

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

Bruna Caroline Milhorança

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

Bruna Caroline Milhorança

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms. Gilson Sidney Amancio de Souza.

Presidente Prudente/SP

2016

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Gilson Sidney Amancio de Souza
Orientador

Fernanda de Matos Lima Madrid
Examinador

Gabriel Medeiros
Examinador

Presidente Prudente/SP, 24 de Novembro de 2016.

Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a
vitória é o desejo de vencer.

Mahatma Gandhi

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter guiado todos meus passos ao longo dessa jornada;

Aos meus pais, por todo amor, proteção, conselho e incentivo constante em todas as minhas decisões;

Ao Dr. Gabriel Medeiros, Karen Tizziani e Silvia Soares de Mello, por terem sido meus primeiros mestres e referências na seara jurídica;

Ao prof. Gilson Sidney Amâncio de Souza, por ter aceito ser meu orientador e pela grande colaboração prestada no desenvolvimento deste trabalho.

As minhas amigas de todos esses anos de graduação, por compartilharem comigo conhecimentos, alegrias diante das conquistas e também as angústias nos momentos difíceis.

E, por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

Dentre os problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro, temos o encarceramento em massa no Brasil. Esse fato leva a crer que a prisão preventiva não tem sido usada como *ultima ratio* das medidas cautelares pessoais e revela o desrespeito às garantias fundamentais do ser humano. Nesse sentido, a audiência de custódia, que possibilita o encontro imediato do preso com o juiz, vem cooperar substancialmente com o controle desse encarceramento em massa, bem com a prevenção da prática dos atos de tortura. No presente artigo, é explorado o funcionamento dessa audiência de custódia, prevista em diversas partes de nosso ordenamento; sua implantação; bem como sua dinâmica.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Encarceramento em massa. Tortura. Garantias fundamentais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Among the problems faced by the Brazilian prison system, we have the mass incarceration in Brazil. This fact suggests that preventive custody has not been used as *ultima ratio* of personal protective measures and reveals the disregard for the fundamental guarantees of the human. In this sense, the custody hearing, which makes possible the prisoner instant meeting with the judge, comes cooperate substantially with the control of this mass incarceration and to prevent practice of acts of torture. In this article, the operation of the custody hearing is explored, foreseen in different parts of our order; its implementation; and its dynamics.

Keywords: Custody Hearing. Mass incarceration. Torture. Fundamental guarantees. Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	11
2.1 Evolução Histórica da Pena	11
2.2 Teorias e Princípios das Prisões e Medidas Cautelares	15
2.3 Fundamento Constitucional, Controle da Legalidade e Formalidade da Prisão ..	17
2.4 Modalidades de Prisão	19
2.5 Prisão Cautelar.....	21
2.5.1 Modalidades de prisão processual cautelar	23
2.5.1.1 Prisão em flagrante	23
2.5.1.2 Garantia constitucional	29
3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	31
3.1 Conceito	31
3.2 Previsão Normativa	32
3.3 Dinâmica Procedimental da Audiência de Custódia	37
3.4 Audiência de Custódia e <i>Habeas Corpus</i>	41
3.5 Audiência de Custódia e a Limitação Epistemológica	42
3.6 Audiência de Custódia e Direitos Humanos	43
3.7 Audiência de Custódia e as Garantias Constitucionais	44
3.8 Aplicação Internacional da Audiência de Custódia.....	46
4 IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTROLE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA	49
4.1 Aplicação da Prisão Provisória.....	49
4.2 Repercussão da Audiência de Custódia	52
5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À TORTURA.....	55
5.1 Conceito de Tortura.....	55
5.2 Tortura Frente à Constituição e Declaração dos Direitos Humanos.....	56
5.3 Repercussão da Audiência de Custódia nas Práticas de Tortura.	58
6 CONCLUSÃO	61
BIBLIOGRAFIA	63

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é fruto de um projeto lançado pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com objetivo de garantir a rápida assistência àqueles que foram presos em flagrante, prevendo que estas pessoas sejam apresentadas perante o magistrado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, a fim de que ele analise os aspectos relacionados à legalidade da prisão, eventual necessidade ou adequação da medida, a concessão de liberdade, ou até mesmo a imposição de uma medida cautelar diversa da prisão.

Com previsão no artigo 7.5¹ da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário desde 1992, a implantação da audiência de custódia justificou-se no fato de um número significativo de presos em flagrante estar sendo recolhido em delegacias, ou até mesmo em casa de detenção provisória, por longos períodos, de modo que seria possível o contato deste com a autoridade judicial apenas quando da instrução processual.

Apenas após as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e na ausência de legislação específica pertinente, foram adotadas medidas efetivas para colocar em prática a audiência de custódia. Faz-se indispensável, entretanto, uma lei que regule a matéria.

Diante da falta de melhor regulamentação no ordenamento interno brasileiro, já que a previsão só está presente no Pacto de San Jose da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, há projeto de lei em trâmite (PLS 554/2011) que visa estabelecer normas específicas para a realização dessa audiência, alterando o §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal e impondo prazo de 24 horas para que um preso seja apresentado pessoalmente à autoridade judicial².

¹ Art. 7.5 - 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 direito a 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. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso: 05 Out. 2016

² Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/boletim-nc2ba3-2012.pdf>, Acesso: 19 Abr. 2016

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no julgado no caso Acosta Calderón contra o Equador, a Audiência de Custódia, considerada como um controle judicial imediato é um meio eficaz para se evitar prisões arbitrárias e ilegais. Vejamos.

A audiência de custódia servirá para que o juiz i) analise a legalidade e necessidade da prisão e ii) verifique eventuais maus tratos ao preso havidos até ali, podendo determinar a imediata apuração de qualquer abuso que venha a tomar conhecimento. No que diz respeito ao controle da legalidade da prisão, poderá o juiz no momento da audiência de custódia: i) relaxar a prisão em flagrante ilegal; ii) decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; iii) manter solta a pessoa suspeita da prática de determinado delito, se verificar ausentes os pressupostos de cautelaridade previstos no artigo 312 do CPP³.

Essa medida é defendida ainda pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, dispondo que “a realização de audiência de custódia imediatamente após a prisão em flagrante é iniciativa que encontra respaldo em normas internacionais, visando também à humanização e à garantia de efetivo controle judicial das prisões provisórias” prevenindo a prática de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais⁴.

O trabalho foi desenvolvido utilizando fundamentos teóricos para explicar a pesquisa, além de terem sido considerados dados apontando o cenário real do tema estudado.

Diante desta temática, o segundo capítulo do trabalho tem como finalidade abordar o instituto da pena privativa de liberdade no ordenamento brasileiro, partindo de sua evolução histórica, passando pelas teorias e princípios das prisões e medidas cautelares, pelos fundamentos constitucionais, discutindo, por fim, as modalidades de prisão, oportunidade em que se aprofundará na prisão cautelar e mais especificadamente na prisão em flagrante.

O terceiro capítulo dedica-se ao estudo da aplicação do instituto da audiência de custódia, discutindo sobre seu conceito, previsão normativa, sua implantação e dinâmica.

³ Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acesso: 19 Abr. 2016

⁴ Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia_folder_final2.pdf. Acesso: 19 Abr. 2016

Após a elucidação desses pontos, adentra-se na análise das maneiras pelas quais o instituto da audiência de custódia pode contribuir tanto em relação à questão da superlotação carcerária, quanto servindo de meio de prevenção à tortura e à prisão desnecessária.

Por fim, na conclusão foi feito um apanhado sobre os principais pontos debatidos no trabalho, indicando os pontos positivos da implantação da audiência de custódia na esfera processual penal brasileira.

2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O início do Direito Penal deu-se com o surgimento da sociedade, atuando como mecanismo de manutenção da convivência entre as pessoas.

A vida em sociedade presume regras a fim de propiciar a boa convivência entre os indivíduos. Se por um lado há aqueles que respeitam e cumprem as regras, por outro há os transgressores que, por não observar algumas normas, acabam praticando crimes e sendo alvo de sanções.

2.1 Evolução Histórica da Pena

A sanção passou por mudanças ao longo dos anos. Nesse sentido, ao estudar sua evolução histórica deve ser observada a existência de cinco períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 23).

A antiguidade é caracterizada pelas punições que sempre eram impostas como forma de vingança, prevalecendo a “lei do mais forte”. Era, portanto, um período de vingança privada, no qual a pena tinha papel reparatório (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 24).

Nessa toada, era possível a autocomposição, vingança de cunho pessoal, consistente em uma hipótese de resolução de litígio com emprego da força própria, grupo ou família, exercida em desfavor do infrator. A pena era aplicada subordinada à satisfação do interesse da família do criminoso, razão pela qual não atendia o princípio da proporcionalidade (DIAS, 2002, p. 2).

No antigo oriente, as civilizações possuíam normas penais marcadas pela natureza religiosa, decorrente da divindade. O agressor deveria ser punido a fim de amenizar a ira dos deuses e resgatar a sua benevolência (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 26), ou seja, como se o criminoso fosse um instrumento para atenuar a fúria dos deuses.

Em relação à pena em Roma e Grécia destaca-se a natureza sacra, evidenciada nas obras dos grandes trágicos gregos. Todavia, com o decorrer do tempo a pena torna-se pública, alternando sua severidade a depender da modalidade do delito praticado. As penas conhecidas nesse período eram: pena de morte, penas pecuniárias, perdas de direitos civis, desterro e trabalhos forçados,

bem como a possibilidade do magistrado determinar castigos corporais e prisão (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 28/29).

Os gregos foram a primeira civilização a analisar os fundamentos do direito de punir, bem como as finalidades da pena, tendo, por essa razão, influenciado grandemente o Direito Penal. Platão e Aristóteles ressaltavam, ainda, que a pena deveria possuir caráter sacral. Em Atenas a lei penal tornou-se antropocêntrica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 163).

O início da reflexão acerca dos fundamentos do direito de punir, bem como das finalidades da pena, foram as maiores contribuições dos Gregos para o Direito Penal (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 29).

O Direito Penal em Roma, por sua vez, no início da civilização possuía uma pena com fundamento teocrático, mas com a criação da Lei das XII Tábuas (V a.C.) tornou-se laico, permitindo a distinção entre os delitos públicos e privados (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 29).

Após algum tempo, a Europa foi invadida pelos povos denominados bárbaros, marcando o início da Idade Média. Neste período, inicialmente, os delitos eram punidos por meio da perda da paz, o que se fazia retirando a proteção social do infrator condenado. Posteriormente, o direito penal Germânico transformou-se em público, esquecendo a característica individualista que o marcava (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 30).

No século XVI, marcado pela Queda de Constantinopla e o fim do feudalismo, surgiu a Idade Moderna. Ocorreram muitas guerras religiosas, a pobreza se alastrou por toda a Europa e o número de infratores aumentou significativamente (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 31). Em razão desses acontecimentos, o direito penal foi utilizado como meio de segregação social, valendo-se das penas de expulsão e trabalhos forçados em encanamentos de esgoto ou galés.

Já em meados desse século, foram realizadas construções de prisões para reprimenda dos condenados por crimes menores. Contudo, o sistema de pena continuava fundado em penas pecuniárias, corporais e na pena capital (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 32).

Tempos mais tarde, diante do movimento do Iluminismo, a pena assumiu um fim utilitário, abandonando a fundamentação teológica. Em meio a este contexto, surge a Escola Clássica do Direito Penal, que embora ignorasse a figura do infrator, previa a pena não apenas como castigo, mas principalmente como

retribuição, devendo ser proporcional ao delito praticado (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 32/33).

Após, com a nova corrente filosófica desenvolvida pela Escola Positivista, iniciada pelo médico Cesare Lombroso, o criminoso passou a ser estudado e o crime analisado sob vertente sociológica. Nesse sentido, defendiam a existência de um criminoso nato, ou seja, para essa corrente algumas pessoas, consideradas seres atávicos, nasciam com predisposição para praticar crimes. Havia, ainda, outras classificações do criminoso: loucos, habitual, ocasional e passional. Notório que essa ideia é contrária àquela defendida pela Escola Clássica de que o crime era consequência da livre escolha do homem.

Com o transcorrer do tempo, a Escola Positivista colocou o homem como centro do direito penal, atribuindo à pena o propósito da ressocialização do delinquente. Os positivistas contemplavam a pena não apenas como um castigo, mas também como um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 33).

