



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO**

NATÁLIA JACINTO DE MELO

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

INHUMAS-GO

2017

NATÁLIA JACINTO DE MELO

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito na Faculdade de Inhumas – Centro de Educação Superior de Inhumas.

Professora orientadora: M^a. Marcela Iossi Nogueira

**INHUMAS – GO
2017**

NATÁLIA JACINTO DE MELO

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito na Faculdade de Inhumas – Centro de Educação Superior de Inhumas.

Professora orientadora: M^a. Marcela Iossi Nogueira

Data da aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Esp. Anadir Corrêa Dias Junior

Prof^a Prof^a. M^a. Marcela Iossi Nogueira

Prof^o. Esp. Renan Granner Vaz

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus por ter me dado vida, saúde, força e sabedoria para o desenvolvimento deste trabalho.

Segundo, aos meus pais, pelo amor incondicional, pelo total apoio e incentivo.

A minha orientadora Prof^a. M^a. Marcela Iossi Nogueira, pelo suporte, pelas correções, incentivos e seus sábios conselhos.

E a todos, que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, fica o meu agradecimento. Muito obrigado.

“A persistência é o caminho do êxito.”

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve por tema um estudo a respeito das audiências de custódia e seus reflexos no sistema prisional. Inicialmente foi realizada uma análise a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência e sua relação com a audiência de custódia, esta última como elemento promotor do mencionado princípio na prática processual. Em seguida, tendo em vista que a audiência de custódia é precedida pela prisão em flagrante, podendo ser convertida em prisão preventiva, foram estudadas estas duas modalidades de prisão, com seus respectivos pressupostos e pontos mais relevantes. Visando dar sustentação teórica ao assunto que se pretendeu desenvolver, foram tecidas considerações a respeito do processo de concretização práticas das audiências de custódia no sistema processual brasileiro. O procedimento fixado pela Resolução n.º 213 do Conselho Nacional de Justiça foi estudado. Em seguida, foram analisadas as repercussões da audiência no sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Audiências de Custódia. Direito Processual. Prisão em flagrante.

ABSTRACT

The present monographic work had as its theme a study about custody hearings and their repercussions in the prison system. Initially, an analysis was made of the constitutional principle of the presumption of innocence and its relationship with the custody audience, the latter as a promoter of the aforementioned principle in procedural practice. Then, considering that the custody hearing is preceded by the arrest in flagrante, and could be converted into custody, these two types of arrest were studied, with their respective assumptions and most relevant points. In order to give theoretical support to the subject that was intended to be developed, considerations were made regarding the process of practical implementation of custody hearings in the Brazilian procedural system. The procedure established by Resolution No. 213 of the National Council of Justice was studied. Next, the repercussions of the audience in the Brazilian prison system were analyzed.

Keywords: Custody hearings. Related searches Prison in Flagrante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1.2 LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	13
1.3 PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE	17
1.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	19
2 PRISÃO CAUTELAR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
2.1 PRISÃO PREVENTIVA.....	23
2.1.1 Garantia da ordem pública.....	26
2.1.2 Garantia da ordem econômica.....	28
2.1.3 Garantia de aplicação da lei penal.....	29
2.1.4 Conveniência da instrução criminal e descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.....	29
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	31
3.1 HISTÓRICO NORMATIVO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL..	33
3.2 A RESOLUÇÃO N.º 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	35
3.3 REFLEXOS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	37
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo desenvolver uma análise a respeito da eficácia das audiências de custódia no sistema processual penal brasileiro. Cuida-se de instrumento inserido através da Resolução n.º 213 de 15 de dezembro de 2015, a qual ordena a apresentação, em 24 horas, de toda pessoa flagrantemente detida.

Como se sabe e, como se terá a oportunidade de salientar ao longo do desenvolvimento do trabalho monográfico, as audiências de custódia muito embora previstas de maneira taxativa e clara em diversas legislações internacionais – inclusive das quais o Brasil é signatário - apenas passaram a ser realidade no sistema processual pátrio através da intervenção do Conselho Nacional de Justiça, com a publicação da Resolução respectiva.

Atualmente há uma sobreposição do número de indivíduos presos sem condenação, em relação a apenados.

Partindo desta realidade, o presente trabalho pretende verificar a eficácia prática de tal medida e suas consequências, tanto no que diz respeito ao próprio sistema prisional, quanto no que respeita às implicações sociais de tal medida.

As estatísticas apontam que, nos casos nos quais as prisões em flagrante são submetidas à audiência de custódia, verifica-se elevado índice de relaxamentos e libertações provisórias. As duas questões que se colocam a partir de tal constatação numérica são aquelas relativas às implicações da medida na população carcerária brasileira e aquelas consequências sentidas no meio social, notadamente as pertinentes a um hipotético aumento ou diminuição dos índices de criminalidade.

As audiências de custódia não representam novidade no ordenamento jurídico, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual, já em seu artigo 9º, item 3, prevê, de maneira expressa e suficientemente clara, a necessidade de apresentação do réu logo após a efetivação da prisão.

Internamente, entretanto, o artigo citado teve pouca ou nenhuma efetividade prática, já que, uma vez presos, os indivíduos apenas tinham imediato contato com a autoridade judiciária através do advogado. A situação apenas ganhou novos contornos, alterando a realidade até então vivenciada, com a publicação da

Resolução n.º 213 de 15 de dezembro de 2015, que “dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”. Assim, além de tornar obrigatória a realização das audiências de custódia, deu nova roupagem ao sistema jurídico de prisões até então vigente sem que, com isso, fosse necessária inovação legislativa no sentido de se alterar o Código de Processo Penal.

Deste modo, visando expor e analisar criticamente a situação ora apresentada, é o presente trabalho para, inicialmente, expor, à luz das normas constitucionais e dispositivos de natureza humanitária existentes, todo o conceito de liberdade, essencialmente considerada, identificando sua posição no ordenamento jurídico prático e seus contornos à luz da norma penal. Em seguida, serão explorados temas como o da presunção de não culpabilidade, diferenciando-o daquilo que, no imaginária popular – e em alguns até mesmo jurídico – existe: a presunção de inocência. Serão explorados sua forma e conteúdo, assim como sua natureza e sua abrangência. Então, far-se-á minuciosa análise a respeito do conteúdo da Resolução n.º 213 de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, quando todos os trâmites e procedimentos serão detalhados, comentando-se em paralelo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e legislação Internacional.

Em seguida, visando situar a prisão em flagrante no Código de Processo Penal, far-se-á uma abordagem breve a respeito das várias modalidades de prisão provisória existentes no sistema processual criminal brasileiro e, ainda, minuciosa inserção no conteúdo e requisitos da prisão em flagrante.

Por fim, serão analisados os resultados numéricos e as informações estatísticas disponíveis visando identificar as consequências práticas reflexas da audiência de custódia, tanto no âmbito social – potencial aumento de criminalidade, e no âmbito do sistema penitenciário. Tentar-se-á verificar se houve, de fato, redução, aumento ou estabilização nos índices de criminalidade, especialmente nas grandes metrópoles brasileiros. Buscando verificar o reflexo na população carcerária, estudar-se-á a taxa de conversão das prisões submetidas à audiência de custódia, bem como se houve efeito na população carcerária em sua total dimensão.

