

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

CUSTODY HEARING OVER THE TRIVIALIZATION OF PROVISIONAL PRISONS

Maicon Henrique de Oliveira

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o inovador instituto das audiências de custódia, instituída em nosso ordenamento através de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Trata-se de uma audiência onde será verificada pelo juiz questões relacionadas a legalidade da prisão e a ocorrência de violência policial sobre a pessoa presa. Podendo após a primeira análise ser convertida em preventiva ou concedida a liberdade provisória, com ou sem imposição de outras medidas cautelares. Para tanto, realizamos análise de tratados internacionais relacionados juntamente com resoluções e projetos de leis pertinentes ao tema. Concluímos que apesar de garantida de maneira internacional, essas audiências internamente possuem eficácia, mas ainda não garante ao imputado a garantia de sua realização.

Palavras-chave: Tratados internacionais, audiência de custódia, prisão em flagrante.

Abstract: The present work aims to analyze the of custody hearings, instituted in our legal system through international treaties rectified by Brazil. This is a hearing in which the judge will review questions related to the legality of the arrest and the occurrence of police violence over the detained person. It may, after the first analysis, be converted into remand or provisional release, with or without the imposition of other precautionary measures. To this end, we carry out analyzes of related international treaties, as well as resolutions and projects relevant to the theme. We conclude that although international way guaranteed, these audiences internally have effectiveness, but still does not guarantee the imputed to guarantee your accomplishment.

Keywords: International treaties, custody hearing, arrest in flagrante

Introdução

O Brasil hoje ocupa a terceira colocação em se tratando de número de pessoas presas. Esse problema vem se tornando a cada ano pior, ainda mais quando observamos que os líderes desse ranking diminuíram o número de presos em seus países. O país a cada ano, acumula um crescimento considerável em número de encarcerados, chegando a seis por cento por ano.

Outro sério problema vivido atualmente, se refere ao número de presos provisórios, que são aqueles que ainda não possuem condenação transitada em julgado, encarcerados em nossos presídios, que podem bater a marca de quarenta por cento de todo o número de presos. Esse número em alguns Estados podem ultrapassar a marca de sessenta por cento. Considerados índices altos por autoridades internacionais.

Frente a essa situação e diante de graves violações sofridas pelos acusados no momento da prisão, órgãos e entidades ligadas a direitos humanos, voltaram os olhos para o país. O Brasil é signatário de Tratados Internacionais, que garantem direitos relacionados a dignidade da pessoa humana e de sua integridade física. Esses tratados garantem ao preso o direito de ser conduzido a presença de um juiz que garantirá que sua prisão não ocorreu de forma arbitrária e que não sofreu nenhum tipo de violência durante sua prisão, direito esse denominado de audiência de custódia.

O instituto da audiência de custódia, prevê o envio do preso em flagrante a presença de um juiz de direito, em até vinte e quatro horas após a comunicação de seu flagrante, para que seja verificada alguma eventual ilegalidade no momento de sua prisão ou a ocorrência de algum tipo de violência policial sobre o acusado. A audiência contará com a presença do defensor do acusado e do representante do Ministério Público, garantindo assim o contraditório e a ampla defesa.

O presente trabalho tem como finalidade, esclarecer e analisar dúvidas existentes quanto ao instituto, assim como descrever os procedimentos e características quanto a sua inserção em nosso ordenamento.

2- A relação entre o atual sistema carcerário e a banalização das prisões

Atualmente, por diversos motivos, a situação carcerária do país se mostra caótica. O crescimento da população carcerária brasileira acontece de forma exponencial, sendo necessário uma reanálise de como as prisões são efetuadas e autorizadas pelo nosso sistema jurídico penal contemporâneo. Como observa e analisa Junior e Paiva:

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares. O art. 310 do CPP, alterado pelo diploma normativo citado, dispõe que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente (i) relaxar a prisão, (ii) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (iii) conceder liberdade provisória. E o que verificamos na *prática*? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como *regra* no sistema processual penal brasileiro. Prova disso é que não houve a tão esperada redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011. (LOPES JUNIOR; PAIVA, 2014, p. 163)