A privação da liberdade como sanção penal difere da prisão aplicada na antiguidade com finalidade de custódia e contenção, pois nesta oportunidade não pensavam na privação da liberdade como uma punição pela prática de um crime, aplicando à maioria dos delitos a pena de morte, açoites e mutilações (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 33).

Roma e Grécia não acolheram a privação de liberdade como meio de punição de seus infratores, embora previsse a prisão com outras finalidades. Na Idade Média a prisão seguiu o mesmo caminho, sendo aplicada apenas como “sala de espera” para a aplicação dos mais terríveis castigos, contudo foi nesse mesmo período que a prisão-custódia deu lugar à prisão como pena. Trata-se da prisão eclesiástica usada no Direito Canônico (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 33).

Nesse período da história, o Direito Canônico aumentava cada vez mais seu poder, considerando, principalmente, a influência significativa que exercia na legislação penal, em razão de ter sido um dos pioneiros a pensar na privação de liberdade como forma de punição. Deu-se maior atenção ao aspecto subjetivo do crime, humanizou as penas, além de ter previsto as penas privativas de liberdade e combatido a vingança privada.

Essa pena a princípio era aplicada aos religiosos que cometiam algum pecado, de modo que a privação da liberdade era uma oportunidade dada pela Igreja ao pecador para que meditasse sobre sua culpa e se arrependesse dos seus pecados (CALDEIRA, 2009, p. 264).

A aplicação do cárcere como penitência e meditação, deu origem à palavra “penitenciária” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 34).

Aos poucos a privação de liberdade deixou de ser aplicada apenas aos membros da Igreja, passando a abranger todos os membros da sociedade, gerando mudanças na aplicação das penas, bem como na forma de executá-las.

Já no decorrer da Idade Moderna, o surgimento da pena privativa de liberdade foi influenciado pelo desenvolvimento do capitalismo e também para substituir a pena capital, que se revelou ineficaz no objetivo de conter a criminalidade (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 34).

No Brasil, os povos indígenas adotavam valores culturais de punição correspondente à vingança de sangue, motivo pelo qual as práticas punitivas não influenciaram a legislação penal brasileira. No período colonial, em 1824, foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, sendo prevista a elaboração de um Código Criminal, momento em que a prisão como pena assumiu o lugar das penas corporais, revelando indícios de sua futura supremacia sobre as demais modalidades punitivas (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 40).

Com a Proclamação da Independência fez-se necessária a elaboração de uma nova legislação penal e, então, em 1830, Dom Pedro I sancionou o Código Criminal do Império, que possuía índole liberal. O novo código estabelecia a individualização da pena, além de prever as agravantes e atenuantes e um julgamento especial para os menores de 14 anos de idade (MIRABETE, 2006, p. 24).

Em 1937, modificações na seara política influenciaram a legislação penal de forma relevante sobre o objetivo da pena. O sistema de penas conservou sua base fundada na pena de prisão, além de multa e penas acessórias como a publicação da sentença, a interdição temporária de direito e a perda da função pública. Já em 1963 as penas foram preservadas, com base na privativa de liberdade, prevendo regras para a execução penal, inclusive com a possibilidade de cumprimento em estabelecimento aberto. O intuito da sanção penal centralizava-se

na prevenção especial e almejava a recuperação social do condenado (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 42).

A reforma penal de 1984 relacionou as penas cominando a privação de liberdade, a restrição de direitos e a pena pecuniária. Procurando atenuar os efeitos negativos da prisão, criou-se o regime progressivo de estabelecimento mais ou menos rigoroso, a depender da conduta do sentenciado no cumprimento da pena (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 45).

2.2 Teorias e Princípios das Prisões e Medidas Cautelares

Diante da palavra “prisão”, de forma praticamente automática, é realizado um raciocínio de associação ao estabelecimento em que o indivíduo será encaminhado para o cumprimento de sua pena de privação de liberdade, que funciona como medida punitiva, em razão da prática de um delito.

Quando privada de liberdade, a pessoa perde seu direito de ir e vir, a relação social e seu espaço na sociedade, ocasionando um grande abalo psíquico e moral tanto ao preso quanto à sua família. Indica, também, a entrega de seu livre-arbítrio em razão de uma decisão do Estado, que pode ser tomada anterior ou posteriormente à sentença condenatória transitada em julgado.

Pelos 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 enquanto 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 as 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, p. 575).

O instituto da prisão deve ser utilizado moderadamente, contemplando as garantias constitucionais e as regras do direito penal, em outras palavras, sua aplicação deve ser sempre a *ultima ratio*.

Todavia, indo na contramão desta premissa, há uma prática habitual no Brasil consistente na decretação da prisão preventiva de modo trivial, chegando a parecer em algumas situações estar sendo realizada para atender um “clamor social”.

Nesse sentido, o princípio da presunção da inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 1988), funcionando como instrumento de controle ao autoritarismo do Estado.

Nos dizeres de Lopes Jr e Rosa:

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarme social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo (LOPES JR; ROSA, 2015, p. 81).

Nos casos práticos, as exigências do processo penal acabam sujeitando o imputado a situação semelhante a de condenado. As prisões cautelares acabam sendo decretadas diante da situação de urgência, criando a ilusão de justiça imediata aos olhos da sociedade (LOPES JR., 2013, p. 801).

Segundo o posicionamento jurisprudencial, o princípio da presunção de inocência não retira a constitucionalidade das modalidades de prisão cautelar, mas em relação à privação de liberdade decretada anteriormente a sentença condenatória transitada em julgado, deve ser aplicada apenas em caráter subsidiário. É importante a observância do princípio da presunção da inocência durante as prisões cautelares e do mesmo modo devem ser respeitados os princípios que orientam o sistema cautelar, tais como a jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade, proporcionalidade (LOPES JR., 2013, p. 786).

O princípio da jurisdicionalidade está estreitamente associado ao devido processo legal, cuja previsão constitucional (artigo 5º, inciso LIV) prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, inicialmente, comparando o princípio da jurisdicionalidade com o princípio da presunção de inocência a aplicação da prisão cautelar não seria plausível, contudo em razão da necessidade e proporcionalidade, referida modalidade de prisão acaba sendo admitida (LOPES JR., 2013, p. 792).

O princípio da excepcionalidade também deve ser observado, a fim de que a prisão cautelar seja sempre o último instrumento a ser aplicado. Nesse sentido, dispõe dois dispositivos do Código de Processo Penal:

Art. 282

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão⁵.

Segundo o princípio da proporcionalidade, que deve ser interpretado conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, as medidas cautelares devem ser utilizadas apenas nas situações de real necessidade, respeitando os objetivos finais, sua duração e intensidade. Isso porque, segundo Begalli (2010), a privação cautelar da liberdade fere a dignidade da pessoa humana e por esse motivo deve ser utilizado como último instrumento e apenas em situações graves ou que apresentem risco ou dano a algum direito fundamental.

Nessa toada, leciona Lopes Jr. (2013, p. 847) que as medidas cautelares não devem ser utilizadas para “fazer justiça”, mas para assegurar o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo de conhecimento.

Assim, em razão da ofensa à dignidade da pessoa e aos princípios constitucionais dela decorrentes, os princípios que orientam as prisões cautelares devem ser aplicados com a máxima eficácia possível.

2.3 Fundamento Constitucional, Controle da Legalidade e Formalidade da Prisão

Diante de uma Constituição democrática deve existir de maneira compatível um processo penal democrático, visando assegurar as garantias constitucionais do indivíduo.

Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LXI, da 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”⁶.

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 15 Mai. 2016.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 05 Out. 2016.

Conclui-se que deverá ser realizado pelo juiz competente a análise quanto à legalidade da prisão processual. Tanto é assim que o artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal dispõe que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”⁷.

Visando garantir a fiscalização quanto à legalidade, exige-se que toda prisão seja devidamente comunicada ao juiz, que a homologará quando for legal e, de outro lado, percebendo ser ela ilegal, determinará seu relaxamento, sob pena de incorrer no crime previsto no artigo 4º, alínea “d”, da Lei nº 4898/65⁸.

Vale mencionar que a fiscalização não será realizada exclusivamente pelo magistrado, devendo também ser feita pelo judiciário, mais especificadamente pela autoridade judiciária superior, valendo-se dos instrumentos admitidos ao caso, a exemplo do habeas corpus (ALVES, 2011, p. 64).

Diante da prisão de um indivíduo, há alguns requisitos a serem atendidos, como a indispensabilidade de mandado de prisão, devendo ser expedido por autoridade judiciária que tenha proferido decisão escrita e fundamentada nos autos do inquérito ou do processo. A formalização da prisão por ato administrativo, a exemplo do que ocorre no flagrante, é medida excepcional, mesmo sendo sujeitada à avaliação judicial (NUCCI, 2012, p. 577).

A lei prevê, no artigo 306 do Código de Processo Penal⁹, o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, a fim de que este realize a análise quanto à legalidade e a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Contudo, tal previsão não tem sido suficiente para garantir a efetividade do controle judicial de legalidade e da necessidade da prisão provisória, tampouco para analisar eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos do indivíduo, que pode resultar em lesões a direitos fundamentais. Isso porque, considerando o cenário atual do judiciário, o contato entre o preso e o juiz acontece, em diversos casos, apenas na audiência de instrução e julgamento, realizada tempos depois da efetivação da prisão.

⁷ Idem

⁸ Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:(...) d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm. Acesso: 04 Out. 2016.

⁹ Art. 306 CPP - A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 05 Out. 2016.

O direito processual penal relaciona-se intimamente com o direito constitucional que, por sua vez, prevê garantias ao acusado, atuando como limitações penais do *ius puniendi*.

Art. 5º (...)

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;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁰.

Tais garantias referem-se aos procedimentos responsáveis por retirar a liberdade do indivíduo e atuam delimitando a área de aplicação, bem como assegurando, de modo eficaz, princípios inerentes a todos os seres humanos. Elas possuem um peso ainda maior no direito processual penal, especialmente diante das medidas cautelares e prisão, em razão da gravidade das medidas e a responsabilidade estatal existente na relação.

2.4 Modalidades de Prisão

Existem algumas modalidades de prisões.

Prisão pena/ prisão sanção: aquela com fim repressivo; que provém de uma sentença condenatória já transitada em julgado.

Prisão civil: prevista no art. 5º LXVII, CF, é a prisão que deriva do inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia arbitrada por sentença prolatada pela autoridade judiciária competente (art. 733, CPC). Vale ressaltar que não se admite mais a prisão em caso de depositário infiel (Vide

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 05 Out. 2016.

Súmula Vinculante nº 25, STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”¹¹. Vide art. 652, CC e 904, par. único, CPC).

Prisão administrativa – antes disciplinada no art. 319, CPP, deixou de existir no CPP. Isso porque, por força do art. 5º, LXI, da CF, não é mais permitido que a prisão seja decretada por outra autoridade que não seja a judiciária competente.

Prisão Disciplinar – é a que decorre das infrações militares e crimes propriamente militares (art. 5º, LXI, fine, CF), contra a qual não cabe a impetração de habeas corpus (art. 42 e 142, § 2º, CF).

Prisão constitucional – aquela que apenas em ocasiões excepcionais e extraordinárias conseguirá ser decretada, como nas situações de estado de defesa (art. 136, § 3º, CF) e de estado de sítio (arts. 137 e 139, II, CF).

Prisão processual – intitulada ainda como prisão cautelar ou prisão provisória. Pertence a essa espécie a prisão em flagrante (arts. 301/310, CPP), a prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/89) e a prisão preventiva (arts. 311/316, CPP), ou seja, toda prisão decorrente de processo criminal antes de sentença penal condenatória definitiva.

Vale ressaltar que em nosso ordenamento vigora a regra da preservação da liberdade, de modo que o sujeito poderá apenas excepcionalmente ser privado desse direito, ou seja, a prisão é uma medida excepcional. Essa afirmação guarda respaldo no princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, anteriormente citado.

Conforme ensinamento da melhor doutrina, tendo o Constituinte de 1988 erigido ao status de garantia fundamental o princípio do estado de inocência (art. 5º, inc. LVII, da C.F.), a prisão antes de sentença definitiva só se justifica como medida cautelar, de caráter excepcional, cabível exclusivamente quando estritamente necessária para assegurar os fins do processo. Por isso, entende-se que “no modelo de processo penal consagrado pela Constituição a prisão anterior ao reconhecimento definitivo da culpa só pode ter caráter cautelar, como instrumento

¹¹ Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso: 25 Ago. 2016.

para a realização do processo ou para garantia de seus resultados” (GOMES FILHO, 1994, p. 30/34) .

