconferência apenas para o interrogatório de acusados presos, desde que haja decisão judicial fundamentada e sejam preenchidos os requisitos autorizadores previstos nos incisos do art. 185, § 2º³.

Cumprido, ainda, destacar que em alguns estados tem-se observado um outro fenômeno: a soltura em massa de presos. Com isso, há uma verdadeira preocupação quanto à má aplicação da audiência, que estaria possibilitando que indivíduos presos em flagrante por crimes graves como roubo, tráfico e até mesmo violência sexual, respondessem em liberdade (G1, 2017).

Contudo, é preciso ter em mente que a implantação de tal prática visa reduzir prisões ilegais, aplicando medidas diversas da prisão, mas não impede a conversão em prisão preventiva se verificados os requisitos necessários, do que se conclui que devem ser evitados abusos na utilização da audiência de custódia, tanto para relaxar a prisão, quanto para a sua conversão.

Ademais, é imprescindível ressaltar que a mera verificação da legalidade da prisão pelos juízes na audiência de custódia, muitas vezes pressionados pela opinião pública, não é suficiente para garantir sua máxima eficácia. É preciso ter em mente que a prisão cautelar não é pena, devendo ser utilizada apenas como última alternativa e com fundamentação concreta de sua necessidade.

³ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

[...]

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

5. CONCLUSÃO

A audiência de custódia nada mais é do que a apresentação do preso em flagrante delito ao juiz, no prazo máximo de 24 horas, consistindo em uma espécie de entrevista do acusado, que visa fiscalizar a legalidade da prisão e a ocorrência de tratamentos degradantes capazes de desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando os seus direitos e garantias.

Dessa forma, não é necessário que o juiz adentre no mérito do tipo criminal, mas tão somente no ato e nas circunstâncias da prisão em flagrante, devendo relaxá-la ao verificar a sua ilegalidade, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, ou ainda, em *última ratio*, verificada a impossibilidade da permanência do indivíduo em liberdade, ou a insuficiência da aplicação de medidas cautelares diversas ao cárcere, transformá-la em prisão preventiva.

Além de contribuir para o cumprimento dos direitos de indivíduos privados de sua liberdade em virtude do possível cometimento de crime, além dos princípios que regem o processo penal, observa-se que esta medida vem auxiliando a reestruturação do sistema carcerário brasileiro, uma vez que ao reduzir o número de prisões ilegais, também atenua o encarceramento em massa, resultando, portanto, em uma menor quantidade de presos não sentenciados.

Nessa esteira, torna-se evidente que a correta utilização dessa prática traz grandes benefícios para o ordenamento jurídico pátrio, pondo fim à banalização das prisões cautelares e servindo como medida de adequação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Cumprе reforçar, no entanto, a necessidade da aplicação dessa audiência em consonância com tais tratados, pois o seu uso arbitrário pode ocasionar resultado inverso, promovendo a impunidade e a insegurança com a soltura em massa de criminosos que deveriam, de fato, permanecer presos.

Consoante a análise das informações expostas no corpo do presente estudo, torna-se notável, portanto, a necessidade e a eficácia da aplicação da audiência de custódia como garantia constitucional dos direitos fundamentais que trará inúmeros benefícios para a sistemática penal brasileira.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O Proporcional e O Razoável**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 22 de ago. de 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL (ADEPOL/BRASIL). **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5.240 (ADI 5.240)**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 09/11/2017.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL (ADEPOL/BRASIL). **Adepol Questiona Provimento que Instituiu “Audiência de Custódia” em São Paulo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285800>>. Acesso em: 09 de nov. de 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS (ANAMAGES). **ANAMAGES Ajuíza ADI e Ingressa com PCA contra Resolução que Regulamenta Audiências de Custódia**. Disponível em: <<http://anamages.org.br/destaques/anamages-ajuiza-adi-e-ingressa-com-pca-contr-resolucao-que-regulamenta-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 09 de nov. de 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso 05 set. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Brasília, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: Acesso 03 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989. **Lei da Prisão Temporária**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Lei de Crimes Hediondos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Planalto. **Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Planalto. **Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 554, de 06 de setembro de 2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343-1**. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 25 de out. de 2017.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Mapa das Prisões**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoos>>. Acesso em 22 de out. de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **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: 08 de nov. de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Mutirão Carcerário: Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 14 de out. de 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. Relatórios Estatísticos, Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 de out. de 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma**. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/267868>> Acesso em: 14 de out. de 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da Política à Prática**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>>. Acesso em: 13 de out. de 2017.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 20 set. 2017.

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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). **Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico** (Bahia e Santa Catarina, 2008-

2012). Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos Legislativos; Ipea, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Nota Técnica Conjunta Sobre Instituição da Audiência de Custódia em 24 Horas Após a Prisão em Flagrante**. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/notas-tecnicas/NotaTcnicaConjunta257AudinciadeCustdia.pdf>>. Acesso em: 01 de nov. de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Mission to Brazil** (18 to 28 March 2013). Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/065/53/PDF/G1406553.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 18 de out. de 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do Preso em Juízo: Estudo de Direito Comparado para Subsidiar o PLS 554/2011**. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/DIREITO%20COMPARADO%20-%20Prazo%20para%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20preso%20em%20ju%C3%ADzo.pdf>>. Acesso em 14 de nov. de 2017.