



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III - GUARABIRA
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

FRANCINALDO ARAÚJO DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SUA INSERÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

**GUARABIRA
2017**

FRANCINALDO ARAÚJO DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SUA INSERÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientadora: Prof. Me. Maria Sônia de
Medeiros Santos de Assis.

**GUARABIRA
2017**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586a Silva, Francinaldo Araújo da
A audiência de custódia e a sua inserção no processo penal brasileiro [manuscrito] / Francinaldo Araujo da Silva. - 2017.
44 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2017.
"Orientação: Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis,
Departamento de Direito".

1. Audiência. 2. Custódia. 3. Tratados Internacionais. 4.
Prisão. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

FRANCINALDO ARAÚJO DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SUA INSERÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientadora: Prof. Me. Maria Sônia de
Medeiros Santos de Assis.

Aprovada em: 11 / 04 / 2017.

BANCA EXAMINADORA

Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis
Prof. Me. Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Kilma Maíza de Lima Gondim
Prof. Me. Kilma Maíza de Lima Gondim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Bruno César Azeyedo Isidro
Prof. Dr. Bruno César Azeyedo Isidro
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aos que lutam incansavelmente na busca pelo
Direito e pela Justiça. DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e princípio de todas as coisas, onisciente de todos os meus caminhos, permitindo e derramando bênçãos em minha vida.

Aos meus pais Adriana e Francisco, grandes exemplos de força e determinação, pela paciência e pelo apoio incondicional.

A minha irmã Franciane, pela força e pela ajuda proporcionada.

Aos meus avós maternos Carmita e Damião e paternos Sebastiana e Zuca, pela inspiração que sempre me dispuseram, principalmente nos momentos de dificuldade.

Aos meus bisavós Liu e Manoel, pelo prestígio que me proporcionam em poder compartilhar com eles esse momento.

As minhas primas/sobrinhas Amanda e Cauane, que significam muito para mim, pelo carinho e atenção.

A professora e orientadora Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis, pelo suporte transmitido, bem como pelas orientações prestadas.

A turma 2012.1/manhã, nestes mais de 05 anos de companheirismo.

Ao pessoal da 4ª vara da Comarca de Guarabira, Alisson, Ivanilson, Lidiane, Ozana e Mauricéia, com quem compartilhei, neste último ano do curso, inesquecíveis momentos de aprendizado, que levarei por toda a vida. Como bem diz a canção, “*amigos são tesouros que encontramos*”.

E a todos que, de forma direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação, os meus sinceros agradecimentos.

“A prisão representa muito mais do que a privação de liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril”. Louk Hulsman

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SUA INSERÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Francinaldo Araújo da Silva¹

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro, nas últimas décadas, tem demonstrado forte inclinação à incorporação de tratados e convenções de cunho internacional ao seu âmbito interno. Ocorre que, após incorporados, nem sempre esses preceitos, de plano, começam a ser observados pela seara jurídica do país. É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), incorporados ao sistema jurídico brasileiro desde 1992, que reproduzem a necessidade da rápida apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial ou quem as suas vezes fizer, de modo a analisar os aspectos da prisão do ponto de vista da legalidade e necessidade e protestando pela manutenção da prisão como *ultima ratio*, de forma a excepcionar tal medida, e que, há muito, vinha quedando-se inerte. Contudo, em 2015, surge a audiência de custódia, projeto criado com o intuito de regulamentar e dar fiel cumprimento aos Tratados Internacionais que versam sobre a matéria, dos quais o Brasil é signatário. Assim, pretende-se analisar os esforços para o impulsionamento do instituto no processo penal pátrio, bem como os benefícios ocasionados com a execução do projeto, além dos desafios e dificuldades na implantação postos à prova.

Palavras-Chave: Audiência. Custódia. Tratados Internacionais. Prisão.

1. INTRODUÇÃO

A existência de uma cultura jurídica do encarceramento no processo penal brasileiro é recorrente e traz diversas implicações ao país. Atualmente esse tema vem sendo bastante discutido por meio de diversos segmentos e organizações sociais, uma vez que a inclinação ao cárcere gera graves problemas estruturais e sociais, principalmente no tocante à superlotação das unidades prisionais do país. Logo, denota-se que esse é um problema urgente e que exige grandes e profundos esforços.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária no Brasil atualmente é de mais de 700.000 (setecentos mil) presos, o que corresponde a uma média de 300 presos para cada grupo de 100.000 (cem mil) habitantes², mais do que a média mundial que é de 144 presos por 100 mil habitantes. Ademais, é digno de nota que o Brasil

¹ Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.
Email: francinaldoaraujo.plz@gmail.com

² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Disponível em: 18 fev. 2017.

possui a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia, que, contudo, vêm reduzindo suas taxas de aprisionamento (relação de pessoas presas a cada grupo de 100.000 habitantes)³, enquanto o Brasil destoa na contramão, testemunhando um impressionante aumento de 33% de sua taxa de aprisionamento nos últimos cinco anos.

Considerando, ainda, que o encarceramento em massa, aumenta as despesas do Estado com funcionários, alimentação e outros vários serviços indispensáveis à garantia da dignidade humana do preso.

Diante desse cenário preocupante, desponta no processo penal brasileiro o instituto da audiência de custódia, de elementar importância na redução dos índices de aprisionamento no sistema carcerário brasileiro. Esse instituto é fruto de uma mais que necessária integração de dispositivos de tratados internacionais ratificados pelo Brasil no ano 1992 e que há muito vinha sido desprezado por parte do Poder Judiciário e do Poder Legislativo brasileiro.

De início, trataremos sobre o que é audiência de custódia, tecendo, num primeiro momento, breves considerações dos termos “audiência” e “custódia” de forma isolada, no intuito de perceber suas origens, acepções e significados. Mais adiante buscaremos analisar a audiência de custódia propriamente dita, partindo de seu conceito e fundamentos à luz de dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Resolução N°. 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.

Em seguida serão analisados os esforços feitos pelo legislador no intuito de internalizar a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 2011 com o estudo de vários projetos de lei em trâmite no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, haja vista que até então esse instituto passara, e muito, despercebido aos olhos do legislador e do Poder Judiciário, como dito há pouco.

Por fim serão abordadas as dificuldades enfrentadas para que a audiência de custódia consiga, nos moldes para que foi criada, cumprir sua cátedra com eficiência e presteza, já que esse instituto é de suma importância no controle dos índices de encarceramento no sistema prisional brasileiro. Entendemos, dessa forma, está contribuindo para uma melhor análise desse instituto recém-criado, por assim dizer, não obstante as desinformações e polêmicas que, por vezes, lhe são dispensadas.

³ Comparados os anos de 2008 e 2013, os Estados Unidos reduziram em 8% a taxa de aprisionamento, a China em 9% e a Rússia em 24%, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. O QUE É?

2.1 Breves comentários acerca dos termos audiência e custódia

Antes de abordarmos o conceito de audiência de custódia propriamente dito, é importante visualizar algumas considerações e orientações doutrinárias pertinentes aos conceitos de audiência e custódia de forma isolada, no intuito de nos familiarizarmos, desde já, com o instituto ora perscrutado.

O termo audiência é de origem latina *audientia*, que significa “ato de ouvir”⁴. Trata-se, portanto, do ato de ouvir ou dar atenção àquele que fala, de receber alguém com o objetivo de escutar ou de atender sobre o que fala ou sobre o que alega. No campo jurídico, é entendido como um ato processual solene, público, presidido pelo juiz ou por alguém sob sua supervisão para que este colha a prova oral e ouça pessoalmente as partes e seus procuradores com o fim de resolver o processo. O procedimento oral é o ponto mais alto da audiência, pois concentra os principais atos da disputa judicial (prevalece nela o princípio da oralidade) e é o meio pelo qual o juiz entra em contato direto com as provas. Via de regra, é indispensável para a solução dos conflitos de interesse.

Por sua vez, o termo custódia também possui suas raízes cravadas no latim. Provém de *custodia*, para nós entendido como uma “condição de quem se encontra sobre a proteção de outra pessoa ou instituição”⁵. Relaciona-se, portanto, com o ato de guardar, de proteger.