O sistema carcerário brasileiro, se mostra além de extremamente falido, um local onde não acontece a ressocialização do detento, mas um claro descumprimento constitucional que veda as penas cruéis e desumanas, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O mais claro exemplo desse descaso por parte do Estado ocorreu em rebeliões nas cidades de Manaus e Boa Vista, no final do ano de 2016 e começo do ano de 2017, onde ocorreram centenas de mortes. Dessa maneira o Estado fecha os olhos para o que realmente acontece, não estabelecendo soluções eficientes para elucidação do problema. Assim Nucci descreve a atual situação:

Neste cenário, não se deve debater o que fez ou deixou de fazer determinado condenado, seja o que morreu, seja o que matou. Trata-se de uma incumbência assumida pelo Estado – um autêntico compromisso – de tutelar a vida de um preso por alguns anos. E tutela significa proteger essa pessoa de agressões que forem além da própria privação da liberdade. No entanto, muitos políticos, ocupando cargos de segurança pública, terminam justificando as mortes de 102 presos, dizendo que, afinal, eram criminosos perigosos. E daí? Modificou-se a CF a respeito? Sentenciados perigosos podem ser simplesmente chacinados?

Temos nos manifestado, em várias situações, que a hipocrisia reinante, no universo penal e processual penal de nosso país, é lastimável. Ilustrando, um juiz da execução penal, consciente e responsável, verifica a insalubridade daquele presídio e a superlotação, promove todas as medidas possíveis, colhe provas e determina, então, a interdição do local. Em poucas horas, o Tribunal determina a desinterdição, porque o Poder Executivo interfere, prometendo resolver o problema. Em suma, o estabelecimento penal pode até ser esvaziado por um tempo e logo torna a superlotar. (NUCCI, 2017)

Além dos problemas relacionados a superlotação, possuímos ainda um grave problema estrutural em nossos cárceres, as condições em que os presos são mantidos, se mostra totalmente precárias e inadequadas, para acomodações de pessoas, reafirmando que em nosso sistema não há uma reeducação e ressocialização de detentos, mas somente o afastamento temporário destas pessoas da sociedade, de maneira desumana e cruel, não fornecendo condições mínimas sanitárias e psicológicas que possibilite a reinserção do preso a sociedade.

Assim observa Muraro:

No entanto, a forma de contenção dessas pessoas é desumana. As condições do sistema prisional atentam contra a mínima dignidade da pessoa humana, pois a realidade que encontramos são pessoas amontoadas em pequenos espaços de confinamento, sem qualquer condição de higiene, alimentação, educação e trabalho adequadas.

Quanto à superlotação, dados recentes demonstram que o sistema prisional brasileiro apresenta um déficit de mais de 220 mil vagas, o que representa a total impossibilidade de cumprir os direitos dos presos de estar em uma cela individual arejada, que contém um dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6 m².

O relatório da CPI do sistema prisional brasileiro apontou que nenhum presídio brasileiro cumpria as exigências legais inscritas na Lei de Execução Penal Brasileira (CPI, 2009), para não citar os relatórios da ONU, entre outros. (MARURO, 2017)

Quando falamos em prisões em nosso país, podemos observar que, apesar de possuímos em nosso ordenamento uma jurisdição protecionista, a prisão não é considerada como o último mecanismo a ser utilizado pelos juízes, mas como a principal forma de punição antecipada e mais do que isso, uma resposta a uma sociedade que não suporta mais violência. Assim observa Teixeira:

Apesar de a normativa processual brasileira ter passado por reformas e tentativas de ser racionalizar o uso das prisões cautelares, temos hoje um contexto de excessiva banalização em seu uso pelos operadores do direito e pela sociedade como um todo. A privação de liberdade está sendo usado como o primeiro recurso em vez de o último, como exigido pelas normas internacionais de direitos humanos.(TEIXEIRA, 2015).

Já Nucci preceitua que:

Se a maioria das prisões advém de flagrante, cabe ao Delegado, em primeiro plano, arbitrar fiança, dentro da sua atribuição legal. Nem sempre é viável, porque o preso, pobre, não tem condições de pagar. Seguem os autos da prisão em flagrante ao magistrado, que, muitas vezes, limita-se a convertê-lo em prisão preventiva, segundo as novas regras do art. 310 do CPP, sem nem mesmo refletir um pouco mais, proporcionando a liberdade provisória, ainda que acompanhadas de medidas alternativas (art. 319, CPP). Há, sim, uma cultura prisional espalhada dentre vários magistrados, que precisa ser rompida. (NUCCI, 2015)

A crise carcerária vivida atualmente no país se mostra ainda pior quando nos referimos ao número de presos provisórios instalados em nossos presídios. O número de presos sem condenação, aguardando uma sentença pode chegar a quarenta por cento de todo número de encarcerados, demonstrando o desrespeito claro a princípios contidos em nosso ordenamento, como o princípio da presunção de inocência.