Assim, em caráter excepcional, podem incidir as medidas cautelares não detentivas, de natureza pessoal, conforme exigências do art. 282, I e II, do CPP¹², e apenas em situação extrema, caracterizada quando não seja possível aplicação de qualquer dessas medidas cautelares ou no caso de descumprimento injustificado delas, é que será autorizada a adoção da prisão preventiva (art. 282, §§ 4º e 6º, CPP)¹³.

2.5 Prisão Cautelar

O direito processual penal aderiu à teoria geral cautelar com a finalidade de garantir a efetividade do processo principal, tendo como embasamento tanto as normas processuais quanto constitucionais. Além disso, exige, em via de regra, os pressupostos das medidas cautelares em geral, tais como *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que no campo penal, em razão do objeto da pretensão versar sobre direito à liberdade, são conhecidos como *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, adequação necessária em razão das características próprias do processo penal.

O *periculum in mora*, diferente do âmbito civil, não está na urgência de se afastar o perigo de dano pela morosidade processual, mas no risco que a privação da liberdade do acusado significa, buscando sempre uma decisão pautada no devido processo legal. Assim, resta caracterizado pelo perigo que possa existir para o alcance do resultado final, caso não venha a ser concretizada.

O *fumus boni iuris*, por sua vez, não é a mera possibilidade de uma solução favorável no processo principal, mas sim a garantia de não se privar alguém

¹² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 29 Out. 2016.

¹³ Art. 282. (...) § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (...) § 6º “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 29 Out. 2016.

da liberdade sem a mínima demonstração por meio de provas colhidas nos autos dos indícios de autoria e de materialidade do crime.

Neste sentido, são as palavras de Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 84):

Primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos).

Vale ressaltar que diante dessas medidas cautelares não pode exercer o chamado poder geral de cautela do juiz, de sorte que não poderá criar medidas processuais restritivas de liberdade individual sem que elas estejam expressamente previstas em lei.

Em relação à sua decretação, a prisão prevê alguns princípios constitucionais, dentre eles: princípio do direito ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, proibindo tratamento desumano ou degradante (art. 1º, III e art. 5º, III, CF/88); princípio da garantia da desconsideração prévia de culpabilidade, da presunção de inocência, ou não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88); e princípio da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, CF/88).

O Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Dr. Nelson Schaefer Martins, asseverou em sessão solene, em agosto de 2015, que "o funcionamento do sistema carcerário, o tratamento não degradante do preso e o combate à prisão ilegal deixam de ser assunto restrito do estado para entrar no âmbito do Poder Judiciário e de outras instituições". Em continuação relatou ainda:

O Judiciário é responsável por promover a paz e o equilíbrio de forças em benefício da ordem pública, papel que não pode ser delegado a outros agentes e instituições, especialmente no Direito Penal. Ele pontuou que, ao disseminar as audiências de custódia, inspira novo protagonismo do juiz contemporâneo¹⁴.

Nota-se a presença de diversos princípios constitucionais que visam proteger o preso de atos violentos, como a prática da tortura e da prisão ilegal, de modo que a audiência de custódia vem funcionar como um mecanismo

¹⁴ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80260-audiencia-de-custodia-chega-a-sc-com-destaque-a-engajamento-da-magistratura>. Acesso em 03 de Set. de 2015.

revolucionário, que confirma a relevância dos princípios jurídicos em conjunto com a atuação do Judiciário na manutenção do Estado de Direito.

2.5.1 Modalidades de prisão processual cautelar

Segundo nosso ordenamento, prisão é a retirada da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita e fundamentada, prolatada pela autoridade competente, ou em caso de flagrante delito.

Podemos dizer, ainda, que prisão é a “privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana no cárcere” (NUCCI, 2008, p. 573).

Em relação à pessoa do acusado têm-se no campo das medidas cautelares algumas formas de prisões provisórias, como a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.

2.5.1.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é um ato administrativo (art. 301, CPP), uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita (arts. 5º, LXI, CF e 283, “caput”, CPP). Ocorre quando a pessoa é surpreendida cometendo a infração penal; tenha acabado de cometê-la; seja perseguida, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou seja encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (art. 302, I, II, III, IV, CPP).

Em outras palavras, prisão em flagrante “é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal” (NUCCI, 2012, p. 588).

Tratando-se da única exceção à necessidade de ordem prévia escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente para a prisão, é imperioso que se restrinja sua admissibilidade às estritas hipóteses elencadas.

A dispensa da ordem judicial expressa e fundamentada ocorre pelo fato da prisão em flagrante ser contemplada de maneira manifesta e perceptível a “todos”, fazendo-se desnecessária a análise por um juiz de direito. Isso atribui à

prisão em flagrante, em um primeiro momento, o caráter administrativo. Contudo, em um segundo momento, essa modalidade de prisão teria caráter judicial, em razão da necessidade de análise judicial de sua legalidade (ALVES, 2011, p. 77).

Na doutrina é predominante o posicionamento de que prisão em flagrante tem natureza jurídica de ato complexo, de modo que seria ato administrativo na origem e, ao final, judicializada (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 462).

A prisão em flagrante possui natureza jurídica de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Desse modo, basta demonstrar a tipicidade, dispensando a valoração dos dois requisitos restantes para configuração do crime, quais sejam ilicitude e culpabilidade (NUCCI, 2012, p. 589), o que não significa que depois de formalizados, o juiz não esteja obrigado a valorar esses elementos do delito para relaxá-la ou mantê-la.

Nesse ponto, vale dizer que, em que pese o princípio da insignificância afastar a tipicidade do delito, não pode a autoridade policial deixar de efetuar a prisão em flagrante com base nesse motivo, uma vez que a análise de tal hipótese compete exclusivamente ao magistrado (ALVES, 2011, p. 78).

A prisão em flagrante é considerada, ainda, uma medida pré-cautelares, e não medida cautelar pessoal, ao passo que não tem como função assegurar o resultado final do processo, mas a de colocar o detido à disposição do juiz para que este analise a necessidade da aplicação de uma medida cautelar verdadeira. É uma medida independente, com caráter instrumental e autônomo ao mesmo tempo, já que prisão em flagrante não acarreta necessariamente a prisão preventiva, bem como que em algumas situações a prisão preventiva existe sem prévio flagrante (LOPES JR, 2013, p. 805).

O flagrante não tem o poder de prender por si só, tampouco de manter uma pessoa detido além do prazo de 24 horas destinadas para sua elaboração. Para manter a pessoa presa ou submetê-la a uma das medidas cautelares é indispensável existência de decisão judicial fundamentada (LOPES JR, 2013, p. 823).

Há, porém, exceções que não autorizam a homologação da prisão em flagrante com a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, além de não exigir a fiança do autor do delito. Tratam-se dos casos em que o autor do fato, diante da

prática de infrações de menor potencial ofensivo¹⁵ ou de crime de porte de entorpecente para consumo¹⁶, seja imediatamente encaminhado ao juízo competente ou assuma o compromisso de a ele comparecer.

O sujeito ativo da prisão em flagrante é aquele que realiza a voz de prisão, que flagra e prende o autor do delito (artigo 301, Código de Processo Penal)¹⁷. Nesse sentido, há a hipótese do flagrante facultativo, consistente naquele realizado por qualquer um do povo, que não está obrigado a efetivá-lo (exercício regular de direito) e caso a prisão efetivada seja ilegal, a pessoa poderá responder por crime de constrangimento ilegal ou até mesmo de sequestro ou cárcere privado. Há ainda a hipótese de flagrante obrigatório, ou compulsório, imposta às autoridades policiais e seus agentes, que devem efetivá-la sob pena de responsabilidade criminal e funcional, salvo se não for possível sua realização (estrito cumprimento do dever legal) (ALVES, 2011, p. 79).

Em relação aos crimes de ação privada ou de pública condicionada à representação, a efetivação da prisão em flagrante é possível desde que haja no ato de formalização do auto, caso a vítima esteja presente, a autorização desta (NUCCI, 2012, p. 591).

O sujeito passivo, por sua vez, é aquele que praticou o delito e é flagrado, podendo assim ser preso em flagrante delito. Como regra, qualquer pessoa pode ser presa em flagrante se for surpreendida em uma das hipóteses do artigo 302, Código de Processo Penal, contudo existe exceção a essa regra. Vejamos.

Algumas pessoas possuem imunidade absoluta, de sorte que não podem ser presas em flagrante, são elas:

- os menores de 18 anos que são penalmente inimputáveis, sujeitando-se ao ECA (art. 228, CF e 27, CP);

¹⁵ Art. 69 (...). Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

¹⁶ Art. 48 (...). § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

¹⁷ “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

- os diplomatas estrangeiros, em face de tratado ou convenção internacional (art. 1º, I, CPP);
- o Presidente da República (art. 86, § 3º, CF);
- o autor de infração penal de menor potencial ofensivo, nos casos do par. único do art. 69, da Lei 9.099/95;
- o autor de delito de trânsito que socorre a vítima (art. 301, CT);
- o autor de delito que se apresenta espontaneamente à autoridade policial e confessa crime de autoria ignorada ou imputada a outrem (embora alterados os arts. 317/318, CPP).

Por outro lado, há aquelas pessoas que possuem imunidade relativa, de modo que só podem ser presas em flagrante por crime inafiançável:

- os membros do Congresso Nacional – Senadores e Deputados Federais (art. 53, § 2º, CF);
- os Deputados Estaduais (arts. 27, § 1º, c.c. 53, § 2º, CF e 14, § 2º, CE);
- os Magistrados (art. 33, II, LOMN – LC 35/79);
- os membros do Ministério Público (art. 40, III, LONMP – Lei 8.625/93 e 18, II, “d”, LC 75/93);
- o advogado, por motivo de exercício da profissão (art. 7º, § 3º, EOAB – Lei 8.906/94).
- em relação ao Governador do Estado, a CE reproduzia no art. 49, § 5º, o disposto no art. 86, § 3º da CF, contudo aquele foi declarado inconstitucional pelo STF – ADIN 1.021-2, razão pela qual o Governador pode ser preso em flagrante e é julgado pelo STJ (49, § 3º, 1, CE).

A autoridade competente para elaborar o auto de prisão em flagrante, em regra, é a autoridade policial do local da prisão (arts. 290, 304 e 308, CPP), porém o auto de prisão em flagrante pode também ser feito pela autoridade judiciária (art. 307, parte final), oportunidade em que, o juiz não poderá exercer a jurisdição em razão de impedimento (art. 252, II, III e IV).

A prisão em flagrante pode ser classificada em espécies:

- a) Flagrante próprio/perfeito/real: consiste na situação em que verdadeiramente existe o flagrante. Aqui o agente é surpreendido quando está cometendo o crime (art. 302, I, CPP) ou nos casos em que tenha acabado de cometê-lo (art. 302, II, do CPP), sendo inequívoca a materialidade e autoria do

delito. “A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o sujeito é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente” (LOPES JR, 2013, p. 55).

No caso de ter acabado de cometer o crime, encontrando-se ainda no local dos fatos, é necessário evidências de apontam ele como autor do delito, evitando que haja punição equivocada daquele que lá chegou após o crime ter sido praticado e o criminoso fugido (REIS; GONÇALVES, 2014, p. 367).

b) Flagrante impróprio/imperfeito/irreal: situação em que o agente é perseguido, logo após a prática do delito, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer um do povo, em condição que se faça concluir ser o autor da infração.

Nesse sentido, leciona Lopes Jr. “a perseguição exige uma continuidade, em que o perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda que nem sempre tenha o contato visual” e, ainda, que “deve-se considerar a necessidade de que a perseguição inicie ‘logo após’ o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência” (2013, p. 56/57).

O requisito “logo após” não significa que o indivíduo só pode ser preso durante o período de 24 horas decorridas após a prática do delito, mas que a perseguição pode durar até vários dias, desde que iniciada imediatamente após a prática do ilícito penal (ALVES, 2011, p. 82).

c) Flagrante presumido/ficto: circunstância em que o indivíduo é encontrado, logo depois da prática do crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser essa pessoa a autora da infração. Não há perseguição, fundamentando-se na “presunção”.