Isto posto, é possível perceber que a audiência de custódia é o ato de ouvir ou dar atenção àquele que se encontra sob a guarda ou proteção de outrem.

2.2 Conceito e fundamentos

Como instituto jurídico, embora presente desde 1992, é um tema novo, recém-tratado. Consiste na ideia da imediata apresentação do autuado preso em flagrante delito à autoridade judicial, no caso, o juiz, visando prevenir ameaças e maus-tratos, bem como detectar e coibir prisões ilegais e arbitrárias. Note-se que a audiência de custódia deverá, impreterivelmente, ter a participação do Ministério Público, que versará sobre a legalidade e necessidade da

⁴ Origem da palavra - site de etimologia. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/audiencia/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

⁵ Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/custodia/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

restrição de liberdade, como também a presença da defesa técnica (Defensor Público ou advogado particular).

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 irregularidades⁶.

Com isso, ao invés de ser enviado ao juiz apenas o auto de prisão em flagrante, nos moldes do artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal⁷, o indivíduo adstrito de sua liberdade também deverá ser apresentado à autoridade, para que ela tome conhecimento prévio e tenha um contato com o preso ainda na fase pré-processual, de modo a observar os requisitos e o modo como foi realizado o procedimento, para que se revista de legalidade e com isso sejam evitados abusos e excessos.

Trata-se, pois, de um mecanismo de controle imediato da prisão, que, nos dizeres de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento”⁸, visto que no procedimento penal pátrio, a prisão deve ser tratada como a *ultima ratio*, devendo ser empregada em extremas situações, sendo imperativo para a sua aplicação, que sejam observados fatores como a necessidade da mesma, bem como a sua adequação.

Historicamente, a preocupação da humanidade e, em especial da cultura ocidental com a pessoa presa ou detida, é marcada pela indiferença e pelo menosprezo. No entanto, somente a partir da segunda metade do século XVIII, começaram a despontar manifestações incisivas em prol da coibição do arbítrio punitivo do Estado e do asseguramento dos direitos humanos da pessoa presa ou detida. Porém, foi após a Segunda Guerra Mundial, com a criação de organismos voltados à garantia dos direitos humanos e à manutenção da paz e da segurança, que a preocupação incisiva com a pessoa presa ou adstrita de sua liberdade ganhou contornos mais robustos.

⁶ Descrição do sistema de audiência de custódia segundo o Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

⁷ Art. 306. 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.

§ 1º. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 701.

Nesse contexto, o Conselho da Europa⁹ criou, em 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH). Dentre as normas estatuídas por esta Convenção, está a que estabeleceu a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei para exercer tais funções.¹⁰

Pensou-se, com essa apresentação, evitar a ocorrência de tortura e maus-tratos aos indivíduos que houvessem sido presos em flagrante ou a título preventivo por ordem das forças estatais diversas do Poder Judiciário.

A evolução desse mecanismo de controle chegou a tal ponto na União Europeia que, em 2012, o Parlamento Europeu aprovou a Diretriz 2012/13/EU. No rol, consta a garantia do pleno respeito aos dos direitos fundamentais a toda pessoa detida, ou seja, o dever de o Estado cientificá-la do direito a ser apresentada sem demora a um juiz ou outra autoridade que as suas vezes fizer.

A partir da CEDH, abriu-se a porta para que toda pessoa presa ou detida fosse vista, ainda nos primeiros instantes da prisão, de uma forma distinta. Seguiram-se, a partir daí, outros textos internacionais versando sobre o objeto do presente estudo.

É o caso, por oportuno, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), instituto adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 16 de dezembro de 1966¹¹, que traduz alguns princípios advindos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, pela mesma Assembleia Geral da Nações Unidas, como penhor contra a opressão e a discriminação, de modo a ampliar o rol dos direitos constantes em referido Diploma.

Nessa esteira, prever o ora comentado instituto, em seu artigo 9.3 que

⁹ O Conselho da Europa é a maior e mais antiga organização intergovernamental com carácter político integrando 46 países, incluindo todos os Estados-membros da União Europeia e 21 países da Europa Central e Oriental, com o intuito de promover a defesa do Direitos Humanos e concluir acordos à escala europeia para alcançar uma harmonização das práticas sociais e jurídicas em território europeu (DGPJ: O que é o Conselho da Europa? Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacio-nais/copy_of_anexos/o-que-e-o-conselho-da4586/>. Acesso em: 19 fev. 2017.)

¹⁰ Artigo 5,3. Toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra ‘c’, do presente artigo deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais, e terá direito a ser julgada em um prazo razoável ou ser posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode ser condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo. Na versão original em inglês: “*Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial*”. (EUROPEAN Conventionon Human Rights. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> . Acesso em: 21 fev. 2017.

¹¹Ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto n° 592, de 06 de julho de 1992.

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 sentença¹².

Cá entre nós, San José da Costa Rica realizou a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocasião que culminou na aprovação, em 22 de novembro de 1969, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), vigorando a partir de 18 de julho de 1978. Vale salientar que, assim como o PIDCP, a referida Convenção também foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio¹³.

Nos moldes do Pacto de San José da Costa Rica, como também ficou conhecida a CADH, em seu artigo 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 juízo¹⁴.

Portanto, a previsão normativa da audiência de custódia é inquestionável, uma vez que presentes em tratados internacionais do qual o Brasil é signatário (leia-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), incorporados ao sistema jurídico brasileiro desde 1992. Perceba-se que, desde então, era possível a rápida apresentação de pessoa presa ou detida em flagrante delito à autoridade judiciária competente ou equivalente.

¹² PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

¹³ Ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992.

¹⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

2.3 Da imediata apresentação do preso

Da leitura atenta dos dispositivos prescritos pelos tratados acima aludidos, é possível perceber que sempre traduz a necessidade de uma imediata apresentação do indivíduo adstrito da sua liberdade de locomoção à autoridade judicial competente ou com poderes para tanto. Ante o exposto, passa-se, agora, à análise do que seria essa imediata apresentação.

Quando a Constituição Federal exige que a comunicação da prisão em flagrante seja efetuada de imediato ao juiz e a família do preso (artigo 5º, inciso LXII), isso não importa dizer que ela venha a ocorrer só com a distribuição do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário que, de acordo com o artigo 306, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, será em até 24 horas¹⁵. Pensar assim, seria permitir que a comunicação, que deveria acontecer nos primeiros instantes da restrição, pudesse vir a se concretizar mais de 24 horas após o ato prisional.

Ora, sem largos esforços, é possível visualizar que a finalidade da norma constitucional (doravante artigo 5º, inciso LXII) em estabelecer o caráter imediato da comunicação ao juiz e familiares, é que se saiba, o mais rápido possível, o paradeiro do sujeito que teve sua liberdade de ir e vir cerceada. Isso se dá por dois motivos: o primeiro, para que a família possa lhe disponibilizar um defensor e o segundo, para que a ciência da localização do preso, por parte do juiz e familiares, possa servir de freio a possíveis agressões físicas ou até mesmo psicológicas contra aquele.

Vale salientar que o atraso na remessa do auto de prisão em flagrante poderá levar a sua não homologação pelo juízo competente. Nos dizeres de Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen,

o atraso ou a não comunicação imediata da prisão em flagrante vai além dessa mera desconstituição da legalidade da prisão. Em verdade, o desrespeito à norma constitucional caracteriza crime de abuso de autoridade, levando à responsabilização criminal da autoridade policial que coloca em risco uma garantia que procura proteger o sujeito preso contra eventuais abusos praticados na esfera policial¹⁶.

¹⁵ Art. 306. 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.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: <http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017

¹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. Pág. 60.

Ademais, reportando à comunicação imediata da prisão em flagrante, deve-se entender, nas palavras de Antônio César Lima da Fonseca como “*o primeiro ato a ser adotado pela autoridade policial, tão logo ela se decida pela lavratura do auto de prisão em flagrante*”.¹⁷

Feitas essas considerações, a Resolução n.º. 213, de 15/12/2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamentou no âmbito nacional a audiência de custódia, dispendo sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial, em seu primeiro artigo, *caput*, preleciona:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão¹⁸.