Nucci observa que:

Outro ponto, merecedor de abordagem, é o descaso nítido do Poder Executivo em geral para construir e acomodar, decentemente, presos provisórios, separando-os dos definitivos. Por isso, a superlotação. Pode-se repetir à saciedade que “preso não dá voto”, pois todos sabem disso e ninguém faz absolutamente nada no âmbito político. (NUCCI, 2015)

Nesse sentido, concluimos que o Brasil tem aplicado a prisão como a primeira maneira de resolução dos problemas, contrariando a essência de nosso

sistema jurídico penal, que estabelece a prisão como última alternativa. Por consequência, vemos a qual estágio chega a atual crise carcerária, presídios completamente lotados, que não possuem condições mínimas para receber detentos, condições sanitárias precárias e o pior, rebeliões que ocasionam grandes massacres, ocorridas pelo descontentamento dos detentos pela situação vivida por eles cotidianamente, sem que o Estado tome as devidas providências.

Diante das situações ocorridas no país, e frente as pressões sofridas no âmbito internacional pela Organização das Nações Unidas, estão sendo implantadas medidas que visam estabelecer um maior controle sobre as prisões e também sobre as execuções de pena desses detentos.

3- Audiência de Custódia: aspectos legais e finalidade

Os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, são muito importantes, ainda mais quando versam a respeito de Direitos Humanos, pois são normas que possuem status supralegal, isto é, são normas que hierarquicamente estão abaixo das normas constitucionais e acima das demais normas, como leis ordinárias, leis complementares e outras.

Como estabelece Maués:

Além de se beneficiarem do princípio *pacta sunt servanda*, que se encontra na base do direito internacional (artículo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), os tratados de direitos humanos possuem características que tornam necessário ajustar o direito interno dos Estados Partes às normas internacionais. Ao contrário dos instrumentos que somente criam obrigações recíprocas entre os Estados, esses tratados têm como objetivo a proteção das pessoas, estabelecendo deveres do poder público em relação a seus jurisdicionados. Não se trata de casualidade, portanto, que o conteúdo dos tratados de direitos humanos frequentemente se sobreponha ao conteúdo das Constituições, uma vez que a garantia dos direitos da pessoa humana é uma área comum aos dois sistemas (MAUÉS, 2013 apud BERNHARDT, 1993, p. 25-26; DRZEMCZEWSKI, 1997, p. 20-23; RAMOS, 2004, p. 36-40).

A partir destes tratados, o Brasil se viu obrigado a adequar a sua legislação a um padrão estabelecido mundialmente em se tratando dos Direitos Humanos, que visam principalmente assegurar a dignidade da pessoa Humana e direitos e garantias individuais, sendo tratados como cláusulas pétreas.

Com a recepção e promulgação destes tratados, obtivemos a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia. Com previsão estabelecida nos tratados, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, assim observa Paiva:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê 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 (...)”* (art. 7.5). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da mesma forma, estabelece que *“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”* (art. 9.3). A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por sua vez, garante que *“Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)”* (art. 5.3). E mais recentemente, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.766/2016, estabeleceu que *“Toda Pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente”* (art. XI). (PAIVA, 2017, p. 42)

Mesmo previsto em nosso ordenamento, através de tratados, desde de 1992, o Brasil não tirou do papel a aplicação deste instituto tão importante, deixando de cumprir preceitos fundamentais, e mais que isso, violando normas de Direitos Humanos.

Apesar de ainda não estar plenamente regularizada em nosso país, possui um projeto de Lei em tramitação, do Senado Federal, de nº 554/2011, que pretende regularizar as audiências de custódia. Ainda que não esteja regulamentada, o Conselho Nacional de Justiça juntamente com alguns tribunais estaduais vem adotando resoluções, afim de que se torne a necessidade de implantação do sistema

em obrigatoriedade, e mais do que isso, já aplicam este instituto em algumas comarcas.