Em relação às expressões “logo após” e “logo depois”, previstas nos incisos III e IV do artigo 302, respectivamente, a diferença encontra-se no fato de a expressão “logo depois” admitir um lapso temporal maior do que “logo após”¹⁸.

¹⁸ 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

Realizada a prisão em flagrante, por se tratar da exceção à regra de que prisão decorre de ordem judicial escrita e fundamentada, é necessário o cumprimento de formalidades legais. A formalização acontecerá com a elaboração do auto de prisão em flagrante delito. Neste documento deverá constar o depoimento do condutor, ou seja, pessoa que apresenta o preso à autoridade policial; e de duas testemunhas do fato criminoso ou, na falta destas, testemunhas da apresentação do preso à autoridade (testemunhas instrumentais ou indiretas) (ALVES, 2011, p. 90).

Lavrado o auto de prisão em flagrante delito, a prisão deverá ser, obrigatoriamente, comunicada ao juiz, no prazo de 24 horas, sob pena de a autoridade policial responder por crime de abuso de autoridade. A Constituição Federal assegura ao preso o direito à assistência da família e de advogado no momento da prisão, conforme art. 5º, LXIII, que afirma que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”¹⁹.

A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A lei fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso. Nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita (Recurso Extraordinário/SP nº 136.239; Relator: Ministro Celso de Mello; Órgão Julgador: Primeira Turma, DJ 14/08/92)²⁰.

Nota-se da análise do dispositivo acima que em nenhum momento a Constituição Federal previu a presença indispensável da assistência da família e do advogado, tendo apenas assegurado esse direito ao preso, permitindo que ele querendo indique advogado para acompanhá-lo.

¹⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

²⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207932>. Acesso: 20 Out. 2016.

2.5.1.2 Garantia constitucional

Ao ser preso em flagrante, o indivíduo tem que ser comunicado de seus direitos constitucionais, de modo que a autoridade que preside o auto deverá avisar a família e a assistência desta e de advogado (art. 5º, LXII, LXIII e LXIV, CF).

A comunicação ao Juiz, ao Ministério Público e a família da ocorrência da prisão em flagrante é obrigatória, conforme artigo 5º, inciso LXII, 1ª parte, Constituição Federal e artigo 306, “*caput*” e 1º, CPP, sob pena de cometimento de crime de abuso de autoridade (art. 4, “c”, Lei 4.898/65), uma vez que a prisão em flagrante é a única prisão que não parte de ordem judicial escrita e fundamentada (art. 5º, LXII e LXIV, CF), assim, para evitar prisões ilegais e abusivas, a Constituição Federal prevê que o Estado, por meio do representante do Ministério Público e do Juiz, deverá ser comunicado sobre a prática de qual crime o sujeito foi preso e o local onde se encontra. Outra razão para que essa comunicação ocorra é possibilitar que o juiz exerça o controle sobre a legalidade da prisão, o que é um dos objetivos da audiência de custódia, que vem para reforçar a aplicação do art. 5º, LXV, da CF, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Nesse sentido, a desídia do juiz pode acarretar-lhe a responsabilização por crime de abuso de autoridade (art. 4º, “d”, da Lei nº 4.898/65)²¹.

O juiz ao tomar conhecimento da prisão em flagrante procederá em conformidade com o disposto no art. 310, I a III, CPP, ou seja, relaxará a prisão, caso seja ilegal; se for legal converterá em preventiva ou aplicará medida cautelar ou, em último caso, concederá a liberdade provisória ao preso.

Nessa fase, será realizada a Audiência de Custódia, que deverá ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão. Vale ressaltar aqui que compete ao delegado lavrar o auto de prisão em flagrante, enquanto ao juiz realizar referido controle de legalidade de prisão.

A audiência de custódia não é uma audiência para fins de colheita de prova. É o espaço democrático em que a oralidade é garantida. Seu objeto é restrito, ou seja, não há interrogatório, nem produção antecipada de provas.

²¹ Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

Há uma prisão decorrente do flagrante e a necessidade de controle jurisdicional²².

Se o indiciado apresentar machucados ou apontar a ocorrência de tortura, mesmo que sejam lesões provenientes do próprio ato de prisão, deverá o Poder Público ao menos apurar a sua ocorrência.

Desde seu início em fevereiro, as audiências de custódia em São Paulo permitiram o recolhimento de indícios de que ao menos 277 presos em flagrante sofreram tortura ou agressão praticadas por agentes da segurança. Policiais militares estão envolvidos em 79,4% dos casos²³.

Assim, resta claro a importância dessa medida na busca da prevenção a tortura e também na repreensão dos agentes que cometem esses atos desumanos.

²² Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso: 20 Abr. 2016.

²³ Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revela-indicio-de-tortura-em-277-casos-de-prisoas,1765856>. Acesso: 20 Abr. 2016.

3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A expressão “Audiência de Custódia”, apesar de ter sido consagrada no Brasil, não é adotada expressamente pela CADH, sendo essa nomenclatura uma criação doutrinária.

Ressalta-se que ao longo dos debates no STF, no que tange a ADI 5240/SP, o Min. Luiz Fux sustentou a possibilidade, ainda, de que essa audiência passasse a se chamar “audiência de apresentação”.

3.1 Conceito

“Custódia” no dicionário significa proteger, guardar alguém ou algo. Já na seara penal, a intitulada audiência de custódia consiste, principalmente, no direito da pessoa presa em flagrante ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial para que, nesta oportunidade, o Poder Judiciário analise a ocorrência de eventuais práticas de atos violentos, a exemplo de maus tratos ou de tortura, bem como proporcione discussão sobre da legalidade e da necessidade da prisão. Logo, é um importante instrumento processual penal para garantir a liberdade e dignidade do acusado.

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se, então, de uma “das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado”²⁴.

Em síntese, audiência de custódia consiste no fato de ao invés de ser encaminhado à Justiça apenas o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, na forma do artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal, o próprio indiciado será conduzido e apresentado perante a autoridade judicial juntamente o

²⁴ Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades>. Acesso: 19 Abr. 2016.

auto em flagrante, oportunidade em que o juiz ouvirá o preso e após tomará as medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Assim, nessa audiência o preso será entrevistado pela autoridade judicial, oportunidade em que também serão ouvidos o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o advogado do preso.

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades²⁵.

Sua finalidade inicial consiste em adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, prevenir a tortura e ainda evitar prisões ilegais e arbitrárias.

Há, ainda, outros três objetivos: coibir abusos no momento da prisão; demora exagerada na tramitação do processo de réu preso; e combater a superlotação do sistema carcerário.

3.2 Previsão Normativa

A audiência de custódia foi prevista a princípio nos pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San Jose da Costa Rica* de 1992, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estão plenamente em vigor no Brasil. Buscando a plena harmonia entre os tratados e o ordenamento interno, há previsão de alterar alguns dispositivos, a exemplo do Código de Processo Penal, adequando-o a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Pacto de *San Jose da Costa Rica* prevê em seu artigo 7º, item 5, dispõe que:

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

²⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso: 21 Abr. 2016.

liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo²⁶.

Interpreta-se da expressão “sem demora” que deve ser estabelecido um prazo máximo de vinte e quatro horas, contado a partir da prisão em flagrante, para que o autuado seja apresentado perante o juiz.

Também temos definido o conceito no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas (ONU), em 16 de dezembro de 1966, que preconiza, em seu art. 9º, n. 3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença²⁷.

Para Nestor Távora, a audiência de custódia é aplicável inclusive em favor de quem tenha sido preso temporariamente ou preventivamente. O Pacto de São José da Costa Rica não afasta tal direito ao preso em flagrante. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 847).

Esses Tratados dispõem matéria de Direitos Humanos, e segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), contém força normativa supra legal, ou seja, estão acima das leis ordinárias e abaixo apenas da Constituição Federal. Ademais na hipótese de referidos Tratados serem votados e aprovados, nos termos do art. 5º, §3º, CF, passam a ostentar status de emenda constitucional. Isso porque nossa Constituição, em seu artigo 5º, §2º²⁸, prevê que os direitos e garantias fundamentais, não afastam outros provenientes dos Tratados Internacionais, dos quais o Brasil seja parte.

²⁶ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso: 05 Out. 2016

²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acess: 09 Out. 2016.

²⁸ "Art.5º (...)§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

A audiência de custódia já é adotada e realizada em diversos países da América do Sul, tais como Peru, Argentina e Chile, mas no Brasil é uma prática recente.

Ao constatar que o Brasil é um dos poucos países latino-americanos que não adotam audiências de custódia, em desrespeito ao Pacto de San José da Costa Rica (Artigo 7º, 5), do qual é signatário, o IDDD definiu o tema como prioritário em suas ações e incentivou a Rede Justiça Criminal a assumir o objetivo comum de aprovar um projeto de lei relacionado a essa questão. Assim, desde o início de 2012, o Instituto tem liderado diálogos para que o PLS nº 554/2011 seja aprovado no Senado, nos termos adequados para que o direito de defesa seja plenamente observado, e encaminhado para deliberação da Câmara dos Deputados²⁹.

O Tribunal de Justiça pioneiro a implantar a audiência de custódia em nosso país foi o do Maranhão, que o fez no dia 10 de novembro de 2014, por meio do Provimento nº 14/2014 da Corregedoria Geral da Justiça (CGJMA). Contudo, referido provimento não estabelecia prazo para a realização da audiência de custódia, o que foi regulamentado posteriormente pelo Provimento nº 21/2014 – CGJMA, revogado pelo Provimento nº 24/2014 – CGJMA, prevendo o prazo de 48 horas, contado do recebimento da comunicação da prisão (artigo 2º³⁰).

O Estado de São Paulo, por meio do provimento 3/2015, da Presidência do Tribunal e da Corregedoria Geral de Justiça, editado em 22 de janeiro de 2015, foi o segundo tribunal a prever e regulamentar a audiência de custódia no país.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, também regulamentou a questão, o que fez por meio da Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, cujo documento publicado detalha o procedimento e prevê, dentre outros assuntos, que referida audiência deve ser realizada na presença do Ministério Público e também da Defensoria Pública, caso o preso não tenha advogado, além de tratar sobre o Sistema de Audiência de Custódia, consistente em uma ferramenta

²⁹ Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/projetos/comunicacao-reudefensor/>. Acesso: 19 Abr. 2016

³⁰ "Art. 2º Os juízes da Central de Inquéritos realizarão a audiência de custódia no prazo de 48 horas após o recebimento da comunicação da prisão". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/7e2431cb9b42da5f7d9c47a8f9a11902.pdf>. Acesso: 09 Out. 2016.

eletrônica disponibilizada pelo próprio CNJ a fim de auxiliar na sistematização de dados, produção de estatísticas e elaboração de atas padronizadas das audiências realizadas.

A resolução tem cumprimento obrigatório e traz dois protocolos de orientação com diretrizes para os juízes, permitindo que intervenham adequadamente no modo de realizar o ato, bem como na tomada de medidas e adoção de providências em situações que exijam a necessidade de imposição de medidas alternativas à prisão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), vigente em nosso ordenamento jurídico desde 1990, em seu art. 171, estabelece que “o adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judicial”³¹. Logo, ainda que de forma indireta, reconhece a existência da audiência de custódia.

Ressalta-se que atualmente no ordenamento interno, prevê no artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal que apenas os documentos do inquérito policial sejam apresentados ao juiz no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, nada dispondo acerca da apresentação do indiciado à autoridade judicial. Assim, de posse ao auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial avaliará a legalidade da prisão e decidirá acerca da possibilidade de conversão em prisão preventiva ou outra medida cautelar ou liberdade provisória, fundado tão somente nos documentos escritos fornecidos pela polícia, de modo que o conhecimento pessoal e oitiva do indiciado serão realizados apenas em momento posterior.

Não há no Brasil ainda uma lei específica que discipline o tema, contudo tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que tem por objetivo alterar a atual redação do artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal, de modo que assim surja legalmente o instituto Audiência de Custódia e torne obrigatória sua realização em todo o território nacional.

Pelo referido Projeto de Lei, passaria a ter esta letra:

Art. 306, § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de

³¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública³².

Veja que o texto inicial do projeto de lei previa a necessidade apenas do magistrado e do custodiado na audiência de custódia. Contudo, após receber emenda substitutiva na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado (CDH), a redação foi alterada e o projeto passou a requerer a presença do representante do Ministério Público e da defesa técnica, passando a tramitar com a seguinte redação:

Art. 306 §1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

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

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

§5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código³³.