Da leitura do artigo acima, percebe-se que a apresentação do sujeito privado em sua liberdade se dará em “24 horas da comunicação do flagrante”. Ou seja, primeiro haverá a comunicação do flagrante nos termos do artigo 306 do Código de Processo Penal para, depois, haver a apresentação do sujeito preso. Por sua vez, o parágrafo primeiro daquele mesmo artigo esclarece que essa comunicação da prisão em flagrante se dará com o “encaminhamento do auto de prisão em flagrante”. Percebe-se que, de início, a autoridade policial deverá finalizar todo o auto de prisão em flagrante e, depois de finalizado, encaminhá-lo ao juiz competente (como visto, tudo no prazo de 24 horas). Depois de concluída essa primeira fase, inicia-se o prazo para a apresentação do preso à autoridade, que conforme a resolução, deverá ocorrer nas 24 horas que sucedem ao primeiro lapso temporal (o do encaminhamento do auto de prisão – também de 24 horas).

O CNJ, com isso, fez uma diferenciação entre o momento de distribuição do auto de prisão em flagrante ao juiz competente e o momento em que deverá ocorrer a apresentação do sujeito preso.

Vale salientar que o ato regulamentar da audiência de custódia no Brasil (a saber, a Resolução n.º. 213, do CNJ) em seu parágrafo 4º, artigo 1º, ressalvou duas hipóteses em que o lapso temporal de 24 horas pode ser dilatado e, mais ainda, inverteu a lógica do instituto.

¹⁷ Abuso de Autoridade. Comentários e Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99-100.

¹⁸ RESOLUÇÃO Nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Nesses casos, que apresentaremos a seguir, o juiz competente pela realização da audiência é que se deslocará para o local onde se encontra a pessoa presa. A primeira delas acontece quando a pessoa presa estiver acometida de grave enfermidade, desde que, por óbvio, o sujeito preso apresente condições de receber pessoas e de se manifestar durante aquele ato. A segunda diz respeito a situações que, comprovadamente excepcionais, impeçam o sujeito preso de ser apresentado ao juiz, como, por exemplo, o risco concreto de resgate do sujeito preso ou detido, com troca de tiros em via pública.

Em ambas as situações, a apresentação que, nos casos, serão do juiz ao preso e não do preso ao juiz como de regra, acontecerá no mesmo prazo de 24 horas. Contudo, é o mesmo parágrafo 4º do artigo 1º que se encarrega de ampliar tal prazo, sempre que for inviável o deslocamento do juiz, não estabelecendo um tempo máximo em que, nestas circunstâncias, a audiência de custódia deverá ocorrer. Leia-se:

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação¹⁹. (grifos nossos)

Colocando-se em prática a lógica adotada pelo CNJ, o que se vê é que ele procurou estabelecer um prazo fixo para que ocorra a audiência de custódia, algo não realizado pelos textos internacionais ratificados pelo Brasil em 1992.

2.4 Da prisão em flagrante delito

2.4.1 Conceito

Caracteriza-se como flagrante o delito que está sendo cometido ou que acaba de ser. A prisão em flagrante delito, desta feita, é a que resulta no momento e no local do crime, sendo uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e de caráter eminentemente administrativo. Encontra previsão legal no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, ao assegurar que *“a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem*

¹⁹ Art. 1º. § 3º, da RESOLUÇÃO Nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?docu-mento=3059>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”, e ainda o inciso LXI do mesmo artigo 5º, com maestria dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar e de crime propriamente militar, definidos em lei”.

Para uma melhor assimilação do tema, mister se faz reproduzir os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na delegacia de polícia²⁰.

É de se observar que o conceito de prisão em flagrante não está adstrito à acepção pura da palavra. Nesse prisma, percebe-se uma elasticidade daquilo que se entende por prisão em flagrante delito, de sorte a serem disciplinadas no Código de Processo Penal, em leis especiais, na jurisprudência e na própria doutrina várias espécies de prisão em flagrante. É o que passaremos a discorrer a partir de então.

2.4.1.1 Flagrante próprio, propriamente dito, real ou verdadeiro

A primeira espécie de flagrante é a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão. Aqui, o indivíduo é surpreendido cometendo o ato infracional ou quando acaba de cometê-lo. Está previsto no artigo 302, incisos I e II do Código de Processo Penal.

Temos duas situações contempladas nesta modalidade: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa; b) de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao

²⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 714.

fato quando vem a ser preso. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo²¹.

2.4.1.2 Flagrante impróprio, quase flagrante ou irreal

Nesta modalidade, o indivíduo não é pego cometendo o ato criminoso, nem tampouco acabando de cometê-lo. Aqui, o agente é perseguido, logo após a infração. É a situação em que o agente é perseguido, logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. Encontra sustentáculo no artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal.

Importante destacar que, para a caracterização do flagrante impróprio, o contato visual não é elemento essencial para a caracterização da perseguição e não existe um lapso temporal determinado. O que de fato caracterizará o flagrante impróprio é a ação de continuidade, isto é, a perseguição ininterrupta do preso, ainda que dure dias ou até mesmo semanas.

2.4.1.3 Flagrante presumido, ficto ou assimilado

Nesse tipo de flagrante, a pessoa é encontrada com instrumentos ou produto de crime que acabou de ocorrer e possa presumir que foi ela que o cometeu.

No flagrante presumido, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que presumam ser ele o autor do delito (art. 302, IV, CPP). Esta espécie não exige perseguição. Basta que a pessoa, em situação suspeita, seja encontrada logo depois da prática do ilícito, sendo que, o móvel que a vincula ao fato é a posse de objetos que façam crer ser a autora do crime²².

Essa modalidade também não exige um lapso temporal, haja vista que a prisão decorre do encontro do agente com os objetos que façam a conexão com a prática do crime.

2.4.1.4 Flagrante compulsório

Este tipo de flagrante alcança as forças de segurança, assim entendidas as polícias civil, militar, rodoviária e ferroviária e o corpo de bombeiros militar (art. 144 da CF), que têm o dever de, obrigatoriamente, efetuar a prisão em flagrante sempre que a hipótese se

²¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 715.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 716.

apresente, enquanto estiverem em serviço. Note-se que durante as férias, licenças e folgas, essa obrigatoriedade cede lugar à mera faculdade.

2.4.1.5 Flagrante facultativo

Essa modalidade está prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal e atribui a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão, ao estabelecer que *“qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”*.

2.4.1.6 Flagrante esperado

Aqui, a autoridade policial, com forte desenvolvimento investigativo e tendo conhecimento da iminente ocorrência da infração, toma as medidas adequadas para capturar o infrator assim que ele comece a atuar, escolhendo o momento mais oportuno para agir.

No flagrante esperado temos o tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o início da execução delitiva, em que a polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados²³.

O flagrante esperado não está disciplinado na legislação, sendo uma idealização doutrinária para justificar a atividade de aguardo da polícia.

2.4.1.7 Flagrante preparado ou provocado

Nessa modalidade de flagrante, o indivíduo é instigado a cometer o fato delituoso, razão pela qual acaba sendo preso em flagrante. Trata-se de um artifício onde é maquinada uma verdadeira armadilha no intuito de prender aquele que cede a tentação e acaba cometendo a infração.

Para fixação do conteúdo, um exemplo nos é dado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 717.

Policial disfarçado encomenda a um falsário certidão de nascimento de pessoa fictícia e, no momento da celebração da avença, com a entrega do dinheiro e o recebimento do documento falsificado, realiza a prisão em flagrante²⁴.

Essa ocorrência não poderá ser configurada, em face da edição da súmula n°. 145 do Supremo Tribunal Federal, que caracterizou a conduta realizada nessas condições como crime impossível: “*Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

2.4.1.8 Flagrante prorrogado, retardado, postergado ou diferido

É um flagrante com características estratégicas, pois a autoridade policial aguarda o momento mais oportuno para efetuar a prisão.

Oportuno é observar que, segundo os mestres Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Esta hipótese não se confunde com o flagrante esperado, pois neste a polícia aguarda o início dos atos executórios, e, uma vez iniciados, estará obrigado a realizar a prisão. Já no flagrante diferido, a polícia deixa de efetivar a prisão, mesmo presenciando o crime, pois do ponto de vista estratégico, esta é a melhor opção²⁵.