Assim, vemos a tão grande importância das audiências de custódia, não só como meio de garantir um tratamento humanista no momento da prisão, mas também para que se possa tentar resolver um problema ainda maior, o aumento de forma desacelerada do número de presos em nosso país e também o grande número de casos de violência sofrida por presos, advinda por parte dos policiais, violando normas que estabelecem crimes de tortura e abuso de autoridade, problema esse que faz com que órgãos internacionais de proteção a direitos, vejam o Brasil como um péssimo exemplo a ser seguido mundialmente.

Gomes, estabelece a grande importância das audiências:

O juiz é o semáforo do sistema penal (Zaffaroni): se der sinal verde para a violência, ela prossegue. Se der sinal vermelho, haverá controle. Tudo tem limite. É para isso que existe a audiência de custódia (que deveria se estruturar como uma audiência protetiva de direitos do acusado, da sociedade e da vítima – todo delito afeta direitos dos três). Ao juiz compete aplicar o direito vigente a cada caso concreto (liberando o preso ou mantendo-o preso, quando absolutamente necessário – consoante axioma já inscrito na Constituição Francesa de 1791), nos termos máximos da Constituição. Isso é o que se chama de direito penal constitucional máximo. (GOMES, 2015)

Para Paiva (2017) a ideia principal e fundamental da implementação das audiências de custódia em nosso sistema processual penal, é de adequar as normas brasileiras aos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário. Outra ideia elencada por ele, vem a tratar da prevenção de torturas policiais, sendo assegurado ao preso o direito à sua integridade física.

Assim observa Lopes Junior e Paiva:

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (...) (LOPES JÚNIOR, PAIVA, 2014)

Silva também descreve com precisão a situação vivida atualmente frente a finalidade das audiências de custódia:

As audiências de custódia servem para se buscar o mínimo de humanidade do Poder Judiciário e do Ministério Público. Para que olhem nos olhos de seus acusados, vejam que não existem “monstros” por debaixo de suas peles. Talvez o que mais preocupe o MP e o judiciário seja isso mesmo, compreender que são humanos e que trabalham com humanos, o que exige cautela e racionalidade.(SILVA, 2016)

Vale a pena ressaltar outra finalidade das audiências de custódia, senão a mais importante delas, que é a prevenção e controle de prisões arbitrárias, ilegais ou a manutenção destas de forma desnecessárias.

Assim observa Lima:

Quando a convalidação judicial da prisão em flagrante é feita sem a apresentação do preso em flagrante, ou seja, tão somente com a remessa dos autos do APF à autoridade judiciária, a decisão judicial acaba sendo influenciada exclusivamente pela opinião da autoridade policial e do órgão ministerial, que geralmente se manifestam a favor da conversão em prisão preventiva (ou temporária). Daí a importância da audiência de custódia. A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des) necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante. Só para que se tenha uma ideia da importância desse contato entre o juiz e o preso em flagrante, no primeiro dia de atividades do projeto responsável pela implantação da audiência de custódia na comarca de São Paulo, dos 25 (vinte e cinco) indivíduos presos em flagrante apresentados, 17 (dezessete) foram beneficiados com liberdade provisória, ao passo que somente 8 (oito) tiveram o flagrante convertido em prisão cautelar. Fosse a convalidação judicial realizada sem a audiência de custódia, não tem dúvida em afirmar que a proporção seria inversa.(LIMA, 2016, p.1281).

Com a efetivação do instituto, o país estará caminhando, mesmo que em passos lentos, para a humanização das prisões, deixando de ser analisado somente o aspecto formal da coisa e passando a fazer uma profunda análise do caso concreto. Diante disso, a prisão não será mantida ou até convertida em preventiva, somente pautada em folhas de papel, mas diante de uma série de circunstâncias que possa evidenciar e justificar a sua manutenção, sendo que o preso poderá se defender, usufruindo de direitos garantidos a ele internacionalmente.