O método dedutivo teve lugar na construção da pesquisa ora apresentada, considerando que, para que se pudesse chegar à conclusão adiante apresentada. Partiu-se da análise de determinadas premissas legais que, no mundo jurídico, apresentam-se como as disposições constitucionais e humanitárias. Assim,

observando-se o quanto pode ser verificado no Texto Magno e o quanto pôde ser extraído das concepções relativas aos direitos humanos e, assim, postos em análise, foi possível responder à questão problema apresentada.

A forma de pesquisa exploratória tem por objetivo “proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses” (TOLFO E GERHARDT, 2015, p. 26), como lembra Gil (2007, s/p), envolve, geralmente, o levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas que tiveram experiência com o problema pesquisado, e a análise de exemplos que estimulem a compreensão.

A pesquisa bibliográfica, feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, assim, também se viu como instrumento no desenvolvimento da presente pesquisa.

Visando fornecer leitura prática verificável a respeito dos assuntos abordados, também serão objeto de consulta e análise informações estatísticas elaboradas por órgãos oficiais e não oficiais, bem como dados e informações fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, dentre outros.

Também serão abordadas informações estatísticas e pelos dados fornecidos pelos órgãos de controle e fiscalização, a exemplo do próprio CNJ, CNMP, observatórios de direito criminal e organizações de direitos humanos (além de informações fornecidas pelos próprios órgãos responsáveis pelas administrações penitenciárias).

1 LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A audiência de custódia se impõe enquanto direito básico do acusado previsto em normas de direito internacional, inserido, assim, no âmbito externo de proteção aos Direitos Humanos, o que denota a sua materialização, como instrumento efetivador do princípio da humanidade, que também se afigura como norteador de todo o sistema penal e processual penal.

A humanidade figura como um dos mais relevantes princípios do direito penal moderno, assim como funciona como uma das demais complexas implementações. Está diretamente relacionado ao conteúdo e aplicação da pena, sendo o responsável, por exemplo, pela vedação de penas degradantes ou cruéis e a pena de morte no sistema jurídico-penal brasileiro. É por esta razão que, como aponta ZAFFARONI (1991, p. 39), é inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física, como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito.

Saltam aos olhos a situação degradante do atual sistema penitenciário brasileiro. Certamente, não se cuida aqui de consequências institucionalizadas, aqui compreendidas como aquelas criadas e implementadas com a chancela oficial e expressa do Estado. Além da superlotação e das consequências nefastas por ela provocadas, ainda se têm, como amplamente noticiado pelos meios de comunicação, rebeliões provocadas por grupos do crime organizado, os quais, na essência, de fato controlam o cotidiano nas cadeias públicas e demais órgãos do sistema penitenciário brasileiro.

O princípio da humanidade pode ser entendido como a vedação ao Estado quanto a imposição de penas degradantes ou cruéis, os quais possam representar ofensa física ou psíquica em desfavor do sujeito. Para Bitencourt (2014, p. s/n)

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

A concretização prática do princípio da humanidade é, atualmente, um dos maiores desafios para a implementação de um sistema penitenciário humano e eficaz. O que atualmente se vê destoa de maneira extremamente clara daquilo que se espera de um sistema ressocializador e humano.

As condições estruturais carcerárias brasileiras desafiam a lógica jurídica da execução da pena, contrariando de maneira flagrante tanto as diretrizes humanitárias mais básicas, quanto as normas de direito processual penal e execução penal. Quando se verifica que o indivíduo, uma vez determinada a sua prisão preventiva, será inserido neste contexto aterrador, será obrigado a suportar todas as tormentas físicas e psicológicas típicas de uma prisão brasileira, o que se tem é a mais patente violação de direitos e garantias fundamentais (BITTENCOURT, 2014, s/n).

1.2 LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O direito à liberdade constitui um dos pilares do ordenamento jurídico humanitário brasileiro. Previsto, em seu sentido amplo, já no caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. s/n), ali se determina:

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:
(...)

A Constituição, entretanto, vai além, e detalha os limites e os contornos de exercício dos diversos tipos de liberdade, tanto aquelas relacionadas a aspectos físicos quanto aquelas relacionadas a aspectos psíquicos da vida cotidiana e do comportamento estatal frente a tais garantias.

No campo das liberdades psíquicas, pode-se destacar, a título de exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento, crença, consciência, expressão artística, intelectual, científica, dentre outros:

Art. 5º - (...)

(...)

IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
VI - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988, p. s/n)

Quanto a liberdades físicas, têm-se, por exemplo, a liberdade de locomoção, a liberdade de fazer ou deixar de fazer tudo o que se queira, exceto quando há limitação legal, a liberdade de exercício profissional, liberdade de associação e a proteção de tal liberdade com previsão expressa das hipóteses de restrição:

Art. 5º - (...)

(...)

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XV - É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XX - Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XLI - A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988, p. s/n)

A liberdade constitui, assim, um dos pilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro, cuja limitação ou limitações dependem de expressa previsão legal, com exercício restritivo obediente aos ritos e procedimentos também previstos em Lei. Daí decorre a existência de outro princípio constitucional que visa, através da imposição de mandamento geral, vedar a presunção de culpa antes da sentença penal condenatória. A garantia encontra previsão no artigo 5º da Constituição Federal, afirmando que:

Art. 5º - (...)

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988, p. s/n)

Diverge a doutrina a respeito da nomenclatura do mencionado princípio. Para alguns cuida-se de um estado de inocência, para outros a nomenclatura correta é “presunção de inocência”. Há, ainda, aqueles que afirmam que a expressão mais tecnicamente correta seria “presunção de não-culpabilidade”. Nessa linha Ferrajoli (2006, p. 156):

O princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Teses T63) – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.

Em sentido contrário, afirmando tratar-se não de uma mera presunção da inocência, há os que afirmam que se trata de um estado mesmo. Que os indivíduos, ainda que sobre eles recaia a suspeição ou a investigação, são, por concretização do estado, inocentes, de modo que tal condição apenas é alterada após a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, prolatada por juízo competente. Neste sentido:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal) (OLIVEIRA, 2002, p. 383).

Paulo Rangel (2002), entretanto, caminha em direção diferente. Coadunando-se com a posição da doutrina mais moderna, afirma que a Constituição Federal em nenhum momento realça a condição de inocente do indivíduo, também jamais afirma ser ele desprovido de culpa (que ainda não foi formada), mas que, na condição, há uma mera presunção de que não é culpado, sendo, assim, tratado pelo Estado e, por extensão, pela sociedade, pelo Judiciário e pelos demais órgãos de persecução penal. Cita-se:

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. (RANGEL, p. 383, 2002).

Segundo cremos, a utilização da expressão “culpabilidade” é mais adequada, inclusive, com as normas processuais brasileiras, as quais preveem a possibilidade de prisão antes da sentença penal condenatória, inclusive a prisão em

flagrante, que importa para o assunto debatido no presente trabalho monográfico. Se o indivíduo fosse, de fato, tratado como inocente, admitindo-se ser um estado em seu sentido absoluto, não se poderia admitir a prisão logo após o cometimento de crime, já que não se poderia admitir, em nenhuma hipótese, a prisão de pessoa tida como inocente.