Possui arrimo em três legislações especiais, a saber: artigo 4º -B, da Lei n°. 9.613, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei de lavagem de dinheiro); artigo 53, II, da Lei n°. 11.343, de 23 de agosto de 2006, de combate e repressão ao tráfico de drogas e art. 8º da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que dispões sobre organização criminosa.

2.4.1.9 Flagrante forjado

²⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 717.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 719.

Essa modalidade de flagrante, consiste numa criação, em uma montagem de cenário que se existisse tornaria lícita e legítima a atuação policial. O único objetivo aqui prestado é atribuir falsamente a prática delituosa ao agente.

Nesse caso, a prática da conduta acaba acarretando ao responsável o cometimento de uma infração. É conduta ilícita, não amparada pelo ordenamento jurídico.

É aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É a lédima expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquinada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do artil²⁶.

O autor da conduta artilosa é o único infrator, que pratica o crime de denunciação caluniosa (artigo 339, do Código Penal) e, sendo agente público, responde também por abuso de autoridade (Lei 4.898/65).

2.5 Objetivos da Audiência de Custódia

A chamada audiência de custódia vem sendo muito discutida por alguns autores e instituições, justamente pelos objetivos que carrega consigo. Vejamos, portanto:

2.5.1 Ajuste dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro

É o objetivo base à mais que necessária conformação dos diversos institutos presentes no Código de Processo Penal aos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, que a preveem e que até então estavam desmemoriados pelo ordenamento jurídico pátrio, como bem afirma Caio Paiva ao tratar do tema, *“pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de uma margem de apreciação a respeito das utilidades dos direitos e garantias vinculados nos Tratados”*²⁷. É de se observar que o Brasil ratificou esses tratados (PIDCP e CADH) há mais de 20 anos e só agora o tema audiência de custódia, neles contido, começou a ser posto em prática.

²⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 720.

²⁷ PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito: 2015, p. 34.

2.5.2 Resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso

Outro objetivo da audiência de custódia diz respeito ao resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso, bem como prevenir atos de tortura de qualquer natureza, possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão. É o que preceitua a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no art. 5.2:

“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Note-se que neste objetivo da audiência de custódia, não está se fazendo uma crítica generalizada ao trabalho desempenhado pela Polícia, porém há casos suficientes de pessoas presas que passam por essa situação desarrazoada, configurada pelos maus policiais que, espera-se, sejam a minoria.

2.5.3 Evitar prisões ilegais e arbitrárias

Na audiência de custódia é necessário que se faça uma minuciosa análise da prisão pelo magistrado no intuito de evitar constrangimentos desnecessários ao indivíduo preso. Dessa forma, fica mais fácil interpretar a legalidade da prisão, visto que o preso terá a oportunidade de se defender pessoalmente e na presença de seu defensor. É nesse sentido o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, senão vejamos:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência²⁸.

²⁸ Na versão original: “*El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia*”. (CIDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, reparaciones e costas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 76. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/arti-culos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017).

Tal finalidade demonstra que o Direito Processual Penal também pode agir na contenção do *jus puniendi* estatal, justificando para tanto o Princípio da Excepcionalidade da Prisão Cautelar, que deverá ser a opção última a adequar-se ao caso concreto, já que, como visto, a prisão trata-se da *ultima ratio*.

2.5.4 Redução da superlotação carcerária e dos gastos do Estado com a manutenção dos presos provisórios

De acordo com o CNJ, “o Brasil ocupa o quarto lugar entre os países com o maior contingente de pessoas presas, atrás de Estados Unidos da América, China e Rússia. Considerando também as prisões domiciliares e em regime aberto, alcançamos o terceiro lugar”²⁹. Portanto, em um país onde a regra é o encarceramento, não podia apresentar índices diferentes. Esse fator, associado a um sistema prisional ineficaz acaba gerando um número de presos acima do normal.

É notório que a execução da pena privativa de liberdade possui como objetivo principal a ressocialização do apenado para o seu posterior reingresso na sociedade, em outras palavras:

Ressocializar é dar ao preso o suporte necessário para reintegrá-lo a sociedade, é buscar compreender os motivos que o levaram a praticar tais delitos, é dar a ele uma chance de mudar, de ter um futuro melhor independente daquilo que aconteceu no passado³⁰.

Esse viés de ressocialização, contudo, não tem produzido os resultados almejados, ocasionando assim a crise em que se encontra o sistema prisional.

São vários os problemas do sistema carcerário brasileiro, desde a falta de estrutura dos presídios, que sofrem com a superlotação, até deficiência nos alojamentos e na alimentação, que facilitam a proliferação de doenças. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos, aliado às más condições de higiene dos locais, originados na falta de ar, de higiene e nos odores advindos dessas circunstâncias.

²⁹ Conselho Nacional de Justiça: Perguntas Frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

³⁰ O Sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

Ainda com relação aos dados estatísticos, de acordo com o CNJ, o Brasil possui 245.384 (duzentos e quarenta e cinco mil, trezentos e oitenta e quatro) presos provisórios³¹, ignorando firmemente a orientação da prisão como a *ultima ratio*, pelo alto número de prisões dessa natureza.

Ante esse cenário, a audiência de custódia desponta como uma medida de descarceração, haja vista que o juiz, ao ter com o preso, analisará as condições da prisão e decidirá pela necessidade ou não da mesma, o que conseqüentemente diminuirá a quantidade de pessoas sujeitas ao cárcere. Vale salientar que só será posto em liberdade aquele que foi vítima de uma prisão desnecessária, pois se a prisão foi realmente necessária, esta deverá ser mantida.

De acordo com dados atualizados consolidados do CNJ, até dezembro de 2016 foram realizadas no Brasil 174.242 (cento e setenta e quatro mil, duzentos e quarenta e duas) audiências de custódias, dentre os quais 80.508 (oitenta mil, quinhentos e oito) casos resultaram em liberdade, o que representa um percentual de 46.20% das audiências de custódias realizadas até então³².

Diminuindo a quantidade de presos, diminui-se, também, a quantidade de gastos do Estado com presos provisórios, isto é, aqueles que estarão sujeitos à audiência de custódia.

Segundo a Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministra Cármen Lúcia, “*um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano.*”³³. Essa constatação foi feita no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Conseps), em Goiânia/GO. Das palavras da Excelentíssima Ministra, conclui-se que um preso no Brasil, em média, custa 13 (treze) vezes mais que um estudante normal.

Percebe-se, nessa esteira, que a implantação do sistema da audiência de custódia busca a humanização do processo penal brasileiro, uma vez que sempre 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, apresentando uma solução mais que justificada para o caso e com a urgência em que deve ser realizada.

³¹ Conselho Nacional de Justiça: DADOS DAS INPEÇÕES NOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 24 fev. 2017.

³² Conselho Nacional de Justiça: DADOS ESTATÍSTICOS/MAPA DA IMPLANTAÇÃO Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implan-tacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

³³ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

2.6 Os resultados possíveis

Apesar de o Brasil ter ratificado os Tratados internacionais que expressamente preveem a apresentação da pessoa presa de imediato à autoridade competente para que esta tome as providências cabíveis, a saber o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1992, contraditoriamente, pouco ou nenhum esforço houve para que o conteúdo destes textos fosse, de fato, internalizado. Somente em 2015 esse instituto foi passível de regulamentação no âmbito interno. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual editou a Resolução nº. 213, de 15 de dezembro de 2015, de modo a apresentar orientações e diretrizes sobre a aplicação e o acompanhamento de medidas para os custodiados apresentados na audiência de custódia.

O próprio CNJ, em tutorial sobre o referido instituto apresenta os resultados possíveis da audiência de custódia. Todos os resultados que poderão decorrer da realização da audiência de custódia encontram previsão legal no Código de Processo Penal. Em apertada síntese, discorreremos sobre cada um deles a partir daqui.

2.6.1 O relaxamento de eventual prisão ilegal

Encontra previsão no art. 310, inciso I do CPP e no art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal ao preceituar que “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente*”. Do enunciado do dispositivo constitucional fica evidente que a hipótese de cabimento do pedido de relaxamento da prisão ocorre sempre que esta se apresenta ilegal.