4- Audiência de custódia

4.1- Conceito

Assim conceitua a página do Conselho Nacional de Justiça:

O projeto Audiência de Custódia, consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Portanto, o objetivo das audiências de custódia é de que o preso em flagrante seja apresentado a um juiz de direito em tempo razoável, para que seja sua prisão analisada, em seus aspectos legais, detecção de algum abuso sofrido além da observância da necessidade da manutenção ou não de sua prisão. Essas audiências contarão com a presença do acusado, representantes do Ministério Público, do advogado do preso ou caso não possua da Defensoria Pública.

Paiva, define a audiência de custódia:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma “das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado”(PAIVA, 2017, p. 41)

Com a implementação das audiências de custódia, estaremos caminhando para uma maior oralidade no processo penal, mais especificamente no momento da análise da prisão, mesmo que a formalidade e a inquisitorialidade sejam as características de maior relevância nestas situações. O benefício trazido pela oralidade será, uma possibilidade muito maior de defesa do acusado, sendo superada a “fronteira do papel”, que na maioria das situações somente traz prejuízos ao acusado, já com as audiências de custódia, após a comunicação do flagrante e sem

demora, o acusado terá a possibilidade de exercer de forma sensível o seu direito ao contraditório, não sendo apenas analisados o auto de prisão em flagrante.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) estabelece em seu art. 7.5 que:

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

Nota-se que a referida convenção, utilizou-se da expressão “sem demora” para estabelecer o prazo para que o preso seja apresentado a um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Em relação ao tema, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem interpretado que deve haver primeiro uma observância das normas internas, onde é verificado se a norma possui ou não previsão relacionada ao tema, para que depois seja feita uma análise da compatibilidade ou não da norma em relação à norma internacional.

Assim, observa Paiva:

No âmbito regional europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos parece admitir que a apresentação se dê, no máximo entre três a quatro dias após a prisão, havendo poucas variações para um pouco mais ou um pouco menos na análise que alguns estudiosos já fizeram da sua jurisprudência.

E no âmbito global, o Comitê de Direitos Humanos da ONU já se manifestou que “um prazo de 48 horas é normalmente suficiente para transladar a pessoa e preparar para a audiência de custódia; todo prazo superior a 48 horas deverá obedecer a circunstâncias excepcionais e estar justificado por elas”, completando ainda, que “no caso de menores deverá aplicar-se um prazo especialmente restrito, por exemplo de 24 horas” (PAIVA, 2017, p.58)

Em relação a legislação pertinente ao assunto, alguns instrumentos normativos regulam a matéria, como o PLS 554/2011 e a Resolução 213/2015 do CNJ.

O projeto de lei proposto pelo Senado Federal de nº 554/2011, tem como objetivo a alteração do dispositivo 306, mais especificamente o seu parágrafo primeiro, que estabelecerá que no prazo de vinte e quatro horas subsequentes a comunicação do

flagrante, o preso deverá ser conduzido a presença de um juiz, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. Que terá como redação:

“art. 306. (...)

§ 1o No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, 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, cópia integral para a Defensoria Pública. (...)

Já a resolução do Conselho Nacional de Justiça em sua resolução de nº 213/2015, em seu art. 1º, estabelece a obrigatoriedade da apresentação do preso perante a autoridade judiciária, também no prazo de vinte e quatro horas após a comunicação do flagrante, para que seja ouvida as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. Assim dispondo:

“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 apreensão.”

As audiências de custódia, não necessitam de prévio requerimento, por se tratar de garantia prevista em tratados internacionais e por colocar em risco a integridade física da pessoa, e também por haver o risco de supressão de direito fundamental, de que se trata da liberdade, a sua apresentação independerá de prévio requerimento, devendo ser tomado de ofício pela autoridade que presidirá a audiência.

4.2- Legitimados a presidirem a audiência

Quanto a quem deverá ser apresentado o preso, o CADH em seu artigo 7.5, estabelece que deverá ser apresentado “presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Para que possamos entender a quem

deve ser apresentado o preso, devemos fazer uma análise do art. 8.1 do mesmo dispositivo, que estabelece:

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Ao realizarmos a breve leitura deste dispositivo, observamos que outra autoridade a não ser o juiz de direito, estará impossibilitada de presidir uma audiência de custódia, em virtude disso Delegados de polícia e Promotores de Justiça não possuem legitimidade para realizarem audiências de custódia.