Após algum tempo, mais especificadamente no ano de 2014, o projeto foi alvo de uma nova proposta de emenda pelo Senador Francisco Dornelles, almejando modificar o primeiro parágrafo do artigo para que fosse possível a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência. Desse modo, passaria a ter a seguinte redação:

Art. 306

§1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e,

³² Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso: 09 Out. 2016.

³³ Idem

caso o atuado não informa o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública³⁴.

Contudo, tal emenda foi rejeitada pelo Senador Humberto Costa. O projeto seguiu para a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (CAE/SF), onde foi aprovado, sob relatório do Senador Randolfe Rodrigues, em novembro de 2013. Na sequência, foi enviado à Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça, local em que, em agosto de 2015, também obteve aprovação, e, após, em razão de ser um projeto que tem como objetivo substituir integralmente o texto original, foi necessário ser submetido à análise em turno suplementar, na forma do art. 282 c.c art. 92 do Regimento Interno do Senado³⁵. Contudo, mesmo com o requerimento de urgência, o Projeto está em tramitação há mais de cinco anos.

Embora ainda não exista, a aprovação de uma lei que verse sobre esse tema é muito importante, pois criará obrigações para todos. Nesse sentido, vale ressaltar que a criação da resolução pelo CNJ não pretende inibir a proposta legislativa, podendo-se dizer, inclusive, que o Conselho Nacional de Justiça ao avançar nesta matéria criou um estímulo para que esta legislação seja analisada em um prazo menor, de modo que se tenha uma lei geral regulando a questão.

3.3 Dinâmica Procedimental da Audiência de Custódia

Buscando definir a quem o indiciado deve ser apresentado, a Corte Interamericana interpreta o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em conjunto com o artigo 8.1 da mesma convenção, o qual dispõe que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza³⁶.

³⁴ Idem

³⁵ Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/2016/07/28/senado-aprova-texto-base-do-projeto-de-lei-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia/>. Acesso: 12 Out. 2016.

³⁶ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso: 12 Out. 2016.

A CADH em seu artigo 7.5 traz a expressão “presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei”, fazendo com que surgisse o questionamento de quem poderia se enquadrar como “outra autoridade autorizada por lei” para presidir a audiência de custódia. Contudo, considerando que uma das finalidades da audiência de custódia é promover o controle judicial imediato da prisão, interpreta-se que “autoridade” somente pode ser o magistrado, a fim de não reduzir a força normativa trazida no artigo 7.5 da CADH.

Ademais, os membros do Ministério Público, da Polícia e da Defensoria não cumprem as exigências do artigo 8.1 da CADH, que requer “juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial”. Menciona-se, ainda, que a Polícia Judiciária não é órgão subordinado ao Poder Judiciário, mas ao Poder Executivo.

Em que pese a alegação de que o Delegado de Polícia seria a “outra autoridade” referida na convenção, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal reservam ao Delegado de Polícia a função de lavrar o flagrante, podendo, na sequência, conceder fiança nas hipóteses autorizadas por lei. Veja que não incumbe ao Delegado de Polícia deferir liberdade provisória ou medida cautelar distinta do previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal. Ora, Delegado de Polícia é autoridade policial e não judicial.

Importante constar que mesmo diante da argumentação adotada para o não enquadramento do Delegado de Polícia como a autoridade mencionada na convenção, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240), discutindo a implantação da audiência de custódia pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, alegando a inexistência de legislação específica sobre o assunto. A ADIN foi julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Repita-se, a audiência de custódia tem respaldo no CADH, que é uma norma suprallegal, além de já estar em trâmite o projeto de lei 554/2011, trazendo a audiência de custódia para o ordenamento brasileiro.

No que tange aos membros do Ministério Público não há o preenchimento do requisito de imparcialidade previsto no artigo 8.1 da CADH, isso porque em um processo acusatório o promotor atua como parte, exercendo o interesse punitivo do Estado.

A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade que possua as competências necessárias para analisar se a prisão foi efetuada dentro das

hipóteses legais. Nesta fase, ainda, Ministério Público e Defesa devem apresentar os motivos pelos quais a medida cautelar deve ou não ser mantida. Sendo assim não só o juiz, mas também Ministério Público e Defesa devem participar dessa audiência.

Ao realizar a apresentação do indiciado perante o Juiz, o Ministério Público e seu Defensor, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, estará assegurando o cumprimento das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Embora a Constituição estabeleça que para a informação da prisão basta o mero envio de documentos à autoridade judiciária, a Convenção Americana de Direito Humanos vai além dessa previsão constitucional, determinando a condução não apenas de documentos, mas também a do próprio indiciado para ser apresentado diante do juiz, a fim de humanizar o procedimento, além de criar a possibilidade ao magistrado de analisar a legalidade da prisão, bem como efetuar fiscalização da eventual ocorrência de abusos de tortura ou violência por parte dos agentes policiais.

Para que as normas estabelecidas nos artigos 7.5 e 8.1 da CADH sejam respeitadas e cumpridas pelo nosso sistema de justiça penal, será necessária uma mudança cultural. Assim, como consequência ao cumprimento das normas internacionais, será atendida também a garantia da defesa técnica (artigo 5º, LV da Constituição federal) e do próprio contraditório, que foi inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo artigo 282, §3º, do Código de processo Penal, observando que neste último a audiência de custódia tem grande utilidade, uma vez o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar mais adequada (artigo 319) para atender a necessidade processual.

Segundo decisão do Desembargador Federal Paulo Fontes, do Tribunal Regional federal (TRF-3), as audiências de custódia não podem ser realizadas por videoconferência, pois um dos principais objetivos desse instituto é a verificação da ocorrência de maus-tratos ou tortura no momento da prisão, o que só é possível com a apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz.

Ocorre que, não há na resolução, que regulamenta o instituto, previsão acerca da possibilidade de realização da audiência por videoconferência. Além disso, a utilização deste mecanismo acabaria por desvirtuar o sentido do ato, pois o contato pessoal mostra-se necessário para a apuração de eventuais ilegalidades, como tortura e maus-tratos, no momento da prisão.

Isso porque a apresentação pessoal permite a aproximação do preso com o magistrado e, assim, melhor análise da situação em que se deu a apreensão e a prolação de decisão fundamentada pela manutenção ou não a prisão. Nesse sentido, consta do voto apresentado no Conselho Nacional de Justiça, que deu origem à mencionada Resolução 213: 'Outrossim, cabe salientar que não há, no projeto, qualquer previsão da instituição de audiência de custódia por videoconferência, pois perdura o entendimento de que a previsibilidade da audiência de custódia em meio virtual desnaturaria o sentido do ato, inviabilizando, dessa forma, eventual apuração de tortura e maus tratos no momento da prisão (Habeas Corpus nº 0010089-04.2016.4.03.0000/SP, Rel. Des. Paulo Fontes, julgado em 01 de junho de 2016)³⁷.

No que tange a possibilidade de aplicação da audiência de custódia aos menores infratores, analisando a Resolução 213/2015 do Conselho nacional de Justiça há apenas um termo que pode estar ligado à delinquência juvenil: apreensão. Contudo, tal palavra foi empregada para referir-se tão somente ao preso em flagrante, o qual não pode ser confundido com o apreendido em flagrante. A resolução não faz menção ao apreendido em flagrante, cujo procedimento está previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, preservando todos os direito e garantias ao menor apreendido.

Diante de um menor, após a apreensão em flagrante a autoridade policial tem a possibilidade de liberá-lo ao representável legal, quando o crime cometido não for grave, ou, diante de crime grave, deverá apresentar o infrator no mesmo dia ao Ministério Público para a realização de oitiva informal, conforme dispõe os artigos 173 a 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Ministério Público desempenha função de fiscal das atividades policiais e é competente para investigar as agressões supostamente praticadas em face dos adolescentes (artigo 129, VII e VIII, da CF/88, c/c art. 201, VII, do ECA).

Após a oitiva informal, o menor pode ter sua situação resolvida independente de processo judicial mediante a concessão de remissão extrajudicial (art. 180, II, c/c art. 126, caput, ambos do ECA), que é de competência exclusiva do Ministério Público, na forma do artigo 201, I, do ECA.

Caso o Promotor entenda ser caso de manter o adolescente internado, deverá requerer ao Juiz a decretação da internação provisória (artigo 174 do ECA), cuja decisão deverá ser proferida no mesmo dia (artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Na hipótese do menor ser internado, o processo deverá ser julgado no prazo improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias (artigo 183, ECA), período em

³⁷ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dll/audiencia-custodia-teleconferencia.pdf>. Acesso: 12 Out. 2016.

que deverão ser realizadas audiência de apresentação e de instrução. Caso esse prazo seja ultrapassado sem o julgamento, o adolescente deverá ser liberado imediatamente da internação provisória de ofício pelo juiz, sob pena de responder pela prática do crime previsto no artigo 234 do ECA.

O estado de flagrância do menor passa por um controle triplo, passando pelo crivo da autoridade policial, do promotor de justiça e do juiz, no mesmo dia em que sua apreensão ocorreu.

Sendo assim, os objetivos da Resolução 213/2015 do CNJ no que tange aos adolescentes já são alcançados pela observância do próprio procedimento previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, e por esta razão há quem defenda não ser vantajosa sua aplicação nesse âmbito do direito, além do fato da resolução contrariar os dispositivos que dispõem sobre oitiva informal e a concessão de remissão extrajudicial.

O que se poderia fazer para maior efetividade da proteção seria exigir a entrevista pessoal do menor com o juiz como requisito prévio da internação.

3.4 Audiência de Custódia e *Habeas Corpus*

Diante da criação da audiência de custódia, um direito individual, faz-se necessária a previsão de um remédio jurídico para o caso de sua violação, ou seja, caso de não ocorrer sua realização. Sendo assim, o remédio mais adequado aparenta ser o *Habeas Corpus*.

Nesse sentido, o Desembargador Luiz Noronha Dantas, integrante da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no dia 25 de janeiro de 2015, concedeu liminar em *habeas corpus*, determinando a soltura de um homem por ele não ter sido submetido à audiência de custódia no prazo previsto³⁸.

O Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) também concedeu *habeas corpus* em favor de presas, oportunidade em que reconheceu a necessidade da realização de audiência de custódia.

Assim, o direito do preso de ser submetido à audiência de custódia, a princípio, está sob a tutela do *habeas corpus*.

³⁸ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/tj-rj-solta-presos-nao-foi-apresentado-juiz-24-horas>. Acesso: 26 Jul. 2016.

3.5 Audiência de Custódia e a Limitação Epistemológica

Um ponto relevante é a discussão sobre a possibilidade de utilização posterior das declarações realizadas na audiência de custódia.

Na fase inquisitiva, que antecede a fase processual, são colhidas informações do indiciado visando analisar se estão presentes, ou não, no caso concreto os requisitos necessários para instauração do processo criminal. Eventual confissão realizada nesta fase não pode ser exclusivamente usada para fundamentar decisão na fase processual, já que não foi prestada diante do efetivo contraditório e ampla defesa, devendo o magistrado, por essa razão, valorar as provas obtidas nos autos do processo.

O interrogatório prestado na fase processual, por sua vez, é considerado meio de defesa do réu, justificando sua realização como último ato da instrução criminal, além de ser admitido com meio de prova.

Sendo assim, considerando que a oitiva do preso na audiência de custódia acontece antes da existência do processo, não se torna viável que suas declarações sejam analisadas com o mesmo valor/peso probatório que o interrogatório na fase processual, do contrário haverá violação do devido processo legal. Por outro lado, talvez, poderiam ser utilizadas como elemento informativo, tal como acontece com as informações narradas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Ainda em relação à posterior utilização das declarações proferidas pelo preso na audiência de custódia, o estado do Rio de Janeiro (Resolução 29/2015), Ceará (Resolução do Órgão Especial nº 14/2015) e Pará (Provimento Conjunto 01/2015) vetaram expressamente a possibilidade de serem usadas como meio de prova, já os demais estados foram omissos nesse ponto, quando da regulamentação deste instituto.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu que apenas o auto de prisão em flagrante, instruído com antecedentes e cópia da ata da audiência de custódia, seguirá para livre distribuição, devendo a oitiva da pessoa presa ser arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

(...)