Num conceito simplista pode-se dizer que prisão ilegal é toda a restrição da liberdade de locomoção do indivíduo, contrária ao Direito ou sem observância das normas vigentes. A ilegalidade, considerada isoladamente, podemos conceituar como sendo a prática de um ato sem os requisitos dos preceitos legais necessários para que o mesmo seja válido. Dessa forma, efetuada qualquer prisão sem que seja observado o ordenamento jurídico vigente, a mesma tornar-se-á ilegal, traduzir-se numa flagrante arbitrariedade se for efetuada com excesso de autoridade, ou decorrer da prática de ato abusivo ou não permitido pela lei.

2.6.2 A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança

Está prevista no art. 310, inciso III do Código de Processo Penal que, no caso da audiência de custódia, o juiz poderá conceder a liberdade provisória ao indivíduo preso mediante fiança ou sem a sua exigência. Nas lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

[...] esta funciona como moeda de troca, combatendo prisão legal, em que por autorização normativa, o preso poderá permanecer em liberdade, desde que atenda aos requisitos, e se comprometa a atender as condições que como regra lhe serão impostas³⁴. (grifos nosso)

É de se constatar que nesse caso a prisão obedece todos os ditames da legalidade, ficando condicionado o preso a certos requisitos pelo juiz impostos. A liberdade provisória dura apenas até a sentença. Se a sentença condená-lo, ele será preso. Se a sentença absolvê-lo, a sua liberdade será permanente.

2.6.3 A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas da prisão

Este resultado possível encontra razão nos artigos 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal e consiste na possibilidade de o juiz, valendo-se de um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a manutenção da liberdade do agente que devem ser impostas de forma preferencial à prisão. Veja-se:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

³⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. Pág. 791.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica³⁵.

Desse modo, embora exista esse rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação.

2.6.4 A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Trata-se de medida prevista no art. 310, II, parte inicial e consiste na possibilidade de o juiz, como forma de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando existir prova suficiente de crime e indício de materialidade que fundamente a necessidade de manutenção da prisão em flagrante se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

O CPP admite a decretação da prisão preventiva nos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso ou se o crime do qual é acusado envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, entre algumas outras hipóteses. O Código não estabelece um prazo máximo de duração da prisão preventiva, podendo essa medida ser revogada ou novamente decretada a critério do juiz.

Em todo caso de conversão da prisão em flagrante em preventiva o juiz deve motivar a sua decisão.

3. A INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

³⁵ BRASIL. Decreto-lei nº N° 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Lex*. Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

3.1 A presença de institutos semelhantes à audiência de custódia na legislação brasileira antes de 1992

Em que pese o fato de o Brasil haver ratificado o PIDCP e a CADH – que preveem a rápida apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade competente para que esta tome as medidas cabíveis – há mais de 20 anos, em 1992, a nossa legislação já ventilava algo similar em prol do que seria hoje a audiência de custódia em leis de caráter especial anteriores àquele ano.

Uma das primeiras movimentações se deu antes mesmo da promulgação da Constituição Federal em 1988. Referimo-nos ao Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965) ao determinar a imediata apresentação judicial de toda pessoa presa, em flagrante ou não, para que seja averiguada a legalidade daquele ato³⁶.

A redação do referido dispositivo é clara, porém a semelhança daquela apresentação com a audiência de custódia se deve à forma como tal dispositivo vem sendo regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral, visto que a cada período eleitoral, a corte insiste em administrativamente criar um modelo de persecução penal diverso do previsto no CPP. Aqui, é o Juiz Eleitoral o senhor da investigação criminal, determinando o que pode, ou não, ser objeto da investigação do inquérito policial, visto que, nesse caso, a pessoa presa é de imediato apresentada ao juiz e só depois da apresentação é que acontecerá a lavratura do auto de prisão em flagrante, no rito do art. 304 do CPP.

O que se pretende, então, é uma apresentação destinada a apurar o fato punível em tese praticado, não do ponto de vista da legalidade mas do tratamento que o sujeito preso recebeu por parte das autoridades envolvidas no ato restritivo de sua liberdade.

Na mesma lógica, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n°. 35, de 14 de março de 1979), ao prever que, quando preso em flagrante, o magistrado tem, como uma de suas prerrogativas, ser apresentado imediatamente ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado³⁷.

O antigo Código de Menores (Lei 6.697, de 1979) também determinava a pronta apresentação ao juiz de toda pessoa menor de 18 (dezoito) anos que viesse a se envolver na

³⁶ Artigo 236, § 2º: Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

³⁷ Artigo 33. São prerrogativas do magistrado: [...] II – não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que está vinculado.

prática de infração penal³⁸. Tal ato era denominado por esta legislação de audiência de apresentação.

Sucedendo o Código de Menores, a Lei 8.069, de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente também recepcionou a preocupação em tornar obrigatória a rápida apresentação do adolescente apreendido.

3.2 Os esforços para que, de fato, a audiência de custódia faça parte da nossa legislação interna

3.2.1 O Projeto de Lei do Senado n.º. 554, de 2011

Como visto anteriormente, da incorporação dos Tratados Internacionais ao ordenamento jurídico pátrio até 2011, constrangedoramente, a legislação nacional não apresentou nenhum esforço no sentido de que o sujeito preso obrigatoriamente tivesse rápido contato pessoal com uma autoridade judicial ou com poderes judiciais para rever os motivos que levaram à prisão cautelar.

Contudo, em 06 de setembro de 2011, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou o Projeto de Lei do Senado n.º. 554, de 2011, propondo a inserção da audiência de custódia na prática processual brasileira que, como aponta Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, agora sob uma tríplice justificativa, a saber:

a) resguardo da integridade física e psíquica e psíquica do preso; b) diálogos mantidos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil; e c) necessária adequação da legislação brasileira ao direito comparado e aos tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, em especial o PIDCP e a CADH³⁹.

O projeto, originalmente, propunha a alteração do parágrafo 1º do artigo 306 do CPP, no intuito de acrescentar ao referido dispositivo legal a possibilidade de o sujeito preso em condição de flagrância ser apresentado ao juiz no prazo de 24 horas após a prisão, juntamente

³⁸ Artigo 99, *caput*. O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judicial.

³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. Pág. 35.

com o auto de prisão. O objetivo era que, em um só momento, houvesse a oitiva do preso, o exame da legalidade da prisão e do seu respectivo auto, bem como a incidência, ou não, de alguma medida cautelar pessoal.

Nos dizeres do Senador Antônio Carlos Valadares, autor do Projeto:

Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária⁴⁰.

Submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e tendo como relator o Senador Randolpho Rodrigues, o projeto foi considerado “conveniente e oportuno”. Após mais de um ano entre idas e vindas, o projeto recebeu novo parecer, desta vez da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, ocasião em que o relator do projeto na comissão, o Senador João Capiberibe renovou a afirmação de sua relevância e oportunidade.

Nesse íterim, o Senador Francisco Dornelles apresentou emenda ao projeto, intencionando a possibilidade da realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, invocando questões ligadas à diminuição do tráfego de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário, à segurança pública, à segurança institucional e, inclusive, à segurança do preso. No entanto, o parecer e voto do Senador Humberto Costa, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania foi pela rejeição essa emenda, como se vê:

Embora sejam válidos os argumentos do Parlamentar, consideramos que a presença física do preso perante a autoridade judiciária se mostra necessária, pois além de ser mais fidedigna, possibilita que o Magistrado possa avaliar o caráter, a índole, de forma a alcançar a compreensão da personalidade do custodiado⁴¹.

A discussão foi posta, e as posições existentes bem demonstram a tensão que há entre parcela das instituições envolvidas, umas no sentido de apoio e outras no sentido de rechaço ao PLS N°. 554, de 2011.

O argumento central apresentado pelas instituições que se manifestam favoravelmente ao projeto foi a necessária regulamentação da audiência de custódia prevista na CADH, como

⁴⁰ Minuta do Projeto de Lei do Senado N°. 554, de 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁴¹ Minuta do Projeto de Lei do Senado N°. 554, de 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451596>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

forma de evitar prisões ilegais e arbitrárias, bem como a prática de tortura e maus-tratos por parte dos órgãos estatais.