Em virtude da não autorização para relaxarem prisões ou conceder liberdade provisória nos casos de prisões desnecessárias dentre outros aspectos, afasta a possibilidade de membros do Ministério Público de presidirem audiências de custódia. Como observa Lopes Junior e Moraes.

A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão, o delegado lavra e o juiz controla. Além disso, já nessa fase, tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Há reserva de Jurisdição. Logo, além do juiz, devem participar Ministério Público e defesa. (LOPES Jr. e ROSA, 2015)

Quanto ao Delegado de polícia, basta uma pequena análise das finalidades das audiências de custódia. Uma das principais finalidades do instituto vem a ser justamente o combate a violência e tortura por parte dos policiais, o que de imediato já afastaria a possibilidade de delegados presidirem estas audiências, uma vez que, um dos princípios basilares para a realização destas audiências é a garantia de que o preso tenha todos os seus direitos garantidos e que seja analisada a sua prisão por uma pessoa capaz de relaxá-la; converter seu acautelamento em prisão domiciliar, caso esteja presente seus requisitos; cessar de maneira imediata algum tipo de violência sofrida pelo preso, poderes estes que não foram conferidos aos delegados e nem mesmo aos membros do Ministério Público.

4.3- Limite cognitivo nas audiências de custódia

Uma das questões de maior relevância a ser debatido em relação ao assunto, vem a tratar do limite estabelecido quanto a produção de provas nas audiências de custódia, tanto o juiz presidente, quanto as partes envolvidas, membros do Ministério Público e defesa técnica não estão autorizadas a questionarem o preso a respeito do mérito do crime, somente sendo permitida questões relacionadas a sua prisão.

Por se tratar de ato pelo qual será analisado somente quanto a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão, além da averiguação de ocorrência de algum tipo de violência policial, a resolução de nº 213/2015 do CNJ, em seu art. 8º, inciso V, estabelece que deverá o preso ser indagado sobre circunstâncias de sua prisão ou apreensão, devendo o juiz limitar-se a perguntas objetivas quanto a prisão e subjetivas quanto a pessoa presa. Assim dispondo:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

(...)

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

(...)

Essa limitação tem por objetivo, evitar que ocorra uma antecipação da instrução penal, momento este que ocorrerá mais a frente, e também impossibilitar que seja feita indagações sobre o mérito do caso, o que possibilitaria a contaminação da imparcialidade do julgador.

Assim observa Vasconcellos:

Contudo, diversos pontos problemáticos têm surgido a partir do estudo acerca de tal mecanismo, o que enseja inúmeros posicionamentos doutrinários. Uma das principais questões diz respeito aos limites cognitivos de tal audiência, o que se relaciona diretamente com a determinação das finalidades do referido ato. Visto que esse momento se executa fundamentalmente a partir da realização pelo juiz de “entrevista” com a pessoa presa, percebe-se que há um contato prévio do julgador com possíveis elementos probatórios relacionados ao caso que, eventualmente, será processado e julgado. Ou seja, considerando-se que o magistrado terá contato direto com o imputado,

que muitas vezes é visto (equivocadamente) como “principal fonte de prova” para o processo, há um forte risco de antecipação da produção probatória, a partir de uma realização adiantada do interrogatório do réu sobre o mérito da persecução.(VASCONCELLOS, 2016)

Há que se levar em consideração os principais fundamentos das audiências de custódia, para que se chegue à conclusão de que ao adentrar no mérito do caso concreto, poderá haver um esvaziamento parcial ou até mesmo total da finalidade do instituto, levando a obtenção de condenações antecipadas ou dando início a um procedimento resumido.

Ainda que pendente de aprovação, o PLS de nº 554/2011, vai além da proibição de que se adentre ao mérito do caso concreto, para que se possa decidir quanto a manutenção ou não da prisão. No projeto em questões para futura alteração do art. 306 do Código de Processo Penal, o parágrafo sétimo ficará com a seguinte redação:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, quando não houver advogado habilitado nos autos, e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

(...)

§ 7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

(...)

Com a futura redação do referido artigo, ficará expressamente proibida a utilização da oitiva do acusado para obtenção de prova, devendo ser registrado seu depoimento em autos apartados. Apesar de não possuir eficácia, por não ter sido aprovada, já possuímos a resolução de nº 213 do CNJ, que não possui garantia expressa em seu corpo referente ao assunto, mas determina que seja indagado ao acusado somente questões objetivas quanto a sua prisão e subjetivas quanto a sua pessoa.