Luiz Gustavo de Carvalho (2004) baseia-se na existência de lastro probatório mínimo para admitir que não se cuida de estado presuntivo, mas de estado ou condição mesma de não culpabilidade, afirmando que:

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção. (CARVALHO, 2004, p. 156)

Segundo aponta Renato Brasileiro, do princípio de presunção da não culpabilidade derivam dois outros princípios de igual relevância, a serem observadas ao longo de toda a marcha processual penal. O primeiro deles orienta a distribuição do ônus probatório, o qual, pela conhecida regra de juízo, “a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não este de provar sua inocência”.

O segundo, representa a regra de tratamento a ser dispensado ao indivíduo tido como meramente indicado ou processado, que não ostenta, ainda, a condição de condenado. A mera imposição de uma medida cautelar, seja ela a prisão ou qualquer outra suportável pela sistemática processual penal, não redundará na formação absoluta de culpa. Daí dizer que a “imposição de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição, sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto” (BRASILEIRO, 2016, p. 1125).

A aplicação correta do princípio da presunção de inocência é que impede, por exemplo, a possibilidade de imposição “*ex lege*”, entendida como aquela diretamente derivada da Lei, sem a realização do necessário juízo de valor por parte do Poder Judiciário. Como lembra Renato Brasileiro (2016, p. 1128) tal modalidade de prisão acaba por ofender frontalmente o princípio da não presunção de

culpabilidade e, por arrastamento, o próprio princípio da fundamentação das prisões, inscrito no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal.

A prisão “*ex lege*” constava como possibilidade na primeira redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, quando ordenava a decretação de prisão preventiva quando se tratava de processos relativos a crimes punidos com reclusão igual ou superior a dez anos. Outros exemplos que podem ser citados, era a obrigatoriedade de se determinar a prisão no ato da prolação da sentença condenatória ou da sentença de pronúncia, possibilidade extintas pela Lei 11689/08. Atualmente, têm-se expresso em texto de lei, uma modalidade menos danosa de prisão que pode ser entendida como *ex lege*, notadamente nos moldes da previsão constante no artigo 44 da Lei 11343/06, o qual veda, de maneira categórica, a concessão de liberdade provisória, afiançada ou não, ao preso em flagrante (BRASIL, 1947, p. s/n).

1.3 PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE

Princípio estreitamente relacionado com o tema que se pretende debater é o princípio da jurisdicionalidade das prisões cautelares. Note-se, que todas as modalidades de prisão processual serão mais amplamente debatidas nos capítulos adiante. Por ora, é bom que se anote, que pelo princípio da jurisdicionalidade a “decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário” (BRASILEIRO, 2016, p. 1028). Esta manifestação pode se dar de maneira prévia ou à posteriori, como ocorre nos casos de decretação de prisão preventiva, ou no caso de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Em qualquer caso, mais que a mera análise da situação prisional posta em discussão, é relevante, sob pena de nulidade, que a deliberação seja fundamentada, inclusive, na mesma decisão, analisando-se e decidindo-se a respeito da possibilidade de liberdade provisória, afiançada ou não. A impossibilidade de concessão da liberdade – com a memória de que a prisão processual é extraordinária – também há de ser fundamentada, igualmente sob pena de nulidade ou, ainda, de ver-se a decisão atacada pelo remédio heroico.

A fundamentação das decisões é, inclusive, uma das dimensões existentes no espectro mais amplo do princípio da jurisdicionalidade, tendo em vista que, além de satisfazer o requisito de validade constitucionalmente previsto, satisfaz e realiza o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Ora, é imprescindível que o sujeito tome conhecimento dos fundamentos fáticos e jurídicos que conduziram à sua prisão, viabilizando, assim, o exercício da dialética processual.

Questão interessante é saber se as Comissões Parlamentares de Inquérito poderiam determinar a prisão preventiva, já que a Constituição Federal lhes garante todos os poderes instrutórios dos magistrados. As questões relativas aos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito já foram objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, que tem, reiteradamente, negado quaisquer poderes que indiquem diminuição de garantias fundamentais. Bem por isso, é a posição de Gilmar Ferreira Mendes que “o poder de investigação judicial que a constituinte estendeu às CPIs não se confunde com os poderes gerais de cautela de que dispõem os magistrados nos feitos judiciais. Estes não foram atribuídos às Comissões Parlamentares de Inquérito” (MENDES, 2010, p. 997).

Cabe esclarecer que o artigo 33, caput, da Lei 7170/83 não foi recepcionada pela atual ordem constitucional, tendo em vista que, naquele dispositivo, consta a possibilidade de prisão determinada pela própria autoridade policial presidente do inquérito, por até 15 dias, bastando mera comunicação do fato ao juízo competente.

Note-se, ainda, que não é qualquer juízo que poderá decretar ou analisar a prisão cautelar. É necessário, segundo afirma Renato Brasileiro (2016, p. 1127), que a prisão seja determinada por juiz investido na função judicante. Tal afirmação, apesar de, à primeira vista, parecer dúbia ou contraditória, é de toda coerente. É o que impossibilidade, por exemplo, que um juiz corregedor determine a prisão preventiva de um magistrado que está sendo investigado. A postura correta, por outro lado, seria a representação ao Tribunal a respeito do acautelamento.

O assunto guarda relação com o próprio tema da competência para determinação da prisão preventiva, seja diretamente ou através do resultado da conversão da prisão em flagrante. É certo, que toda decisão, para ser válida, há de ser determinada por juízo competente. A prisão cautelar, por expressa previsão constitucional, não foge da regra. O ponto de divergência fica por conta da

possibilidade de convalidação dos atos praticados por juízo incompetente. Cuida saber, se a prisão preventiva decretada por juízo incompetente poderia ser ratificada pelo juízo competente. A doutrina processual penalista, tradicionalmente garantista, caminha no sentido da impossibilidade. Entretanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do Habeas Corpus 83006, entendeu ser admissível a ratificação, inclusive de atos decisórios, pelo competente, dos atos processuais praticados pelo juízo incompetente.

1.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Pouco importando a posição que se adote, é certo que, o indivíduo, mesmo preso em flagrante, não pode ser tratado como se culpado fosse.

Entretanto, o que se verificava antes da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, é que o estado de flagrância representava a certeza de conversão em preventiva, mesmo nas hipóteses em que não havia, nitidamente, os requisitos para a sua decretação.

Havia, assim, além da violação clara do estado de não culpabilidade apregoada na Carta da República, a subtração de um direito fundamental que deveria ser pleno, e restrito apenas e tão somente em último caso.

Muitos problemas do sistema penitenciário brasileiro são ocasionados, como se verá adiante, pela inversão dos valores jurídico-penais-humanitários, os quais preveem a liberdade como regra geral e a prisão como exceção. Tal fato, pode ser constatado – e o assunto será melhor abordado nas linhas que seguem, pela alteração da taxa de conversão em preventiva das prisões em flagrante submetidas à audiência de custódia.

Se a obrigatoriedade da realização de audiência causa efeitos práticos nocivos à sociedade, como a elevação dos níveis de criminalidade, assunto que também será abordado, certamente se deve ao lapso temporal prolongado existente entre a prática do crime a efetiva condenação irreversível.