Como pioneiro, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) manifestou que a necessidade da audiência de custódia se justificaria pelo fato de o preso somente poder manter algum contato direto com o juiz quando do último ato da fase de instrução, pois para lá foi deslocado o momento de seu interrogatório⁴².

Também se pronunciando sobre o tema, a Associação dos Juízes para a Democracia enviou comunicação à Presidência do Senado Federal no sentido de que a audiência de custódia seria um instrumento para melhor preservar a excepcionalidade da prisão cautelar no país.

Em sentido contrário, a Federação dos Delegados de Polícia Federal (FENADEPOL) encaminhou ofício à Presidência do Senado Federal, solicitando o adiamento da votação do projeto, para que houvesse uma maior discussão sobre ele, em razão dos impactos de ordem financeira e da insuficiência de policiais e juízes para atenderem ao aumento que ocorrerá no número de audiências, sobretudo à noite. Segundo o texto do referido Ofício,

Assim, todo preso irá alegar perante o Juiz que foi torturado na rua para tornar nula a prisão e ser solto. E o policial responsável pela prisão, em decorrência das declarações do preso, irá responder injustamente pelo crime de tortura [...] ⁴³.

Em sequência, foi a vez do Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestar pela rejeição do projeto.

Após, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) expressou sua preocupação quanto à efetividade da medida, apontando o fato de o juiz não ter condições de avaliar ou examinar o preso, sendo imprescindível, para tanto, o exame técnico por médico legal.

Considerou, ainda, não ser apropriado o momento da eventual apresentação para colher o depoimento do preso, mesmo que atinente a detalhes da prisão.

Embora não seja a primeira iniciativa voltada à implantação da audiência de custódia no Brasil, não há como negar que referido projeto foi o propulsor de uma enorme discussão que tomou conta do país.

⁴² Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.º. 252, novembro/2013, p. 01. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4981-Editorial-O-esforcode-Sisifo-e-a-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁴³ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL. Ofício 37/2014 – FENADEPOL. Brasília, 04 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4451614>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

O PLS 554 foi remetido recentemente à apreciação na Câmara dos Deputados, em 06 de dezembro de 2016⁴⁴.

3.2.2 Proposta de Emenda Constitucional N.º. 112, de 2011

Após a representação da PLS 554, 2011, uma nova ofensiva foi realizada no intuito de que a audiência de custódia fosse inserida em nossa legislação. Desta vez, a pretensão foi de sua menção em nível constitucional, a saber, a Proposta de Emenda à Constituição n.º. 112/2011, de autoria do Deputado Federal Domingos Dutra, com a finalidade de dar nova redação ao inciso LXII, do artigo 5º da Constituição Federal, que passaria a prever a seguinte redação:

“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, devendo em até quarenta e oito horas ser conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre a sua legalidade”⁴⁵.

A proposta demonstrou nítida preocupação com a existência de prisões ilegais no país, o que aliviaria a situação do sistema carcerário brasileiro. Embora tivesse recebido o voto de admissibilidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação daquela Casa Legislativa, a PEC n.º. 112/2011 foi arquivada em 31 de janeiro de 2015, em razão do fim da legislatura (termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

3.2.3 Projeto de Lei N.º. 7.871/2014

Em meio às fortes discussões que vêm ocorrendo dentro e fora do Senado Federal, a Câmara dos Deputados também voltou suas atenções à modificação do Código de Processo Penal para inserir em seu bojo a audiência de custódia. Trata-se do Projeto de Lei de autoria do Deputado Federal Jorginho de Mello (PL 7.871/2014).

A pretensão do proponente era alterar o art. 301 do CPP, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

⁴⁴ Minuta do Projeto de Lei do Senado N.º. 554, de 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115#tramitacao>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁴⁵ Proposta de Emenda à Constituição N.º. 112/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8524A493B6F08460CDD2E2D7AB98C314.proposicoesWebExterno1?codteor=941676&filename=PEC+112/2011>. Acesso em: 25 fev. 2017.

“Art. 301. Qualquer do povo poderá prender e a polícia deverá prender e autuar quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Parágrafo único. Após a lavratura da prisão feita pela polícia, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a pessoa presa deverá ser conduzida à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, deverá ser encaminhada cópia integral para a Defensoria Pública”⁴⁶.

Como justificativa, o Excelentíssimo Deputado reportou ao PIDCP e à CADH. De igual modo, afirmou que aquela audiência se prestaria a resguardar a integridade física e psíquica da pessoa presa em flagrante.

Por já existir projeto similar em trâmite no Senado Federal, o PL N.º. 7.871/2014 não recebeu maiores atenções por parte dos deputados, estando atualmente apensado ao PL N.º. 8.045/2010, que trata do Novo Código de Processo Penal.

3.2.4 O esforço conjunto do CNJ, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Ministério da Justiça

Em meio às inúmeras tentativas frustradas de implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça, criou, em fevereiro de 2015, um projeto-piloto para sua progressiva expansão nacional, afirmando que o instituto da audiência de custódia seria uma realidade da qual o Brasil não mais poderia ignorar. Ao discorrer sobre o tema, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen apontam que:

Mais que isso, foi dado um recado muito claro às diversas instituições contrárias à sua plena incorporação à praxe processual nacional, qual seja, que a audiência de custódia seria, a curto ou médio espaço de tempo, integrada à rotina procedimental da nossa persecução penal, pois o projeto-piloto se destinava a observar os problemas operacionais que ela poderia apresentar nesse primeiro momento de implantação, e corrigi-los paulatinamente, visando à inserção definitiva daquele instituto em âmbito nacional⁴⁷.

⁴⁶ Projeto de Lei N.º. 7.871. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270488&filename=Tramitacao-PL+7871/2014>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁴⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. Pág.112.

Assim sendo, era preciso que certas regras fossem estabelecidas para que houvesse um procedimento a ser observado, como forma de assegurar o respeito não só à da apresentação judicial da pessoa presa ou detida, mas também dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Não tardou muito para que as correntes resistentes à implantação do sistema da audiência de custódia atacassem o projeto. A principal alegação era a impossibilidade de regulamentação por meio de provimento, o que levou a Associação dos Delegados de Polícia (ADEPOL) a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº. 5.240), na qual apontou a edição daquele ato administrativo à Constituição Federal. A referida Ação foi julgada improcedente. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, quando do julgamento, a audiência de custódia “*tem se revelado extremamente eficiente como forma de dar efetividade a um direito básico do preso, impedindo prisões ilegais e desnecessárias, com reflexo positivo direto no problema da superpopulação carcerária*”⁴⁸.

De início, o projeto-piloto foi executado em todos os estados da federação, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na ADPF Nº. 347, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ordenando a colocação em prática dos termos do artigo 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP, acelerando o seu projeto de implantação nacional⁴⁹.

Foi então que surgiu a necessidade de uma regulamentação que, de modo uniforme para todo território nacional, colocasse em prática aquela decisão judicial, culminando na Resolução Nº. 213, de 15 de dezembro de 2015).

Note-se que não se trata, portanto, da criação de nenhum instituto novo, mas de um ato administrativo editado para regulamentar a audiência de custódia, instituto internalizado pelo ordenamento jurídico pátrio em 1992, por meio de tratados internacionais.

O projeto prevê a criação de estruturas multidisciplinares nos Tribunais de Justiça, constituídos pelo Poder Executivo local, e que resultam em centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. Os Estados poderão aderir às práticas propostas mediante um acordo de cooperação. Entre as ações contempladas no projeto, o CNJ propõe a capacitação de juízes e servidores do Poder Judiciário, além dos demais atores do sistema de justiça, como também o monitoramento diário dos resultados, visando

⁴⁸ JULGAMENTO da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240). 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁴⁹ ADPF 347 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

acompanhar a movimentação criminal local e o aproveitamento da experiência⁵⁰.