Esse tema é um assunto muito questionado entre doutrinadores uma vez que, há quem defenda a impossibilidade da utilização da audiência de custódia como meio

de obtenção de provas, quanto também há quem defenda a possibilidade da obtenção de provas.

Paiva faz a seguinte observação:

(...)Para quem defender a proibição de atividade probatória na audiência de custódia, eventual colheita de confissão da pessoa naquela ocasião consistirá em prova ilícita, devendo ser desentranhada do processo nos termos do art. 157, caput, do CPP, proibindo-se, então, a sua utilização como expediente probatório na fase processual. Está deverá ser a conclusão se mantido o cenário normativo desenhado no PLS 554 e na Resolução 213 do CNJ. Por outro lado, para quem admite a atividade probatória na audiência de custódia, não há argumento capaz de impedir a utilização eventual confissão da pessoa presa na fase processual. (PAIVA, 2017, p. 118)

Diante das finalidades precípuas das audiências de custódia, fica clara a necessidade da proibição de construção probatória em seus atos, sendo justificada com a obrigatoriedade de ser disponibilizada em autos apartados, uma vez que estaremos falando de eventual irregularidade, necessidade da manutenção da prisão, e abusos policiais sofridos.

Em sua obra, Paiva observa também que as audiências de custódia podem servir como molas propulsoras para que caminhemos para um processo abreviado, onde poderá ser apresentada a denúncia por parte do Representante do Ministério Público, assim como o réu poderá apresentar sua defesa, através de advogado.

Como ele observa, não existe restrições quanto a ocorrência deste fato no Código de Processo Penal e nem nos Tratados Internacionais, sendo uma faculdade colocada as partes, nunca podendo ser uma imposição ao acusado e à sua defesa técnica, bastando apenas uma manifestação contrária da parte para que seja observado o prazo para que se possa responder à acusação e apresentação de requerimento de provas a serem produzidas.

4.4- Audiência de custódia em atos infracionais

O estatuto da Criança e do Adolescente define como ato infracional a conduta prevista como crime ou contravenções penal. Esta definição se encontra no artigo 103, do referido estatuto.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, estabelece em seu art. 37, b, que:

Art. 37. Os Estados partes zelarão para que:

(...)

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

(...)

Assim como ocorre nos casos, o instituto da audiência de custódia também é aplicável nos casos de atos infracionais, apesar da omissão do CNJ em sua resolução, há uma decisão da ONU deliberando que o menor que for privado de sua liberdade deverá ser colocado à disposição de uma autoridade competente no prazo de 24 horas para que seja examinada a legalidade de sua apreensão e sua manutenção.

Entretanto o ECA em seu art. 171 que dispõe que “O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”, traz uma restrição para o caso concreto, observando apenas os casos em que há a apreensão por ordem judicial, não contemplando a apreensão em flagrante, devendo ser exercido sobre ela um controle de convencionalidade, para que se possa adequar da melhor forma possível a norma aos tratados internacionais.

Há também uma outra questão a ser debatida quanto ao assunto. O art. 175 do ECA, estabelece que “Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência”.

De acordo com a normas que regem as audiências de custódia, o Ministério Público não possui capacidade para presidir audiências de custódia por não serem consideradas autoridades competentes como estabelece a Resolução nº 213 do CNJ.

Assim, todo adolescente apreendido, seja ele em flagrante ou por força de mandado judicial, deverá ser apresentado no prazo de 24 horas após a comunicação a um juiz de direito e não ao Ministério Público, para que seja apreciada a sua apreensão e deliberada quanto a sua manutenção ou não.

4.5- Consequências da não realização das audiências e custódia

A não realização da audiência de custódia ou sendo ela realizada fora do lapso temporal exigido em regulação pertinente, em tese tornaria a prisão efetuada em prisão ilegal, sendo necessário seu imediato relaxamento.

Diante dos fundamentos e princípios regedores do assunto, ao não ser cumprido o estabelecido, não sendo realizada a audiência ou realizada fora do prazo estipulado, o juiz estará deixando de efetuar o controle judicial imediato quanto da legalidade da prisão, além de que também estará deixando de fiscalizar a respeito da integridade física da pessoa presa.