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição³⁹.

No que tange às perguntas formuladas ao preso durante a Audiência de Custódia, deverá o magistrado limitar-se às informações necessárias para que possa alcançar os objetivos da audiência, análise quanto à legalidade da prisão, e da suposta prática de atos de tortura.

3.6 Audiência de Custódia e Direitos Humanos

A audiência de custódia busca adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Nesse sentido, Lopes Jr; Rosa (2015) leciona que:

A audiência de custódia é uma etapa do alinhamento do Processo Penal brasileiro com as Declarações de Direitos Humanos. Talvez por isso seja tão complicado falar dela para quem mantém a mentalidade autoritária. A convenção se aplica ao Brasil e era ignorada, como, aliás, boa parte da normativa de Direitos Humanos. Nenhuma novidade, dirão⁴⁰.

Pode-se dizer que os Direitos Humanos, “um conjunto de direitos básicos, mínimos, indispensáveis, de todo os seres humanos” (BRITO FILHO, 2015, p. 20), são a razão de ser da audiência de custódia. Desse modo, o direito de toda pessoa presa de ser conduzida imediatamente a uma autoridade judicial enquadra-se como direito humano e merece ser protegido e assegurado como tal.

Dentre os direitos humanos assegurados pela audiência de custódia encontram-se aqueles previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, principalmente os dispostos nos artigos 5º, 9º e 10º.

Artigo 5º. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

³⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso: 20 Out. 2016.

⁴⁰ Disponível em:

<http://emporiiodireito.com.br/?s=o+dif%C3%ADcil+caminho+da+audi%C3%A2ncia+de+cust%C3%B3dia>. Acesso: 09 Out. 2016.

Artigo 9º. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele⁴¹.

A audiência de custódia protege, também, os direitos humanos elencados no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em especial aqueles dos artigos 7º, 9º, n.1 e 2, e 10, n. 1.

ARTIGO 7º Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

ARTIGO 9º

1 Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2 Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

ARTIGO 10

1 Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana⁴².

Salvaguarda, ainda, os direitos humanos elencados no artigo 7º, n. 2 e 3, na Convenção Americana de Direitos Humanos, que possui a seguinte redação:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários⁴³.

Logo, evidente a existência de “supra-lei” que autorizam a audiência de custódia, contribuindo com sua implantação.

3.7 Audiência de Custódia e as Garantias Constitucionais

⁴¹ Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso: 21 Ago. 2016.

⁴² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

⁴³ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso: 09 Out. 2016

A Constituição Federal também será “atingida” pelos efeitos da audiência de custódia. Sua realização assegurará a proteção judicial das garantias constitucionais relativas à prisão, na forma em que dispõe o artigo 5º, incisos LXI a LXVI, da Constituição Federal (1988):

- 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;
- LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
- LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
- LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
- LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
- LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança⁴⁴.

Isso porque com a apresentação, sem demora, do preso ao juiz, esta autoridade poderá realizar controle acerca da legalidade da prisão em flagrante (artigo 5º, LXI) e, diante dos casos que não estiverem em conformidade com a lei, relaxar imediatamente a prisão ilegal (artigo 5º, LXV), ou, ainda, conceder a liberdade, com ou sem fiança (artigo 5º, LXVI). Poderá verificar se a família foi comunicada sobre a prisão (artigo 5º, LXII), bem como se o preso tomou conhecimento dos responsáveis por ela (artigo 5º, LXIV). Por fim, também permitirá ao juiz verificar se realmente foi garantido ao preso o direito de ser informado de seus direitos e de exercê-los, principalmente acerca do direito fundamental ao silêncio e de não produzir provas contra si (artigo 5º, LXII), pois muitas vezes a advertência que consta no preâmbulo do termo de interrogatório do preso sobre a informação de seus direitos estão ali apenas para preencher uma formalidade, sendo escassas as vezes em que a advertência de fato acontece. Ademais, não são raros os casos em que o preso só é advertido dos seus direitos quando do seu interrogatório em Juízo.

“O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não autoincriminação, que outorga ao preso e

⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso 12 Out. 2016.

ao acusado em geral o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII)” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 594).

Nesse mesmo sentido leciona Canotilho et al. (2013, p. 457):

A consagração de um direito ao silêncio é decorrência da proibição de o acusado depor contra si mesmo, insculpida no artigo 8º, n. 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Trata-se de regra integrante dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, a audiência de custódia permitirá não só relaxar a prisão, quando diante de alguma ilegalidade, mas também, diante da violação do direito do preso ao silêncio e a não autoincriminação, declarar a nulidade de eventual confissão feita por ele.

3.8 Aplicação Internacional da Audiência de Custódia.

Alguns países do continente americano, com realidade econômica e carcerária parecida com a do Brasil, já realizavam a audiência de custódia. No Peru a audiência de custódia, prevista nos artigos 264 e 266, do Decreto Legislativo nº 957, possui um modelo semelhante ao nacional, prevendo prazo de 24 horas, com dilatação em 15 dias nos casos de crimes de alta periculosidade, tais como terrorismos, espionagem e tráfico ilícito de entorpecentes.

Artículo 264. Plazo de la detención.

1. La detención policial de oficio o la detención preliminar sólo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.

2. La detención policial de oficio o la detención preliminar podrá durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. (...)

Artículo 266. Convalidación de la detención.

1. Vencido el plazo de detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención. En caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido.

2. El Juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del Fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio

Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda⁴⁵.

O Chile, por sua vez, prevê, no artigo 94, a apresentação da pessoa detida, no prazo de 12 horas, a um promotor que tem a opção de soltar o indivíduo ou apresentá-lo a um juiz, agora no prazo de 24 horas a contar da prisão.

Artículo 94.- Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:

c) A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención;

Artículo 95.- Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes. El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquéllase encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior. Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República⁴⁶.

Já na Argentina, o legislador estabeleceu, no artigo 213 e 286 do Código de Processo Penal, um prazo de apenas 06 horas para apresentação do detento, a contar de sua prisão.

Art. 213. - En esta etapa, el representante del ministerio fiscal requerirá, bajo pena de nulidad, al juez de instrucción que practique los siguientes actos:

b) Toda medida restrictiva de la libertad ambulatoria del imputado, con excepción de los delitos cometidos en flagrancia (artículo 284) o de suma urgencia (artículos 281, 282), en cuyo caso nunca podrá superar las seis (6) horas.

Art. 286. - El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente⁴⁷.

⁴⁵ Disponível em: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

⁴⁶ Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

⁴⁷ Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

Podemos mencionar, ainda, o Equador, Uruguai, Paraguai, cujo prazo para apresentação da pessoa presa é igualmente de 24 horas, além do México, que prevê prazo de 48 horas⁴⁸.

⁴⁸ Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

4 IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTROLE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

É incontroverso que o atual sistema carcerário brasileiro convive com a superlotação em seus presídios, o que ocorre devido ao grande número de prisões decretadas todos os dias. Contudo, ao contrário do que se pensa, não há diante do aumento da população carcerária, o aumento da segurança no cotidiano dos cidadãos.

Nota-se a adoção vulgar da medida cautelar com privação da liberdade, o que acaba por violar os direitos e garantias fundamentais, bem como as normas dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, que já foram estudados nos capítulos anteriores.

A expressão “*ultima ratio*” é desprezada pelos operadores do direito em diversas ocasiões, do mesmo modo que os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

4.1 Aplicação da Prisão Provisória

Conforme o relatório elaborado pelo INFOPEN (Levantamento Nacional de Informação Penitenciárias)⁴⁹, referente ao primeiro semestre de 2014, o total de indivíduos presos no Brasil é de 607.731. Desde o ano 2.000 até a realização da pesquisa a população carcerária aumentou em média 7% ao ano, chegando a um crescimento total de 161%, valor dez vezes maior comparado ao crescimento total da população brasileira, que aumentou apenas 16% no mesmo período, média de 1,1% ao ano (DEPEN, 2014).

O relatório também aponta as consequências desse aumento significativo do número de encarcerados, a exemplo da superlotação das penitenciárias. Há época em que o relatório foi realizado existiam apenas 376.669 vagas para comportar todos os 607.731 presos, indicando um *deficit* de 231.062

⁴⁹ “O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, que sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Em 2014, o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN reformulou a metodologia utilizada, com vistas a modernizar o instrumento de coleta e ampliar o leque de informações coletadas”. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso: 02 Set. 2016.

vagas diante da ocupação de 161%. Isso demonstra que para um espaço destinado para 10 presos, existiam aproximadamente 16 (DEPEN, 2014).

Outro dado relevante é que enquanto entraram 155.821 pessoas no primeiro semestre de 2014, saíram dos estabelecimentos penitenciários apenas 118.282, ou seja, para cada 75 indivíduos que saíram, 100 pessoas entraram nas prisões (DEPEN, 2014).

Considerando o número total de pessoas privadas de liberdade (607.731), 41% são presas sem condenação. Esse dado demonstra claramente o uso banalizado das prisões cautelares, enquanto deveriam ser aplicadas como último recurso, apenas diante de situações graves ou que representem risco ou dano a algum direito fundamental (DEPEN, 2014).

Segundo estudos realizados em 2014 e dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, estando atrás apenas da Rússia, China e Estados Unidos, conforme IPCS (Internacional Center For Prison Studies). Além de prever que caso a taxa de prisões continue aumentando nessa proporção, um em cada dez brasileiros estará atrás das grades em 2075.

Esse excesso de prisão no sistema penal brasileiro justifica-se diante do elevado número de prisões em flagrante, bem como em razão do alto índice de conversão dessas prisões em prisões provisórias.

Há na sociedade brasileira uma impressão irreal de que a prisão preventiva do acusado resultará em uma justiça eficaz. Nesse sentido, muitas vezes a prisão cautelar é decretada mais para atender um “clamor social” do que por real necessidade.

Pensamos que o processo “demora demais” e ninguém quer esperar até a sentença, afinal, qualquer demora é uma dilação insuportável para uma sociedade hiperacelerada. Por isso, quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta e incômoda sensação de que haverá impunidade (LOPES JR & ROSA, 2015, p. 56).

“A prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal” (ROSA, 2014, p. 160). A homologação da prisão em flagrante tem sido realizada como se fosse a regra do sistema processual penal, quando na verdade é a exceção. A Lei nº

12.403/2011 alterou o Código de Processo Penal e instituiu as medias cautelares diversas da prisão na intenção de conter as prisões cautelares, contudo falhou em seu propósito e os números continuaram crescendo.

Quando da apreciação da prisão em flagrante, o juiz desfruta apenas das informações constantes no Inquérito Policial, que muitas vezes prevalecem sobre as provas produzidas no processo penal, fazendo com que haja predominância da acusação e a conseqüente “presunção de culpa do réu”.

Outro ponto crucial reside no descumprimento do prazo estipulado pelo artigo 306 do Código de Processo Penal para a comunicação da prisão em flagrante ao juiz. Essa inobservância gera o atraso no trâmite do procedimento, além de impossibilitar a fiscalização do judiciário sobre o flagrante e cercear o direito de defesa dos presos, que, inclusive, demoram em ser devidamente indiciado. Cite-se como exemplo o caso apontado pelo IPEA do indivíduo que permaneceu 2.216 dias presos até que o auto de prisão em flagrante fosse encaminhado à justiça (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 47).

A Constituição Federal Brasileira dispõe em seu artigo 5º, inciso LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, todavia não versa precisamente da imposição inadequada das medidas cautelares, como a prisão provisória.

Em relação à duração da prisão cautelar, com exceção da prisão temporária, regulamentada pela Lei nº 7.960/89, não existe prazo estabelecido pelo ordenamento. A prisão preventiva, por exemplo, pode estender-se enquanto a autoridade judiciária considerar estar presente o *periculum libertatis*, dando ensejo a abusos (LOPES JR, 2013, p. 796/798).

O desprovimento de prazo diante da interpretação do que seja “duração razoável da prisão preventiva”, faz com que seja necessário pensar em novos instrumentos de intervenção, a fim de inibir os abusos cometidos e responsáveis por manter várias pessoas presas sem a realização da análise pertinente aos fundamentos de sua prisão.

Segundo os dados referentes ao estado de Santa Catarina, apontados pelo IPEA acerca do excesso de prisão provisória, os réus que foram absolvidos ao final do processo penal permaneceram mais de quatro meses presos cautelarmente, enquanto os presos condenados tiveram a liberdade privada cautelarmente por aproximadamente sete meses.