É certo, que a audiência de custódia não representará a panaceia para os problemas existentes no sistema jurídico brasileiro e no respectivo sistema de

persecução criminal, porém, se trata da efetivação de um direito previsto no ordenamento jurídico pátrio, que realiza materialmente o estado de não culpabilidade previsto no Constituição e desonera o direito fundamental a liberdade. Ao mesmo tempo, e tendo em vista as precárias situações dos presídios brasileiros, preserva o próprio estado de humanidade no modo como o Estado cuida de seus investigados, já que não serão submetidos injustamente e fora do tempo, a tratamento desumano e evidentemente degradante, como aqueles diariamente vivenciados pelos milhares de brasileiros que cumprem pena ou aguardam decisão do Judiciário em cadeias públicas e penitenciárias por todo o País.

2. PRISÃO CAUTELAR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando se analisa a sistemática punitiva brasileira como um conjunto orgânico e funcional nota-se a existência de quatro modalidades distintas de cerceamento estatal da liberdade: a prisão penal, a prisão processual, a prisão civil e a prisão administrativa.

Destas, apenas a prisão penal e a prisão processual possuem natureza criminal.

A prisão penal ocorre somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no momento processual em que a discussão da legitimidade jurídica da pena imposta já não pode mais ser discutida. É dizer, aparece no momento em que da condenação já não cabem mais recursos no mesmo processo. É de anotar, que muito embora seja plenamente possível o ajuizamento de revisão criminal a qualquer tempo, não possibilidade não retira a natureza penal definitiva da sanção aflagrada fixada na sentença irrecorrível. Afinal, a revisão criminal não se trata de recurso interposto contra a sentença imutável, mas de verdadeira ação autônoma que abre discussão, nas hipóteses permitidas, em processo novo.

A prisão penal cuida do cumprimento mesmo da pena imposta em sentença. Imposta na inclusão do apenado no sistema punitivo, agora não como investigado ou réu, mas como indivíduo a respeito do qual a formulação da culpa tornou-se definitiva e indiscutível sem justa causa.

A prisão processual também possui natureza criminal. A diferença em relação à prisão penal ocorre por conta da finalidade da segregação. Enquanto na prisão pena ocorre o cumprimento efetivo da sanção aflagrada imposta, na prisão processual se dá a segregação cautelar do indivíduo nas hipóteses permitidas em Lei. O tempo de segregação cautelar é detraído do tempo de pena a cumprir quando da consolidação da pena imposta, mas, para todos os efeitos momentâneos, a prisão, neste momento, tem objetivo meramente assecuratório ou cautelar. Na prisão penal já se deu a formulação da culpa, e só tem lugar, assim, quando o indivíduo é considerado indiscutivelmente culpado. Na prisão processual, como ainda não houve

a sentença penal condenatória com trânsito em julgado, o sujeito é apenas investigado, não podendo dele dizer que já culpado.

Nas palavras de Renato Brasileiro (2015, p. 1178) a “prisão cautelar (*carcer ad custodian*) é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal”.

O marco central da segregação cautelar é a excepcionalidade. Só tem lugar naquelas circunstâncias em que a manutenção da liberdade do investigado possa representar verdadeiro risco para o sucesso da persecução criminal. Ponto que deve ser destacado é que o sucesso da persecução criminal não representa, necessariamente, a condenação do investigado; um processo penal exitoso é aquele em que a verdade real foi de fato atingida, podendo isso importar na condenação ou absolvição do indivíduo.

Renato Brasileiro (2015, p. 1178) lembra com propriedade que o objetivo da prisão cautelar não é “dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia”. É dizer: a prisão cautelar tem por objetivo a proteção do próprio processo em seu fim considerado, e não dar vazão às paixões sociais e clamores sociais.

Sempre coerentes as palavras de Aury Lopes Junior (2010):

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva. (JÚNIOR, 2010, p. 59)

A prisão cautelar só pode ser resultado de duas situações específicas: determinação judicial ou prisão em flagrante. Não é outra a dicção do artigo 283 do Código de Processo Penal, no qual se determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem descrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Assim, quando judicialmente determinada, a prisão cautelar pode ser tida como temporária ou preventiva. A prisão em flagrante é aquela que dá azo à realização de audiência de custódia, de modo que será mais amplamente debatida neste capítulo.

A prisão temporária ou preventiva carece, para que possa ser revestida de validade, do competente mandado de prisão expedido por autoridade competente.

Os requisitos do mandado encontram-se previstos no artigo 285 do Código de Processo Penal e elencam a necessidade de ter sido lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente, este último representando elemento essencial do auto (BRASILEIRO, 2015, p. 1197); a pessoa a ser presa deve ser determinada especificamente no auto de infração, a este respeito, anote-se não ser necessária a qualificação completa do investigado, bastando a previsão de seu nome, alcunha, sinais característicos, dentre outros; deve constar, ainda, a infração penal que, em tese, motiva a prisão; sendo afiançável o delito apontado, no mandado deverá constar o valor da fiança, sob pena de cometimento, por parte da autoridade competente, do crime de abuso, ante ofensa ao quanto consta no texto constitucional.

2.1 PRISÃO PREVENTIVA

Tecer-se-á a partir agora breves linhas a respeito da prisão preventiva, modalidade de restrição da liberdade, de natureza cautelar, comportada por prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, é bom destacar que, após a realização da audiência de custódia, que será melhor debatida adiante, a prisão em flagrante realizada terá duas saídas possíveis: a liberação do investigado (com ou sem outra medida cautelar) ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva. A conversão da prisão em flagrante em preventiva decorre da presença dos requisitos que justificam esta última, daí a relevância de conhece-la de maneira suficiente.

Renato Brasileiro (2015) define a prisão preventiva como uma “espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do

querelante ou assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal” (2015, p. 1286).

A prisão preventiva, assim, apenas tem lugar quando determinada pela autoridade judiciária competente. A autoridade policial ou membro do Ministério Público não possuem autoridade suficiente para, cautelarmente, proceder com a segregação do investigado, ainda que haja flagrante evidência de se cabimento. Torna-se imperiosa, nesta hipótese, a representação pela prisão à autoridade judicial competente.

Durante a fase de investigação (antes do recebimento da denúncia) a prisão preventiva deve ser precedida de representação da autoridade policial, querelante ou membro do Ministério Público.

Após a instauração da ação penal é plenamente possível a decretação oficiosa da prisão, de iniciativa, como o próprio nome aponta, do próprio Magistrado. Esta possibilidade – muito criticada por determinados setores da doutrina – segundo cremos, não prejudica ou deturpa a figura do Magistrado enquanto julgador imparcial. Note-se que, como já alhures apontado, a prisão preventiva tem natureza instrumental, cautelar. Visa assegurar o sucesso da persecução criminal, que é ameaçado pelas ações daquele que se pretende deter cautelarmente.

Assim, visando o cumprimento do objetivo principal da ação penal (a busca pela verdade real) e sendo o Magistrado o guardião maior deste objetivo, nada mais natural que possa ele, satisfeitos os requisitos autorizadores, decretar de ofício a prisão preventiva do réu.