Paiva estabelece que:

Assim, não realizada a audiência de custódia ou realizada fora do marco temporal estabelecido, a prisão deve ser relaxada. Não me parece correto o entendimento de que, alegada a não realização da audiência em sede de Habeas corpus, o tribunal deve simplesmente determinar a apresentação do preso ao juiz. Primeiro, porque tal raciocínio despreza que a audiência de custódia consiste em etapa procedimental indispensável à legalidade do flagrante, não sendo possível sanar este vício de ilegalidade com a apresentação extemporânea do preso. E segundo, porque este entendimento reduz a potencialidade da audiência de custódia, já que o juiz de primeiro grau realizaria o ato “obrigado”, sem uma espontaneidade para analisar, desarmado, eventuais pleitos de liberdade apresentados pela defesa.

O Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se, mostrando-se ao contrário a tese apresentada, ensejando que a não realização da audiência de custódia, por si só, não configura uma ilegalidade quanto a prisão cautelar imposta ao agente, quando respeitados os direitos e garantias a ele assegurados na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Também segundo o entendimento, convertido o flagrante

em preventiva, não poderá haver alegação de nulidade quanto a ausência de audiência de custódia.

Diante do entendimento do STJ, vemos que o direito a audiência de custódia do preso, pode estar um pouco distante de nossa realidade, longe também da adequação as normas internacionais. O instituto criado para dar uma maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais no momento da prisão, pode sim ser flexionado, em determinadas situações, mas não pode se tornar uma faculdade aos juízes, pois mais uma vez estaremos descumprindo preceitos fundamentais mundialmente utilizados.

Considerações finais

Conforme exposto, a implementação das audiências de custódia, foi realizada por meio de Tratados internacionais ligados aos Direitos Humanos e por meio de uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

A implantação do instituto, ainda que restritas em determinadas regiões, trouxe avanços significativos, tanto para presos em flagrante, quanto para o Estado. O preso, com as audiências, possui uma garantia maior de ter seus direitos fundamentais efetivados e resguardados. Já o Estado ao garantir a realização destas, está contendo, mesmo que de forma imperceptível o encarceramento desenfreado e arbitrário ocorridos no decorrer dos anos e também está deixando de gastar com manutenção de presos provisórios.

A audiência de custódia mostra que poderá, quando efetivada em todo território nacional, ser uma excelente forma de mudança da maneira de pensar o instituto da prisão, garantindo sua essência, que é o último meio a ser utilizado para o combate da criminalidade. Também poderá proporcionar a aplicação de outras medidas cautelares de maneira mais efetiva, diminuindo gastos e adequando a medida da punição a cada caso.

Vemos que, cotidianamente a prisão ocorre sem que haja uma análise profunda das consequências trazidas ao próprio Estado e também ao indivíduo, que muitas das vezes, possui sua prisão cautelar decretada e ao final do processo possui sua pena

atribuída de forma menos gravosa que a decisão tomada anteriormente de prendê-lo cautelarmente.

Além do mais, haverá uma humanização da prisão, ao passo que o juiz não tomará a decisão baseada somente nos autos de prisão em flagrante e sim na análise do caso concreto, levando em conta aspectos que muitas das vezes são deixados de lado.

Referências

BRASIL. **Decreto Lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acessado em: 31 de maio de 2017.

BRASIL. **Decreto Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acessado em: 30 de maio de 2017.

FILHO. Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9ª Edição. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª Edição. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo a evolução civilizatória do Processo Penal**. Revista Defensória Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Ano 5, Vol. 9 (maio/agosto.2014).

MARURO, Mariel. **Sistema Prisional brasileiro e Direitos Humanos**. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/sistema-prisional-2/>. Acesso em 21/04/2017.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos e interpretação constitucional**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

NUCCI, Guilherme Souza. **A rebelião dos zumbis**. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/rebeliao-dos-zumbis>. Acesso em 30/03/2017.

NUCCI, Guilherme Souza. **Porque tantas prisões cautelares no Brasil?** Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/por-que-tantas-prisoas-cautelares-no-brasil>. Acesso em 31/03/2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal Brasileiro**. 2ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.