Assim, os presídios seguem, de modo contumaz, abarrotados de pessoas sem necessidade de lá permanecer, o que seria evitado se fossem respeitadas as previsões do ordenamento jurídico.

A lentidão nos julgamentos dos processos dos presos provisórios também concorre com a superlotação dos presídios, já que dividem o espaço com os presos condenados.

Conforme a consideração feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, “a duração da prisão preventiva gera o risco de que o julgador tenha uma tendência a se inclinar pela condenação e pela imposição de uma pena ao menos equivalente ao tempo da prisão preventiva, no intento de legitimá-la” (CIDH, 2009).

Diante das inúmeras prisões cautelares, embora a regra preveja que só deva ser adotada como *ultima ratio* e após averiguar os fatos e demonstrar o *fumus commissi delicti e o periculum libertatis*, torna-se possível concluir que a mesma vem sendo aplicada como instrumento de investigação, além de estar atrelada ao falso sentimento de justiça instantânea que satisfaz as pretensões da opinião pública (LOPES, JR., 2013, p. 800)

Esta realidade de excesso de prisão “provoca o encarceramento de inocentes por prazo de tal modo irrazoável que não se pode imaginar indenização capaz de reparar os danos físicos, morais e psíquicos causados a esses réus” (BARRETO, 2006, p. 44).

4.2 Repercussão da Audiência de Custódia

Desde a implantação do programa Audiência de Custódia no país, mais de 80.000 (oitenta mil) audiências já foram realizadas em todas as unidades da Federação e mais de 49.000 (quarenta e nove mil) prisões desnecessárias deixaram de ocorrer, ou seja, é evidente que a audiência de custódia é eficaz para frear o encarceramento em massa no Brasil⁵⁰.

Os beneficiados com a liberdade provisória, em geral, recebem a determinação de cumprir medidas cautelares diversas da prisão, como o uso de tornozeleiras eletrônicas e o comparecimento periódico ao juízo. Um dos resultados esperados pelo CNJ com o projeto Audiência de Custódia é

⁵⁰ Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf>
Acesso: 02 Set. 2016.

a redução do índice de presos provisórios (ainda não julgados) no país, que é de 41% da população carcerária brasileira. A iniciativa pretende mudar uma realidade que obriga milhares de pessoas a passar longos períodos no ambiente hostil da prisão sem qualquer definição de seus processos⁵¹.

Conforme disposto pelo ministro Ricardo Lewandowski, a realização da audiência de custódia pode gerar, ainda, uma economia mensal para o país, uma vez que há gastos com presidiários que giram em torno de R\$ 4,3 bilhões por ano, dinheiro este que poderá ser aplicado em outras finalidades, como o serviço básico social. São Paulo é o estado com maior número de audiências realizadas. No período entre 24 de fevereiro de 2015 a 13 de maio de 2016, foram feitas mais de 22.000 audiências, das quais 52,22% resultaram na decretação da prisão preventiva, enquanto 47,78% das audiências resultaram na liberdade dos indivíduos⁵². Com isso, segundo informação prestada pela Secretaria de Administração Penitenciária do estado de São Paulo, foram poupados aproximadamente R\$ 52.959.800,00 dos cofres públicos.

O Conselho Nacional de Justiça, afirmou que há casos em que a prisão é desnecessária, sendo comum ocasiões em que um acusado “aguarda” meses encarcerado antes de ser apresentado diante de um juiz.

Nesse sentido, aliás, o professor James Carvalho disse que “a população carcerária no Brasil cresceu quatro vezes em 20 anos, para cerca de 600 mil pessoas, dos quais cerca de 40% não foram julgados. Há mais presos provisórios que o total de presos no país em 1995”⁵³. E é nesse ponto, para prevenir esses abusos, que a audiência de custódia vem colaborar.

Em que pese algumas pessoas defenderem que esse instituto colabora com o aumento da criminalidade, as pesquisas realizadas mostram justamente o contrário, na medida em que apontam que a taxa de reincidência entre os sujeitos submetidos à audiência de custódia e soltos após sua realização é inferior a 7%⁵⁴.

⁵¹ Disponível em:

http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/08/25/interna_gerais,681818/audiencia-de-custodia-evita-a-entrada-de-84-presos-no-sistema-prisional-de-mg.shtml. Acesso: 20 Abr. 2016.

⁵² Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf>. Acesso: 02 Set. 2016.

⁵³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81625-presidente-da-cidh-defende-dialogo-para-enfrentar-encarceramento-provisorio>. Acesso: 21 Abr. 2016.

⁵⁴ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>. Acesso: 02 Set. 2016.

Vale ressaltar que, em estudo realizado nos Estados de São Paulo e Espírito Santo, dos presos que já passaram pela audiência de custódia apenas 4% e 7%, respectivamente, voltaram a praticar crimes. Logo, a baixa taxa de reincidência demonstra que a audiência de custódia é uma medida acertada.

Nesse sentido, inclusive, conforme informações lançadas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Complexo de Curado/PE, que possui uma das maiores taxas de superlotação carcerária do país, após ter sido denunciada internacionalmente, adotou ao programa de Audiência de Custódia a fim de melhorar o cenário do sistema penitenciário do estado.

Assim, como, aliás, já narrado pelo MM. Juiz de Direito Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, Rodrigo Dalledone, “o principal foco das audiências de custódia é separar os que precisam permanecer presos e os que podem ser liberados por não representarem perigo para a sociedade, por não haver nenhuma necessidade do encarceramento”⁵⁵.

A audiência de custódia humaniza a atuação do juiz, que passar a ter maiores condições de decidir quanto à legalidade e a necessidade de manutenção da prisão⁵⁶. Com isso o magistrado reduz a decretação da prisão preventiva, deixando de aplicá-la quando desnecessária, e permite, se for cabível, a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, gerando, por consequência, uma redução no encarceramento e uma nova chance de reinserção social.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80541-audiencia-de-custodia-chega-ao-interior-para-reduzir-populacao-carceraria>. Acesso: 02 Set. 2016.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>. Acesso: 02 Set. 2016.

5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À TORTURA

Outro ponto muito importante que passou a ser possível com a audiência de custódia foi o enfrentamento dos casos de violência estatal no ato da prisão.

O que antes era difícil de ser mensurado, com a implantação da audiência de custódia, que permite que o juiz tenha contato com o preso em flagrante dentro de um pequeno lapso temporal, aumentam as chances das denúncias serem realizadas e diminui a possibilidade dos agressores ficarem impunes. Tanto é assim que um ano de realização de audiência de custódia resultaram em 2,7 mil casos relatados de violência, que estão sob apuração.

5.1 Conceito de Tortura

Tortura consiste no emprego de ato de extrema violência, humilhação corporal, psíquica ou a saúde, normalmente com a fim de alcançar a confissão da autoria do delito. Sua prática é equiparada aos crimes hediondos, conforme Lei nº 8.072/1990.

Nesse sentido, a Convenção da ONU conceitua, em seu artigo 1º, o seguinte:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões, de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência⁵⁷.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1989, por sua vez, estabelece que:

⁵⁷ Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>. Acesso: 12 Out. 2016.

Art. 2º. - Para os efeitos desta convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou castigo pessoal, como medida preventiva ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou psíquica⁵⁸.

Em relação ao ordenamento brasileiro, a previsão do conceito de tortura encontra-se no artigo 1º da Lei 9.455/97, a “Lei da Tortura”:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos;

§ 4º. Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I- se o crime é cometido por agente público;

II- se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos.

III- se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º. A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º. O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º. O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo, a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º. O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira. Neste dispositivo, encontramos condutas típicas de tortura (tortura-prova, tortura como crime-meio, tortura racial, tortura-pena, tortura do encarcerado e omissão frente à tortura)⁵⁹.

5.2 Tortura Frente à Constituição e Declaração dos Direitos Humanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU) em 1984 aprovou a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis. Tal convenção

⁵⁸ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/i.Tortura.htm>. Acesso: 12 Out. 2016.

⁵⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm. Acesso: 12 Out. 2016.

foi assinada pelo Brasil em 1985 e aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 4, em maio de 1989. Sua ratificação ocorreu em 28 de setembro de 1989 e sua promulgação em 15 de fevereiro de 1991, pelo Decreto Executivo nº 40.

Essa convenção estabeleceu obrigações àqueles Estados que a ratificaram, dentre elas a de desenvolverem medidas eficientes, de natureza administrativa, judicial, legislativa ou de qualquer outra, visando prevenir as práticas de tortura em seus respectivos territórios. Previu, ainda, algumas exceções, a exemplo dos casos de ameaça ou de estado de guerra, além de estabelecer a criminalização de todos os atos de tortura (RAMOS, 2015, p. 182/183).

Nesse cenário, a Anistia Nacional expõe os governos que praticam a tortura e, por outro lado, engrandece a efetiva aplicação da Convenção em relação à proibição global contra a tortura, tendo lançado, inclusive, uma campanha global denominada “Chega de Tortura”, almejando a inibição das violações⁶⁰.

Retomando ao comentário sobre a Convenção aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil, em 13 de outubro de 2003, assinou o Protocolo Facultativo da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 483 de 20 de dezembro de 2006 e promulgado por meio do Decreto nº 6.085 de 19 de abril de 2007. Seu objetivo é o de obstar a prática da tortura e de outros maus tratos, por intermédio da adoção de um sistema no qual sejam efetuadas visitas regulares aos centros de detenção sob a jurisdição e controle de seus Estados-Partes (IIDH, 2010, p. 11).

Dispõe a Declaração de Direitos Humanos, em seu artigo 5º, que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. No entanto, foi apenas em 1988 que a Constituição Federal do Brasil previu expressamente a proibição da tortura, o que o fez em seu artigo 5º, inciso III⁶¹.

⁶⁰ Disponível em: <https://anistia.org.br/campanhas/chega-de-tortura/>. Acesso: 09 Out. 2016.

⁶¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso: 21 Ago. 2016.

Tem-se que, embora a tortura seja incompatível com as regras de um Estado Democrático de Direito, sua prática existe, ferindo, inclusive, a dignidade da pessoa humana, tratada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁶².

A dignidade da pessoa humana é um direito primordial, ligado ao subjetivismo individual, aos direitos de personalidade, e deve ser integralmente garantido a todos. Isso porque os direitos fundamentais destinam-se, principalmente, à proteção da dignidade humana (MORAES, 2011, p. 3).

5.3 Repercussão da Audiência de Custódia nas Práticas de Tortura.

Nos dias 19 a 30 de outubro de 2015, a Delegação do Subcomitê da ONU para Prevenção de Tortura (SPT), em visita ao Brasil, realizou reuniões com autoridades ligadas ao sistema carcerário, além de ter efetuado visitas surpresas a diversos locais de detenção, a exemplo de delegacias, estabelecimentos de prisões temporárias, penitenciárias, centros de detenção juvenil e instituições de saúde mental, buscando analisar assuntos concernentes à prevenção de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, na forma do Protocolo Facultativo. Após visita, o especialista de direitos humanos da ONU sobre tortura, Juan E. Méndez, que fazia parte da delegação, elaborou relatório com base nas impressões construídas pela delegação (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Durante a 31ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, Juan Méndez, relatou que:

A tortura e os maus-tratos por parte da polícia e dos agentes penitenciários segue sendo um fato alarmante e de ocorrência regular, principalmente contra pessoas que pertencem a minorias raciais, sexuais, de gênero e outros grupos minoritários.

(...)

Insto o governo brasileiro a tomar medidas que ponham fim à brecha existente entre a legislação e as políticas ambiciosas do país, por um lado, e a situação cotidiana das pessoas privadas de liberdade ou em conflito com a lei, por outro⁶³.

⁶² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso: 21 Ago. 2016.

⁶³ Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/42584-onu-alerta-para-%E2%80%9Ctortura-alarmante%E2%80%9D-no-brasil>. Acesso: 04 Out. 2016.

Consta no relatório, ainda, que há a prática recorrente de tortura e maus-tratos no Brasil, principalmente no momento da detenção e interrogatório pela polícia e, em relações às prisões, pelos agentes penitenciários, que na maioria das vezes ficam impunes.

As práticas de tortura mais comuns são, segundo Méndez, chutes, tapas, sufocamento, choques elétricos, uso de sprays de pimenta, de gás lacrimogênio, bombas de ruídos e balas de borracha, além da agressão verbal e das ameaças⁶⁴.