A respeito dos requisitos autorizadores, basta que se verifique a nova redação lançada pela Lei 12403/11, que provocou profundas alterações na prisão processual prevista no Código de Processo Penal. De início, é necessário fixar em mente que a prisão preventiva é medida de natureza cautelar e, bem por isso, é necessária a presença do binômio que caracteriza e justifica tais medidas: a fumaça do bom direito ou, no âmbito processual penal, o *fumus commissi delicti*, e o perigo na demora ou, no âmbito processual penal, o *periculum libertatis*. Soma-se, como lembra Brasileiro (2015, p. 1292) que outro requisito deve estar presente para a decretação da segregação preventiva: restar notória a ineficácia ou a impossibilidade de aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, ainda que verificados os pressupostos que justificam as medidas cautelares (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*) a prisão preventiva só terá lugar se outras medidas cautelares revelarem-se flagrantemente ineficientes ou de impossível aplicação. Não é outra a dicção do artigo 282, §6º do Código de Processo Penal. Mesmo nos casos de prisão em flagrante, a conversão em preventiva apenas se justifica ante a impossibilidade de ineficiência de outras medidas cautelares diversas da segregação.

A respeito do *fumus comisso delicti*, caracteriza-se pelo quanto consta no artigo 312 do Código de Processo Penal e é visualizado quando, das circunstâncias traduzidas no processo evidencia-se a existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No que pertine à prova da existência de crime, Brasileiro (2015, p. 1293) salienta que se exige um juízo de certeza da ocorrência no momento da decretação da prisão preventiva ou da conversão do flagrante.

Importante frisar nos crimes que deixam vestígio o elemento que consubstancia a ocorrência do delito é o laudo pericial, notadamente o exame de corpo de delito.

Renato Brasileiro, ao continuar sua exposição a respeito dos requisitos para decretação da prisão preventiva, menciona que nos delitos que deixam vestígio a realização do exame comprovando a ocorrência representa verdadeira condição de procedibilidade para a preventiva. Parece pouco provável que tal afirmação ganhe plena aplicação no âmbito das prisões em flagrante, tendo em vista o exíguo tempo existente (24 horas) entre a realização da prisão a audiência no qual se decidirá ou não pela conversão. Casos há em que, nas situações práticas vivenciadas, torna-se impossível a realização do exame pericial antes da audiência de custódia, seja pela complexidade do exame ou mesmo pelo insuficiente material de recursos humanos e técnicos para a realização da perícia no tempo que precede a audiência.

Assumindo-se a necessidade da realização do laudo de constatação definitivo nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, por exemplo, como imprescindível para a conversão do flagrante em preventiva, ter-se-ia a inviabilidade desta conversão de praticamente a totalidade das prisões. É certo, anote-se, que vem sendo admitida a constatação visual provisória como suficiente para a configuração da ocorrência de crime.

O indício de autoria, para tomar emprestadas as palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 223) é aquele que autoriza “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”. Cuida-se, segundo o Supremo Tribunal Federal, de indicação, começo de prova ou mesmo prova incompleta. São elementos materiais reunidos ao longo do inquérito ou processo que, conjugados entre si, autorizam apontar, com algum grau de probabilidade, que o segregado preventivamente é autor, coautor ou partícipe do delito em questão.

Assim, calha destacar a diferença: exige-se a prova de materialidade do crime (certeza absoluta e inafastável da ocorrência de um ilícito penal) e indício (elementos reunidos no processo que, quando analisados de maneira isolada ou orgânica, fazem apontar, com algum grau de probabilidade a participação do agente no delito) de autoria.

O *periculum libertatis* – que também há de ser analisado quando da audiência de custódia – encontra previsão de seus elementos caracterizadores no artigo 312 do Código de Processo Penal. São situações específicas e de relação fechada, de modo que o rol não comporta ampliação. O rol, ainda, não é cumulativo, assim, basta que uma das situações previstas esteja presente para que a preventiva possa ser determinada.

A prisão preventiva pode ser determinada como garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; garantia de aplicação da lei penal; conveniência da instrução criminal, ou; no caso de descumprimento das obrigações impostas em razão de outras medidas cautelares. São pressupostos que devem ser analisados pelo Magistrado quando da análise do caso em concreto uma vez confrontado na audiência de custódia para decidir a respeito da soltura, ou conversão do flagrante em preventiva.

Assim, tendo em vista que estes requisitos ou pressupostos estão diretamente relacionados com o tema que ora se desenvolve, é imperiosa a análise detida e isolada de cada um deles.

2.1.1 Garantia da ordem pública

Cuida-se de conceito indeterminado do ponto de vista legal. Como se observa, seu conteúdo parece bastante vago, carente de uma caracterização precisas que permita delimitar com certeza absoluta o que de fato e cabalmente significa.

Esta indeterminação acabou refletida na doutrina, que se divide em três teorias distintas tendentes a delimitar quais seriam as situações que autorizariam a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Uma corrente minoritária afirma que a preventiva com base na garantia da ordem pública representa verdadeira antecipação da prisão pena, tendo em vista que não possuiria a natureza instrumental típica das medidas cautelares. Note-se, que a prisão processual tem por objetivo principal garantir a correta aplicação da Lei Penal. A garantia da ordem pública, assim, não guarda relação objetiva com tal finalidade. Elucidando a questão, Odoné Sanguiné (2011) atesta que:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. (SANGUINÉ, 2011, p. 120)

A segunda corrente atesta que a garantia da ordem pública tem por objetivo assegurar que o investigado não volte a praticar, ao longo do processo, as infrações penais pelo qual está sendo criminalmente perseguido. Esta corrente assevera, ao contrário da primeira, que há sim caráter instrumental na medida, tendo em vista que visa preservar a harmonia social, uma das finalidades do próprio sistema de persecução criminal. É a posição adotada pela maioria da doutrina. Colhe-se, por completas, as palavras de Renato Brasileiro (2015, p. 1296) a respeito da garantia da ordem pública:

Entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime.

Importante destacar que a preventiva por conta da garantia da ordem pública apenas pode ser determinada naquelas hipóteses em que se fizerem reunidos elementos materiais tendentes a apontar na reiteração criminosa. A mera

periculosidade em tese do agente, por si só, não constitui elemento suficiente para a decretação da prisão preventiva ou conversão do flagrante. Igualmente não constituem elementos suficientes, quando isoladamente considerados, “o clamor público provocado pelo fato atribuído ao réu”; a manifesta ausência de disposição do investigado de colaborar com o processo criminal (cabe ao Ministério Público promover os meios probatórios para instruir o processo, não sendo o réu obrigado a produzir prova contra si mesmo); a mera afirmação de que o acusado pode criar óbices para a obtenção de provas, quando tal afirmação é feita sem base material (BRASILEIRO, 2015, p. 1298).

Explicitando os fundamentos da terceira corrente, afirma Capez que “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”. A posição vai frontalmente contra o princípio constitucional da não presunção de culpabilidade, além de deturpar o caráter instrumental da medida. O clamor social, nem sempre baseado em motivações racionais ou lastreadas pela Lei, jamais poderá justificar a segregação de qualquer pessoa. Não é posição dominante na doutrina e tampouco na jurisprudência.