A Resolução N° 213 do CNJ é, hoje, uma realidade no sistema processual penal brasileiro e possui, atualmente, adesão de todos os Tribunais de Justiça dos 26 estados da federação, bem como do Distrito Federal e com resultados bastante satisfatórios, além de diminuir os casos de prisões desnecessárias, também contribui para a aplicação de medidas diferentes da prisão. Como exemplo, vejamos os resultados da realização da audiência de custódia no estado da Paraíba:

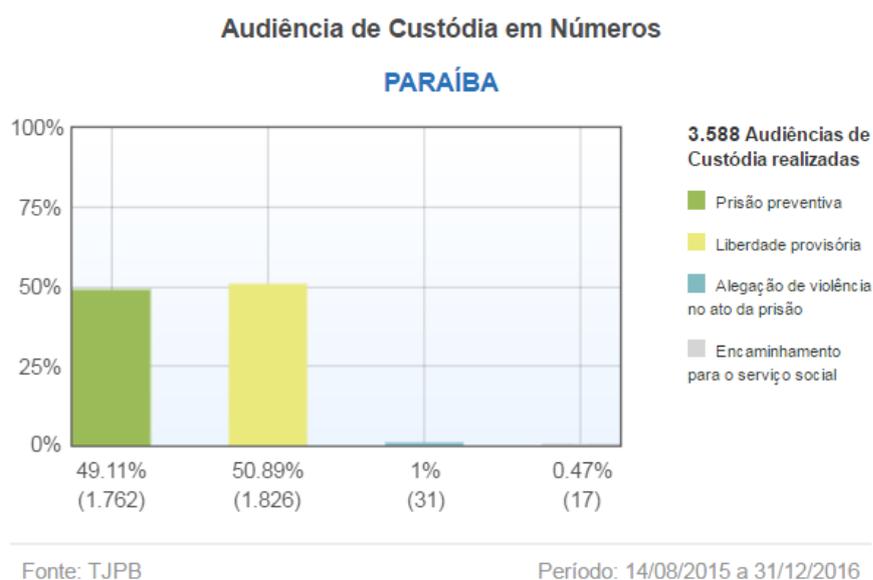


Figura 01. Audiência de custódia na Paraíba⁵¹

Da análise das informações acima, depreende-se que, no estado da Paraíba, o número de liberdades provisórias concedidas supera o de prisões preventivas. Na Paraíba, o projeto foi implantado em 14 de agosto de 2015 e já produz resultados muito condizentes.

⁵⁰ Conselho Nacional de Justiça: Perguntas Frequentes. Perguntas Frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntasfrequentes>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

4. DAS DIFICULDADES NA IMPLANTAÇÃO

4.1 Falta de estrutura física e de pessoal

Essa dificuldade diz respeito mais precisamente à polícia judiciária, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública por meio de manifestações oficiais ou por intermédio das entidades de classe representativa de seus integrantes.

A falta de estrutura é um argumento costumeiramente apresentado para toda e qualquer inovação legislativa que importe na mudança de práticas ou rotinas de atuação, e com o referido instituto executado nos termos da Resolução N.º. 213 do CNJ não foi diferente.

O primeiro impacto a ser verificado diz respeito à atuação da polícia judiciária, como conclui Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen:

Com a realização da audiência de custódia, seu serviço já não seria predominantemente cartorial – com a tomada de depoimentos e expedição das comunicações e notificações de praxe –, mas também, de encaminhamento ao Poder Judiciário para a realização daquele ato.

[...]

Certamente será sentida a necessidade de incremento imediato de pessoal, já que, como mínimo dois agentes policiais deverão fazer essa escolta, reduzindo o número de encarregados dos serviços cartoriais para a lavratura de um número de autos de prisão em flagrante que só vem aumentando nos últimos anos⁵².

Vale salientar, ademais, que também haverá a necessidade de viaturas para a realização do transporte do sujeito preso à autoridade judicial, bem como de todo um aparato de segurança para a garantia do trajeto e da integridade do agente.

Em relação ao Poder Judiciário, o impacto é verificado com a impossibilidade de o juiz que atua na audiência de custódia ser o mesmo a atuar no processo de conhecimento futuro. Isso se justifica porque o juiz que preside a audiência de custódia firma o seu conhecimento de forma antecipada em relação ao suposto crime praticado pelo sujeito preso. Como resultado, nas comarcas de pequeno porte, o único juiz que lá estiver não poderá presidir a audiência de custódia e o processo cognitivo, o que impede concluir que, para cada caso, deverá existir dois juízes diferentes, acarretando um constante deslocamento de juízes

⁵² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. Págs.147/148.

substitutos para as comarcas interioranas, provocando um considerável desconforto financeiro no orçamento do Poder Judiciário.

No tocante ao Ministério Público, o problema verificado é o horário em que a audiência de custódia irá se realizar, pois a depender da realidade e do poder de cada comarca, corre-se o iminente risco de o membro do Ministério Público participar, todas as noites e madrugadas, nos sete dias da semana de audiências de custódia, sem excluir as suas atividades normais durante o expediente forense. Também, é digno de nota a preocupação de Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen em “*deixar patente o déficit no número de seus membros com atuação na área criminal, realidade que também poderá se reproduzir nas audiências de custódia por todo o país*”⁵³

Por fim, no que diz respeito à atuação da Defensoria Pública em regime de plantão, esse é um problema que atinge gravemente essa instituição que não consegue sequer, devido a sua falta de estrutura física e de pessoal, dar conta da demanda já existente e que, em muito, aumentará com as audiências de custódia.

O que ver, diante o quadro apresentado aqui, é que nenhuma das instituições envolvidas na realização da apresentação imediata do preso ao juiz (polícia judiciária, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) possuem, no momento, condições suficientes de atender às exigências impostas por essa nova fase da persecução penal.

4.2 Mecanismos que possibilitem a efetiva implantação

Em que pese a Resolução N°. 213, do CNJ, que regulamenta a realização das audiências de custódia em todo o território nacional no seu artigo primeiro dispor que “*toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente [...]*”⁵⁴, essa é uma realidade, em alguns locais, longe de ser alcançada.

As dificuldades são muitas, sobretudo a falta de estrutura física e de pessoal, que impedem que o instituto tratado neste trabalho cumpra, da forma como foi almejado, o seu mister, que não deve se limitar apenas à análise dos atos inerentes à prisão, mas, para muitos, trata-se de uma oportunidade ímpar de a pessoa presa falar sobre o ocorrido, obter

⁵³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. Págs.150/151.

⁵⁴ Artigo 1º, da Resolução N° 213 de 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

informações sobre o processo e participar mais diretamente da tomada de decisão acerca da sua liberdade.

Como exemplo, analisaremos o caso dos Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo, do Mato Grosso e da Paraíba.

Não obstante o TJSP ser o pioneiro na prática das audiências de custódia, estas estão se expandindo de forma gradativa em todo o estado. Exemplo disso foi o caso da prisão de Helena, grávida de quatro meses e mãe de quatro filhos, presa em flagrante delito pelo furto de comida e materiais de higiene para bebês na cidade de São Paulo, no final de 2015. Acontece que a prisão aconteceu justamente no recesso de final de ano, período em que não estavam acontecendo as atividades forenses, o que trouxe um prejuízo indubitável à autora, já que permaneceu presa mesmo estando grávida e sendo a única responsável pela guarda dos filhos, tendo que aguardar a volta das atividades. Nas palavras de Helena, em entrevista ao Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) para a pesquisa Mulher Sem Prisão: *“Se eu tivesse passado por audiência de custódia, ah senhora, eu teria ido embora. Mas não foi o caso, nós não tivemos essa chance, por isso nós estamos aqui até hoje”*⁵⁵.

Pondera-se que se Helena estivesse passado pela audiência de custódia, certamente ela não teria sido presa, haja vista a baixa complexidade do caso, onde a prisão não seria necessária, uma vez que na audiência há de se observar a gravidade do crime e em que circunstâncias ele aconteceu.

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por meio de sua Corregedoria-Geral da Justiça, inovou e expandiu a realização das audiências de custódia nos fins de semana durante o recesso forense.

Nas palavras do juiz Jorge Alexandre Martins Ferreira, responsável por presidir as audiências em determinado período:

“Mato Grosso foi um dos estados pioneiros na implantação do projeto audiência de custódia e mais uma vez saiu à frente, por decisão da corregedora Maria Erotides Kneip, ao instituir a realização dessas audiências nos fins de semana e feriados, a partir do recesso. O trabalho continua com a retomada do expediente forense e acredito que, em breve, será levado para outras comarcas do estado, mesmo antes do prazo definido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”⁵⁶.