Em comparação com a visita feita em 2011, segundo Victor Madrigal-Borloz, integrante do Subcomitê da ONU para Prevenção de Tortura (SPT):

Muitas das questões que realçamos durante nossa visita anterior, em 2011, incluindo a superlotação endêmica, condições chocantes de detenção, a violência generalizada e a falta de supervisão adequada levando à impunidade, não foram resolvidas nos quatros anos seguintes. (...) Centenas de milhares de pessoas estão atualmente privadas de sua liberdade no que são, muitas vezes, condições sub-humanas. (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Rogério Sottili, Secretário Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, que representou o Brasil na reunião, admitiu que ainda há muito que se fazer para avançar na garantia dos direitos, afirmou, ainda, que “nós evidentemente não vamos mudar uma cultura de violência de 500 anos de um momento a outro”, mas acredita que a transformação da cultura de discriminação e violência em cultura de direitos já tenha começado, sendo possível apontar como um dos avanços a criação do Sistema Nacional e Prevenção e Combate à Tortura e o projeto piloto do CNJ (Conselho Nacional de justiça) de Audiências de Custódia⁶⁵.

Com a realização da audiência de custódia o intervalo de tempo entre a prisão e o primeiro contato com a defesa e o magistrado é reduzido. Conforme já mencionado neste trabalho, alguns dos principais objetivos desta medida são: a) assegurar o contato da pessoa presa com o magistrado no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento de sua prisão em flagrante, efetuada pela prática de

⁶⁴ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/relator-da-onu-denuncia-situacao-cruel-em-prisoas-do-brasil.html>. Acesso: 04 Out. 2016.

⁶⁵ Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/42584-onu-alerta-para-%E2%80%9Ctortura-alaricante%E2%80%9D-no-brasil>. Acesso: 04 Out. 2016.

qualquer crime; e b) evitar a prática de tortura e maus tratos cometidos durante a prisão em flagrante⁶⁶.

Com isso, essas audiências mostram-se mecanismo de grande relevância à prevenção à tortura durante a prisão e interrogatórios policiais, bem como de combate ao superencarceramento, alcançando, por consequência, o cumprimento das garantias constitucionais⁶⁷.

Nota-se, nesse sentido, que a audiência de custódia contribuiu como uma possível solução dos problemas do sistema carcerário brasileiro e da prática de tortura e maus-tratos, contribuindo para que as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, já adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sejam efetivamente cumpridas. Vale ressaltar que sua implantação não deve ser entendida como um novo benefício processual, tampouco como uma nova garantia àquele preso em flagrante, ao passo que sua regulamentação veio apenas para efetivar um procedimento vigente desde 1992 (ÁVILA; GAMA, 2015, p. 62/64).

⁶⁶ Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf> .
Acesso: 09 Out. 2016.

⁶⁷ Idem.

6 CONCLUSÃO

Por meio do desenvolvimento deste trabalho, analisando no segundo capítulo as prisões cautelares, foi possível observar a banalização na aplicação das prisões provisórias, contribuindo com a superlotação do sistema carcerário brasileiro e violação aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A realidade as prisões realizadas no Brasil clama por inovações, no que tange à resoluções de litígios, diversas daquelas que são somadas à pena de prisão (CARVALHO apud ACHUTTI, 2014, p. 18).

Neste contexto, surge a audiência de custódia, com intuito de colaborar com a adequação do Processo Penal Brasileiro com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de garantir a aplicação dos direitos à integridade pessoal daqueles privados de liberdade e de prevenir as prisões ilegais, controlando a decretação da prisão preventiva.

No terceiro capítulo, adentramos no estudo do instituto da audiência de custódia especificadamente e vimos que, embora fosse prevista no tratado internacional do qual o Brasil é signatário desde 1992, foi apenas em 2014 que o ordenamento jurídico brasileiro tratou da audiência de custódia, por meio do provimento nº 14/2014 elaborado pelo Estado do Maranhão⁶⁸.

O segundo Estado a aderir a esse instituto foi o de São Paulo, o que o fez pelo Provimento 03/2015, e ao decorrer do mesmo ano, com influência do projeto criado pelo Conselho Nacional de Justiça, referida audiência avançou todos os Estados Federativos.

A aplicação da audiência de custódia já tornou-se uma realidade nos Tribunais do nosso país, anotando que a regulamentação do CNJ estipulou prazo de 90 dias, contados a partir de sua entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais implantassem a audiência de custódia, sendo que uma vez implantada, será um caminho sem volta. Isso porque vigora no Brasil o princípio do não retrocesso dos direitos fundamentais, ademais é evidente que a implantação dessa audiência trará mais segurança aos direitos previstos na Constituição Federal, tais como o contraditório, a transparência e o controle efetivo de todos os atos, garantindo dignidade a todo ser humano.

⁶⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso: 05 Out. 2016.

A consolidação da audiência de custódia ocorre simultaneamente ao lançamento do programa Cidadania nos Presídios, que busca o comprometimento com a plena reintegração à sociedade daqueles presos que já cumpriram a pena a que foram condenados.

A audiência de custódia não deve ser entendida como meio de isentar o acusado de punição, mas como um modo de humanização na aplicação do processo penal levando em consideração, nas buscas por soluções, a dignidade do ser humano.

Portanto, conforme abordado no quarto capítulo, em um país com o sistema prisional superlotado e falido, a implementação da audiência de custódia, mostra-se medida importante, a fim de prevenir prisões ilegais, arbitrárias e desnecessárias, funcionando como uma espécie de filtro de entrada no sistema prisional, mantendo presos apenas os cidadãos que oferecem risco à sociedade, o que fez com que o Brasil ficasse reconhecido como a grande referência nessa nova cruzada contra o “encarceramento em massa” nas Américas.

Assim, cabe aos operadores do direito, a fim de dar efetividade a prática da audiência de custódia, mudar, por meio de suas práticas, a atual cultura do processo penal, aplicando medidas diversas, principalmente, das prisões cautelares, a exemplo de medidas que ressaltem a dignidade.

Sendo assim, a audiência de custódia apresenta-se como significativo meio para dar o devido respeito ao ser humano, frisando o compromisso Brasileiro na proteção dos direitos humanos, ressaltando aqui o Pacto São José da Costa Rica, evitando prisões ilegais e a prática de atos de tortura.

BIBLIOGRAFIA

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

ARGENTINA. **Código Procesal Penal**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha; GANA, Aléxis Andrés. **A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintonia de ilegalismo**. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, ano XVI, nº 93, ago./set. 2015.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Audiência de Custódia é esforço contra violação de direitos, diz ONG. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contraviolacao-de-direitos-humanos-diz-ong>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Audiência de Custódia transforma juiz em protagonista da prevenção à tortura. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82676-audiencias-de-custodia-tornam-juizes-em-protagonistas-da-prevencao-a-tortura>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Histórico. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Mecanismo Nacional Contra a Tortura. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 213, de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Defensoria Pública do Estado De São Paulo**. Audiência Pública: Audiência de Custódia. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia_folder_final2.pdf. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Ministério da Justiça**. Audiência de Custódia e Prevenção à Tortura: Análise das Práticas Institucionais e Recomendações de Aprimoramento. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Ministério da Justiça**. Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. Brasília: Série Pensando o Direito, nº 54, 2015. Disponível em: http://www.uff.br/sites/default/files/news/arquivos/rogerio_finalizada_web.pdf. Acesso: 09 Out. 2016

_____. **Projeto de Lei nº 554, de 2011**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 554, de 2011**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/137291.pdf>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescente. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2016-1/ilegalidade-da-audiencia-de-custodia-para-adolescentes-juiz-marcio-da-silva-alexandre>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Provimento conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça, de 22 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062. Acesso: 09 Out. 2016.

BRASIL, Agência. **Superlotação de Prisões no Brasil é pauta no Conselho de Direitos Humanos da ONU**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-03/superlotacao-de-prisoos-no-brasil-e-pauta-no-conselho-de-direitos>. Acesso: 09 Out. 2016.

BRITO FILHO, José Carlos Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMRJ, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CHILE. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

CONJUR. **TJ-RJ solta preso que não foi apresentado a juiz em 24 horas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/tj-rj-solta-presos-nao-foi-apresentado-juiz-24-horas>. Acesso: 26 Jul. 2016.

CRIMINAIS, Instituto Brasileiro de Ciências. **Nota técnica**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

DIAS, Diomar Cândida Pereira. **Evolução histórica da pena como vingança**. Disponível em: <http://vadoaju.blogspot.com.br/2012/08/teoria-da-pena-evolucao-historica-da.html>. Acesso: 27 Jul. 2016.

DEFESA, Instituto de Defesa do Direito de. **Audiências de Custódia não Podem ser Realizadas por Videoconferência**. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/2016/06/08/audiencias-de-custodia-nao-podem-ser-realizadas-por-videoconferencia/>. Acesso: 26 Jul. 2016.

_____. **Senado Aprova Texto-base do Projeto de lei que Regulamenta as Audiências de Custódia**. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/2016/07/28/senado-aprova-texto-base-do-projeto-de-lei-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia/>. Acesso: 26 Jul. 2016.

DEFESA, Instituto Paraense do Direito de. **A Audiência de Custódia como medida de proteção de direitos humanos**. Disponível em: http://www.ipdd.org.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html. Acesso: 26 Jul. 2016.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIREITO, Empório do. **Audiência de Custódia: Limites à Oitiva do Preso.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros>. Acesso: 26 Jul. 2016.

_____. **TJPR, em decisão inédita, reconhece a necessidade da Audiência de Custódia.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tjpr-em-decisao-inedita-reconhece-a-necessidade-da-audiencia-de-custodia-por-patricia-cordeiro/>. 26 Jul. 2016.

GLOBO.COM. **Relator da ONU denuncia situação 'cruel' em prisões do Brasil.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/relator-da-onu-denuncia-situacao-cruel-em-prisoas-do-brasil.html>. Acesso: 09 Out. 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Revista do Advogado, n. 42, 1994.

INTERNACIONAL, Anistia. **Actitudes Respecto a la Tortura.** Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Actitudes-respecto-a-la-tortura.pdf>. Acesso: 29 Set. 2016.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Revista Liberdades, N° 17, dez/2014, IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos. Acesso: 09 Jun. 2016.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **O difícil caminho da audiência de custódia.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso: 12 Out. 2016.

MANSO, Bruno Paes. **Estadão São Paulo.** Disponível em: <http://saopaulo.estadao.com.br/noticias/geral,mp-pede-ouvidoria-federal-contra-torturapolicial-no-estado-de-sp-imp-,1001997>. Acesso: 20 Abr. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2014

MINAS, Jornal Estado de. **Audiência de Custódia Reduz Superlotação de Presídios Brasileiros.** Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/06/28/interna_politica,777864/audien

cias-de-custodia-reduz-superlotacao-nos-presidios-brasileiros.shtml. Acesso: 02 Set. 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

NAÇÕES UNIDAS, Organização das. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso: 14 Jul. 2016).

_____. **Especialista independente da ONU sobre tortura apresentará relatório sobre Brasil na terça (8)**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialista-independente-da-onu-sobre-tortura-apresentara-relatorio-sobre-brasil-na-terca-8/>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Brasil**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/16/PDF/G1601416.pdf?OpenElement>. Acesso: 06 Out. 2016.

_____. **Relator Especial da ONU sobre tortura visita o Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-especial-da-onu-sobre-a-tortura-visita-o-brasil/>. Acesso: 09 Out. 2016.

_____. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf. Acesso: 05 Out. de 2016.

NOBRE, Deison de Souza. **Estudo sobre a audiência de custódia: previsão normativa, funções e consequências para a efetivação de um juízo de garantias na persecução penal**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/estudo-sobre-a-audiencia-de-custodia-previsao-normativa-funcoes-e-consequencias-para-a-efetivacao-de-um-juizo-de-garantias-na-persecucao-penal-por-deison-de-souza-nobre/>. Acesso: 09 Out. 2016.

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

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2008.

PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/br. Acesso: 23 Ago. 2016.

PERU. **NuevoCodigoProcesal Penal**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf. Acesso: 12 Out. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNICEF. **Relator especial da ONU apresenta relatório sobre direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas do Brasil**. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_15668.html. Acesso: 09 Out. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2007, v. 1.