2.1.2 Garantia da ordem econômica

Este princípio diz respeito àqueles crimes contra a ordem econômica, e guarda similaridades com pressuposto da garantia da ordem pública. Tem por objetivo resguardar a ordem econômica das práticas nocivas que podem ser reiteradas pelo sujeito. Os crimes contra a ordem econômica encontram-se previstos na Lei 1521/51 (Leis dos crimes contra a economia popular), Lei 7134/83 (Lei dos crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais), Lei 7492/86 (Leis dos crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei 8137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

2.1.3 Garantia de aplicação da lei penal

Esta hipótese de decretação da prisão preventiva tem lugar nos casos em que ocorre fundado receio de que solto, possa vir o agente a se furtar da aplicação da Lei penal, evadindo-se do distrito da culpa. Cuida-se de medida que visa evitar a fuga do investigado.

A possibilidade de fuga jamais poderá ser presumida. O juízo há de ser formado com base nos elementos empíricos reunidos ao longo do inquérito ou processo, de modo que tais elementos façam indicar que, se livre, o investigado poderá evadir-se.

2.1.4 Conveniência da instrução criminal e descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Aqui o que se tem a prisão preventiva em sua máxima função cautelar. Tem por objetivo a própria proteção do processo e do atingimento de seu fim primordial.

A preventiva por conveniência da instrução criminal ocorre nas situações em que se tem o fundado receio de que, se livre, virá o investigado a criar obstáculos materiais para o prosseguimento do processo. Estes obstáculos podem ser traduzidos em destruição de provas, intimidação de testemunhas, dentre outras ações.

Renato Brasileiro (2015) observa, que muito embora o Código de Processo Penal utilize o termo “conveniência”, não se deve buscar a afirmação segundo a qual a decretação estaria à conveniência da autoridade judicial. A expressão “conveniência”, aqui, está relacionada com os elementos fáticos reunidos ao longo do processo que, analisados, fazem presumir que o investigado está, de fato, procedendo de modo danoso ao processo.

A última situação que legitima a decretação da preventiva é o descumprimento de outras medidas cautelares diversas da prisão fixadas. Como se

teve a oportunidade de destacar, a prisão cautelar é apenas decretada de maneira excepcional, e apenas quando as outras medidas cautelares previstas na Lei se mostram insuficientes ou de impossível aplicação.

Uma vez fixada uma medida cautelar diversa da prisão, deve o investigado cumprir rigorosamente os termos determinados pelo Magistrado. O descumprimento gerará, indubitavelmente, a decretação da prisão preventiva.

Como observado, a falta de realização da audiência de custódia pode representar a conversão pouco refletida da prisão em flagrante em prisão preventiva. Segundo pensamos, a apresentação do investigado perante a autoridade judicial é capaz de afastar a frieza facilmente adquirida quando da análise crua de um processo baseado em documentos.

Uma vez posto diante do investigado, em diálogo direto capaz de fazê-lo extrair do indivíduo mais informações em sua defesa do que lhe pode ter lhe permitido a autoridade policial, há chances mais elevadas de uma decisão mais sóbria e adequada para a situação que é posta em análise.

A fixação da audiência de custódia como passagem obrigatória da persecução criminal brasileira foi inserida na prática forense após a edição da Resolução n.º 213 do Conselho Nacional de Justiça. Ela será objeto de análise no capítulo que segue.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Os pontos basilares e fundamentais para a plena compreensão do assunto que se pretende desenvolver a partir deste ponto, foram lançados nos capítulos e tópicos passados. Dentre os institutos jurídicos e conceitos alhures apresentados, uma noção se mostra como essencial para que se possa bem dimensionar a objetividade jurídica do instituto em análise: a audiência de custódia.

Nos comentários acerca dos requisitos da prisão preventiva, se teve a oportunidade de apontar que a prisão processual ou cautelar, assim entendida como aquela realizada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (ou, com a possibilidade de execução da pena após condenação em segundo grau, antes da execução provisória ou definitiva da sentença), tem lugar de maneira excepcional, extraordinária. A prisão processual, logo, não pode ser tida como regra no sistema processual penal brasileiro. Tal não se dá apenas por expressa disposição constitucional, mas pela humanitária noção de que a privação da liberdade (que, ao fim e ao cabo, representa a privação da existência social do indivíduo) apenas pode ser tolerada quando inexistente medida capaz de surtir os mesmos efeitos.

Em outras palavras, em havendo (como alhures apontado) medida cautelar diferente da prisão, capaz de proporcionar o mesmo efeito processual que a prisão proporcionaria, a medida cautelar diversa é a que deve ser aplicada. Logo, se para que se evite a fuga afigurar-se suficiente o uso de dispositivo de monitoração eletrônica, este é o método a ser utilizado. Se para que se evite a evasão internacional bastar a apreensão de passaporte, esta será a solução mais adequada. Se, ao invés da restrição da liberdade, a imposição de medidas protetivas se mostrarem como suficientes para evitar nova agressão no âmbito das relações domésticas, tais medidas é que deverão assumir lugar.

A sistemática processual brasileira, no que pertine ao objetivo do não encarceramento é rica em solução alternativas e diversas da prisão. Tais soluções alternativas aparecem não exclusivamente na fase processual, quando da eleição das medidas cautelares diversas da prisão preventiva e tendentes a evitá-la. Surge na fixação da pena mesma, que pode ser substituída por sanções restritivas de direitos.

Ainda assim, entretanto, têm-se número cada vez mais crescente de indivíduos povoando os cárceres espalhados pelo País, superpopulando presídios, inviabilizando fisicamente a promoção dos objetivos principais da pena corpórea. Grande parte desta superpopulação, entretanto, têm origem no cerceamento provisório da liberdade, em contrário sensu com o preconizado pela sistemática processual brasileira.

Informações atualizadas do Conselho Nacional de Justiça, dão conta de que dos 654.372 presos brasileiros, 221.054 são provisórios, 29% encarcerados por infrações penais relacionadas ao tráfico ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas. O mesmo levantamento, realizado em parceria com Tribunais de Justiça de todo o Brasil, informa que crimes sem violência e grave ameaça à pessoa, como o furto e a receptação, justificaram processualmente a prisão de robustos 11% da população carcerária provisória brasileira.

Em determinados estados da federação, a excepcionalidade da prisão provisória ganha contornos consideravelmente mais dramáticos. Os estados de Sergipe e Alagoas possuem, respectivamente, 82,34% e 80,92% de seus presos com a liberdade cautelarmente restringida. No estado de Goiás, 58% dos presos estão encarcerados provisoriamente.

A infração à excepcionalidade da sanção provisória da liberdade, que por si só já representa violação sangrenta aos princípios humanitários que a preveem como medida extraordinária, se agrava quando da análise do tempo médio de encarceramento provisório verificado. A condição mais grave nacionalmente verificada, pode ser notada no estado do Pernambuco, em que um preso provisório pode permanecer, em média, 974 dias aguardando a solução final de seu processo. Não por outra razão, o citado estado viveu, recentemente, uma verdadeira e noticiada onda de rebeliões, que culminou com centenas de feridos e dezenas de mortos.

No estado de Goiás, o tempo médio de prisão provisória de um encarcerado é de aproximadamente 309 dias. Visando sanar a questão, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás formulou quatro ações a serem adotadas: o estabelecimento de uma equipe mínima de trabalho, a verificação da possibilidade de ampliação das vagas, a realização de estudos/projetos para ampliação da justiça restaurativa e terapêutica, o levantamento, classificação e catalogação dos parceiros nas medidas socioeducativas.