⁵⁵ Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/21/sem-audiencia-de-custodia-no-recesso-judiciario-mais-mulheres-podem-passar-o-natal-presas/>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81309-durante-recesso-mt-tem-media-de-10-audiencias-de-custodia-por-dia>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

Ainda segundo o juiz, os principais crimes registrados foram roubo, furto e violência doméstica, lesão corporal e ameaça, sendo latente para ele a preocupação em evitar o encarceramento de pessoas que comentem esses pequenos delitos, a fim de impedir o contato com verdadeiros criminosos. Note-se que o juiz que preside a audiência de custódia não analisa o caso em específico, função que incumbe ao juiz natural da causa.

No tocante à Resolução do CNJ, em seu artigo 14⁵⁷, prevê a possibilidade de os tribunais expedirem atos necessários, levando em consideração à realidade local, no sentido de dar fiel cumprimento ao respectivo regulamento.

É o caso da Resolução N° 14, de 20 de abril de 2016 do Tribunal de Justiça do estado da Paraíba, que disciplina a realização das audiências de custódia no âmbito estadual.

De acordo com referida Resolução (no artigo primeiro, parágrafos terceiro, quarto e quinto), não vislumbra a possibilidade da realização de audiências de custódia nos finais de semana, isto é, fora do expediente forense. É o que dispõe. Senão, vejamos:

§ 3° - A Presidência do Tribunal de Justiça estabelecerá nas comarcas de João Pessoa e Campina Grande escala de plantão de juízes auxiliares, assessores e servidores, em regime de plantão, para a realização da audiência de custódia, em horário de expediente forense, de segunda a sexta-feira, encaminhando cópias para o Ministério Público e para a Defensoria Pública para o mesmo fim.

§ 4° - Nas demais comarcas do Estado, a audiência de custódia será realizada pelo juiz competente por distribuição, em horário de expediente forense, de segunda a sexta-feira.

§ 5° - Não serão realizadas audiências de custódia durante os finais de semana e feriados, por ocasião dos plantões ordinários; os presos neste período devem se encaminhados para o plantão da audiência de custódia no primeiro dia útil subsequente disponível⁵⁸. (grifos nossos)

Do exposto acima, percebe-se que fica prejudicado o disposto no artigo 1° da Resolução do CNJ, que prescreve a apresentação da pessoa presa em até 24 horas da comunicação do flagrante.

⁵⁷ Art. 14. Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juízes no cumprimento desta Resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

⁵⁸ Art. 1°. §§ 3°, 4° e 5° da Resolução N°. 14/TJPB, de 20 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/14.2016.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

Caso uma pessoa seja presa em flagrante delito em uma quinta-feira, por exemplo, e o auto de prisão seja comunicado à autoridade na sexta-feira, esta só poderá, de acordo com as regras do TJPB, ser apresentada para fins da audiência de custódia a partir da segunda-feira, haja vista a impossibilidade dessas audiências nos fins de semana, por expressa disposição normativa do Tribunal.

Percebe-se, nos casos vistos acima, a saber, os Tribunais de Justiça de São Paulo, Mato Grosso e Paraíba, que cada estado segue uma estrutura distinta com relação a (im)possibilidade de realização das audiências de custódia nos fins de semana e no recesso forense, o que gera uma certa desuniformização na estrutura desse instituto, recém introduzido na praxe penal brasileira.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da audiência de custódia e dos esforços travados para a sua inserção no processo penal brasileiro, analisando que tal instituto já estava prescrito em dois tratados de cunho internacional, dos quais o Brasil prontamente aderiu em 1992 e, a partir de então, nada foi feito para impulsioná-lo no âmbito interno.

No desenvolver do trabalho, buscou-se compreender como funciona a formatação do instituto ora desenvolvido, que garante a rápida apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial para que esta analise as condições de legalidade e necessidade e decida pela manutenção ou não da prisão.

Buscou-se, outrossim, compreender o que se entende por rápida apresentação do preso, e que lapso temporal pode ser aí considerado.

Analisamos as mais variadas espécies de flagrante delito previstas na legislação, na jurisprudência e na doutrina, uma vez que só se submete à audiência de custódia a pessoa presa nessa condição.

Mais adiante, vimos o que se objetiva com a realização da audiência de custódia, onde se destaca, entre eles, o ajuste dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e depois seguimos com a abordagem dos resultados possíveis quando da realização da audiência de custódia.

Analisamos também as mais variadas tentativas de compilar a audiência de custódia na legislação pátria, que culminou, por meio de um esforço conjunto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Ministério da Justiça, na Resolução N°. 213, de 05 de dezembro de 2015, regulamento que rege a audiência de custódia em todo o

território nacional, sem prejuízo de os Tribunais dos estados editarem atos necessários complementares ao fiel cumprimento dessa resolução.

No decorrer do trabalho, percebeu-se que em meio ao crescente número de encarceramento no Brasil, a audiência de custódia surge como um filtro, onde só serão mantidas as prisões realmente necessárias, permitindo ao juiz uma imediata apreciação da prisão em flagrante, resguardando direitos e garantias fundamentais.

Em tempo, foi possível abordar as dificuldades na implantação da audiência de custódia, tais como a falta de estrutura física e de pessoal, principalmente nas comarcas interioranas, e da possibilidade ou não da realização da audiência de custódia nos finais de semana e no recesso forense. Para tanto, sem pretensões nenhuma de exaurir o tema, é conveniente a adoção de medidas que visem à solucionar tais problemas. Com relação a falta de estrutura e de pessoal, a orientação é de se estabelecer protocolos rígidos de procedimentos uniformes firmados pelos órgãos diretamente envolvidos no procedimento, a saber, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Judiciária, de modo a uniformizar a logística da audiência de custódia em todo o território nacional, tendo em vista as copiosas disparidades regionais testemunhadas em cada estado da federação. No tocante à possibilidade ou não da realização da audiência de custódia nos finais de semana e no recesso forense, pelo já explicitado no trabalho, urge a criação de um sistema de plantão judiciário nos finais de semana e feriados, bem como no recesso forense, com a incrementação de pessoal e estrutura, a fim de uniformizar o tratamento dispensado às audiências de custódia, de sorte a dispensar uma segurança jurídica à pessoa presa e aos envolvidos em tal procedimento.

Contudo, apesar das dificuldades, a realidade é que a audiência de custódia tem se mostrado como instituto bastante promissor na redução dos índices de encarceramento. O primeiro passo já foi dado e os resultados são notáveis devendo, ao nosso ver, serem implementadas medidas que visem a tornar a audiência de custódia um instituto célere e acessível a todos os que dela devam submeter-se, partindo sempre do entendimento da prisão como a *ultima ratio*.

ABSTRACT

The Brazilian legal system, in the last decades, has shown a strong inclination to incorporate international treaties and conventions to its internal scope. It happens that, after being incorporated, not always these precepts, of plane, begin to be observed by the legal seara of the country. This is the case of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the American Convention on Human Rights (ACHR), which have been incorporated into the Brazilian legal system since 1992, and which reproduce the need for a quick presentation of the person arrested in flagrante delicto to the judicial authority or In order to analyze the aspects of imprisonment from the point of view of legality and necessity, and protesting that the imprisonment should be maintained as the last ratio, in order to exclude this measure, and that it had been inactive for a long time. However, in 2015, there will be a custody hearing, a project created with the purpose of regulating and complying with the International Treaties that deal with the matter, of which Brazil is a signatory. Thus, it is intended to analyze the efforts to boost the institute in the country's criminal process, as well as the benefits occasioned by the execution of the project, in addition to the challenges and difficulties in the implementation put to the test.

Keywords: Audience. Custody. International Treaties. Prison.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio Prado. **Existe cultura jurídica de encarceramento no Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-02/existe-cultura-juridica-de-encarceramento-no-brasil-diz-juiz-paulista>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.

BRASIL. **Decreto-lei nº N° 3.689**, de 03 de outubro de 1941. **Lex**. Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. **LEI Nº 4.737, DE 15 DE JULHO DE 1965**. **Lex**. Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 25 fev. 2017.

CIDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 76. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **DADOS DAS INPEÇÕES NOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 18 fev. 2017.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução Nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documen-ts/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/custodia/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito: 2015.

Resolução N.º. 14/TJPB, de 20 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/14.2016.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.