Muito embora tais medidas se afigurem como bem vindas, posto que, de todo modo, representam ações, ainda que mínimas no sentido de dar remédio ao problema, não se mostram como, por si só, suficientes. Torna-se necessária análise mais apurada dos requisitos justificadores da segregação cautelar, fato que pode ser viabilizado com a audiência de custódia.

3.1 FUNCIONAMENTO NORMATIVO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

As audiências de custódia, como já vinham sendo nomeadas pela doutrina estrangeira, foram inseridas efetivamente no sistema processual brasileiro pela Resolução n.º 213 do Conselho Nacional de Justiça. Diz-se efetivamente pelo fato de que tal exigência já encontrava previsão no ordenamento jurídico brasileiro sem, entretanto, ter se materializado no universo fático-jurídico.

Tal afirmação pode ser verificada quando se analisa que o Brasil, signatário que é da Convenção Americana de Direitos Humanos, já se obrigou, quando da assinatura da dita convenção, com a realização de audiências de custódia de pessoas presas. É a previsão de seu artigo 7º:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

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

Do referido artigo podem ser extraídos uma série de conceitos e mandamentos já aplicados no direito processual brasileiro, inclusive, em determinados pontos, com constitucional previsão. A duração razoável do processo é o mais nítido destes conceitos constitucionais extraíveis do referido artigo. O que interessa para a presente pesquisa, entretanto, é o quanto pode ser obtido da primeira parte do dispositivo, quando menciona 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”. O que o referido artigo faz é, em síntese, fixar a

obrigatoriedade da audiência de custódia, fazendo mais: revestindo a audiência da natureza de direito assegurado à pessoa presa.

O ponto diferencial do referido dispositivo, que se distancia da atual legislação que regula as audiências de custódia no Brasil, é o que diz respeito ao prazo. Nota-se que ali não há a menção expressa a um lapso temporal específico e determinado, optando o legislador pelo uso da expressão “sem demora”. A mesma expressão é mantida no artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, do qual o Brasil também é signatário.

O que se conclui do que até aqui foi exposto, é que o Brasil, já de muito, se obriga à realização de audiências de custódia, efetúveis em tempo razoável, à luz da expressão “sem demora” contida em ambos os dispositivos da legislação internacional, internalizados pelos respectivos decretos executivos.

Para que se reforça o que já apontado, no que diz respeito à excepcionalidade da prisão cautelar no sistema processual penal brasileiro, cita-se a literalidade do artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas:

Art. 9

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

Como se nota, a audiência de custódia já de muito representa direito da pessoa presa, que vinha sendo flagrantemente negligenciada pela prática forense brasileira. A negligência foi, inclusive, formalmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, pela eficácia interna do artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Humanos, e determinou que, a partir da data do julgamento, fossem realizados, no prazo de 90 dias, as medidas necessárias para a realização de audiências de custódia em todo o Brasil. A decisão, inclusive, foi além da legislação apontada, fixando prazo de 24 horas desde a prisão, para que o preso seja submetido à audiência.

3.2 A RESOLUÇÃO N.º 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Na esteira do quanto fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça fixou, através da Resolução n.º 213/2015, o procedimento a ser adotado para a realização das audiências de custódia no judiciário brasileiro.

Tendo em vista que a citada regulamentação guarda íntima conexão com o assunto objeto do presente trabalho, passa-se, a partir de agora, a uma análise de seus principais pontos, com especial relevância para o procedimento a ser adotado. Em seguida, tendo em vista o considerável lapso temporal desde a edição da medida até a presente, far-se-á uma análise a respeito dos resultados obtidos até o presente momento, especialmente os reflexos verificados no sistema prisional.

Analisando o texto da citada resolução, já se nota no preâmbulo as influências citadas alhures como mote para a elaboração da regulamentação. Dentre os pontos motivadores citados consta o artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas e o artigo 7º, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Consta, ainda, como elemento motivador da resolução, a decisão pretoriana verificada nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, já mencionada ao longo do presente trabalho.

O artigo 1º da Resolução n.º 213/2015 apresenta a obrigatoriedade da apresentação à autoridade judicial, no prazo de 24 horas a partir da comunicação do flagrante, de qualquer pessoa que tenha sido assim presa, independentemente da motivação ou da natureza do ato.

O dispositivo inaugural da Resolução ressalta, assim, determinados pontos fundamentais para a compreensão do procedimento acerca da realização da audiência de custódia. O primeiro ponto diz respeito à obrigação de apresentação de qualquer pessoa presa em flagrante, perante a autoridade judicial, não importando a natureza do delito ou do ato praticado. Nota-se, como bem ressalta, inclusive, o parágrafo primeiro do mesmo artigo, a mera comunicação da prisão à autoridade judicial não mesmo prazo não afasta eventual nulidade do flagrante. É necessária, como observada, a apresentação pessoal da pessoa presa perante o magistrado. O prazo para apresentação começa a correr desde a comunicação do flagrante. A única

hipótese em que a audiência de custódia pode ser postergada para além das 24 horas fixadas se dá nos casos em que o preso se encontre acometido de grave enfermidade que torne impossível sua apresentação e quando for inviável que o Magistrado até ele se dirigia; nesta hipótese, a audiência deve ser realizada tão logo o preso reúna saúde para apresentar-se perante a autoridade.

Nos casos em que o crime praticado se trate de competência do juiz singular, a identificação da autoridade judicial competente é facilitada. A resolução, assim, trouxe solução para a identificação da autoridade judicial competente nas hipóteses em que o crime praticado represente competência do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal: a apresentação deve ser feita diante do Presidente do respectivo colegiado ou de autoridade por ele indicada.

Durante a realização da audiência de custódia, segundo afirma o artigo 4º da Resolução ora em estudo, é imprescindível a presença do membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, esta última dispensada se o preso possuir defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

Caso o investigado possua defensor constituído nos moldes do apontado, cabe à autoridade policial notifica-lo da realização da audiência. Tal notificação poderá ser feita, inclusive, de forma eletrônica, como através de e-mail, telefone ou mensagem de texto.

Ponto de especial relevância e que, assim, merece destaque, é a vedação da presença dos agentes policiais responsáveis pela ou investigação durante a realização da audiência de custódia. Tal vedação se mostra como absolutamente adequada, tendo em vista a possibilidade de intimidação moral por parte de tais agentes capaz de evitar, a título de exemplo, a delação de eventuais agressões e torturas sofridas pelo preso ao longo de sua custódia.

É direito do preso ter prévio contato com seu procurador antes da realização da audiência. O atendimento deve ser feito de maneira reservada, de modo que a resolução estabelece, de maneira expressa, que não deve ser, em nenhuma hipótese, realizado na presença de agentes policiais.

O artigo 8º da Resolução 213/2015 estabelece os pontos a serem esclarecidos pela autoridade policial quando da entrevista a ser realizada com o preso durante a audiência de custódia. Dentre tais pontos destaca-se o esclarecimento a respeito da própria audiência, a ciência quanto ao direito constitucional de permanecer

em silêncio, questionamento a respeito da ciência e concretização de seus direitos enquanto pessoa presa (consulta com advogado, atendimento médico e comunicação com familiares), as circunstâncias da prisão ou apreensão, o tratamento recebido durante o período em que permaneceu sob custódia.

Ao longo da audiência de custódia, o uso de algemas apenas tem lugar nas hipóteses em que o réu represente perigo à integridade física própria ou alheia, em caso de perigo de fuga ou resistência. A necessidade do uso da algema deve ser justificada por escrito.

Na audiência, cabe ao magistrado verificar se houve a realização do exame de corpo de delito, determinando a realização caso necessário.

Importante destacar que a audiência de custódia não tem o condão de produzir provas em desfavor do acusado em eventual ação penal a ser iniciada. O objetivo da audiência é verificar a legalidade da prisão em flagrante à luz de suas circunstâncias e, assim, verificar se deve ela ser convertida em preventiva, se é ilegal ou se é caso de livramento com ou sem a imposição de medidas cautelares.

Após a indagação inicial realizada pelo Magistrado, cabe ao Ministério Público e à defesa, sucessivamente, a realização de outros questionamentos. Cabe mencionar, que as perguntas a serem realizadas pelo membro do Ministério Público e pela defesa em nenhuma hipótese deverão adentrar no mérito do fato penal imputado. Em seguida, poderão, Ministério Público e defesa, requerer, nos termos do artigo 8º, §1 da estudada Resolução, o relaxamento do flagrante, a concessão da liberdade provisória (com ou sem a aplicação de cautelares), a decretação da preventiva ou “a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa”.

Em seguida, o juiz decidirá.

3.3 REFLEXOS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Os reflexos da realização das audiências de custódia no Brasil já podem ser percebidos. Tais consequências podem ser percebidas em diversas áreas dos vários mecanismos envolvidos na persecução criminal.

O primeiro ponto a ser destacado é a diminuição, em determinadas unidades da federação, do número de prisões em flagrante que são convertidas em prisão preventiva. Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, desde o início da realização de audiências de custódia até o mês de agosto de 2016, 46,85% das audiências resultaram na concessão de liberdade provisória.

No mesmo período, no Estado de Goiás, conforme informações do Tribunal de Justiça local, foram realizadas 3823 audiências, das quais 1382 resultaram na concessão de liberdade provisória. Foram relatados casos de violência no ato da prisão em 323 casos.

A realização da audiência de custódia, assim, possui consequências positivas na realidade dos órgãos de persecução penal no Brasil. De início, destaca-se que a concessão da liberdade provisória para um número maior de casos representa a materialização efetiva da segregação cautelar como exceção (embora nacionalmente a maioria das prisões em flagrante sigam sendo convertidas em preventiva). O maior número de concessões de liberdade provisória representa diminuição no ingresso de novos indivíduos no sistema prisional, o que ocasiona redução ou estabilização na elevada população carcerária brasileira.

Afora os pontos apontados, é de se destacar, ainda, a economia monetária obtida com uma quantidade menor de novos ingressos no sistema prisional. Para que se possa ilustrar a robustez de tal economia, aponte-se que o Estado do Mato Grosso estimou economizar, desde o início da implantação das audiências de custódia, uma economia de quase 6 milhões de reais por mês.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho monográfico, pôde-se observar que a instauração das audiências de custódia na prática processual brasileira deu-se de maneira extremamente tardia. Tais audiências já de muito encontravam previsão no ordenamento jurídico pátrio, notadamente manifestadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Duas normatizações internacionais já previam a apresentação do preso perante a autoridade judicial. É certo que tais regulamentações não previam um prazo específico para apresentação, ponto que, de certo modo, pode ter representado causa para o atraso na efetivação do direito na prática forense.

A audiência de custódia já de muito, assim, representava direito da pessoa presa. Cuidava-se de etapa processual obrigatória normativamente prevista, mas sumariamente ignorada no cotidiano forense. Foi apenas através da intervenção ou do reconhecimento da morosidade na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 que a questão passou a ganhar atenção do sistema judicial brasileiro. Decidiu-se, assim, que as audiências de custódia deveriam realizar-se em todo o Brasil nos noventa dias seguintes a ela.

Assim, na esteira da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 213 que estabeleceu o procedimento para realização das audiências. A condução dos presos em flagrante perante a autoridade policial passou a ser obrigatória nas vinte e quatro horas seguintes à comunicação.

A normatização realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, além de determinar o correto procedimento a ser adotado, acentuou o caráter garantista das audiências de custódia. Tal fato pode ser facilmente percebido quando se percebe a vedação de questionamentos relacionamentos ao mérito capazes de formar a imputação do acusado.

A prática das audiências de custódia trouxe reflexos importantes para o sistema prisional brasileiro. Houve considerável aumento no número de prisões em flagrante com concessão de liberdade provisória (com ou sem a imposição de medidas cautelares). Além de se evitar a segregação desnecessária, ante a análise

mais cuidadosa dos casos de prisão em flagrante apresentados, materializando a excepcionalidade da prisão processual, houve reflexos importantes na população carcerária.

A redução no número de novos ingressos, proporciona melhorias humanitárias no sistema prisional. Afinal, conforme se sabe, a superpopulação representa o principal dos problemas verificados nos sistemas de execução penal.

Os reflexos podem ser percebidos inclusive do ponto de vista orçamentário. Com menos ingressos no sistema prisional, os gastos inerentes são significativamente reduzidos. Como apontado ao longo do trabalho monográfico, há relatos de redução milionária de gastos em determinados Estados.

Assim, as audiências de custódia podem, com sua consolidação ao longo do Brasil, contribuir para a promoção de um direito processual mais humanitário e legalista. Afinal, se cuida da efetivação prática de um direito já reconhecido pela Lei. A transformação, progressiva, ainda há de ser notada no sistema prisional, ante a redução no número de prisões em flagrante convertidas em preventivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 17ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

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

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. São Paulo. Saraiva. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral**. Saraiva. 2014

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal**. Saraiva. 2011.

Conselho Nacional de Justiça. “**Audiência de Custódia**.” CNJ. s.d.
<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>
(acesso em 15 de novembro de 2017).

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Tibi Vs. Ecuador** . s.d.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf (acesso em 15 de novembro de 2017).

FERRAJOLI apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Juris, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. vol. II. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva,2010.

NOBRE, Deilson de Souza. **Estudo sobre a audiência de custódia: previsão normativa, funções e consequências para a efetivação de um juízo de garantias na persecução penal**. s.d. 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/#_ftn10 (acesso em 15 de novembro de 2017).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ONU. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas**. 1966.

PIMENTA, Luciana. **Audiência de custódia: o que é e como funciona**. s.d. (acesso em 15 de novembro de 2017).

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo. Saraiva. 2011.

STOCHERO, Tahiane. **Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda**. s.d. <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html> (acesso em 15 de novembro de 2017).

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10.

Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. s.d. <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31> (acesso em 15 de novembro de 2017).

VALADARES, Antônio Carlos. **PROJETO DE LEI DO SENADO**. s.d. <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1> (acesso em 15 de novembro de 2017).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Derecho Penal; Parte General**, 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1991.

—. “ADPF.” Supremo Tribunal Federal. 347/DF. (acesso em 15 de novembro de 2017).

—. **“RESOLUÇÃO 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015.”** CNJ. s.d. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf> (acesso em 15 de novembro de 2017).