



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE GARANTIAS DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DO PRESO PROVISÓRIO

Juliana Alvarenga Luz

Rio de Janeiro

2017

JULIANA ALVARENGA LUZ

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE GARANTIAS DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DO PRESO PROVISÓRIO

Artigo apresentado como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores
Orientadores: Mônica C.F.Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2017

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DO PRESO PROVISÓRIO

Juliana Alvarenga Luz

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira. Advogada.

Resumo: a audiência de custódia prevista nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil estabelece a necessidade de condução imediata do detido em estado de flagrante delito a presença de uma autoridade judicial. Essa imposição tem por objetivo garantir a fiscalização da integridade do acusado, à busca por um processo justo, por meio de imediata atuação do Judiciário na incidência da prisão em flagrante. Assim, a efetividade da medida traduz uma função fiscalizadora do cumprimento imediato do poder de polícia, a fim de coibir eventuais arbitrariedades, como exemplo, a ilegalidade ou desnecessidade da prisão, e a tortura, já que do contrário, a prisão em flagrante se sujeita a riscos de violar frontalmente a integridade do acusado. Nesse sentido, invoca-se o fundamento do Estado Democrático de Direito, do qual a regra é a liberdade, valor intrínseco da Dignidade da Pessoa Humana, razão pela qual, o sistema prisional cautelar tem o dever de proteger o cidadão de eventuais perversidades da fase pré-processual.

Palavra-chave: Superlotação carcerária. Prisão provisória. Audiência de custódia. Resolução n. 213/2015 do CNJ. Fiscalização. Vedação da prisão arbitrária.

Sumário – Introdução. 1. O contexto do sistema prisional cautelar sujeito a arbitrariedades. 2. Aspectos procedimentais da audiência de custódia: uma necessidade de efetivação das garantias do preso provisório. 3. A indispensabilidade da observância e preservação dos direitos fundamentais do indivíduo durante a audiência de custódia. A Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo explicar sobre os aspectos mais relevantes e práticos da audiência de custódia, proposta essa, recomendada pelos Tratados Internacionais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que foram ratificados sem reserva, pelo Brasil em 1992, para efetivamente garantir a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo preso provisoriamente.

A análise das questões centrais do tema, com o objetivo de afirmar a importância de um sistema prisional preventivo justo em consonância com o Estado Democrático de Direito, é fundamental para que prevaleça o sistema garantidor, conforme ordena a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A efetividade do procedimento da audiência de custódia também é importante para socorrer a adversidade da superlotação carcerária, reconhecidamente como um sistema falho, cuja aplicação de medidas alternativas na fase da prisão cautelar é imprescindível.

A audiência de custódia possui como objetivo a verificação dos procedimentos e causas da prisão a fim de resguardar os direitos do preso provisório, com a vedação da detenção injusta, de acordo com o princípio constitucional do devido processo legal.

Serão estudadas as inovações trazidas pelo Projeto de Lei do Senado n. 554/2011 e a trajetória de efetivação da Resolução n. 213/2015 do CNJ, que visam uniformizar o instituto da audiência de custódia, de acordo com a regra de convencionalidade em relação aos Tratados Internacionais reconhecidos pela ADI 5240 e ADPF 347.

A pesquisa será metodologicamente aprofundada através do estudo doutrinário e jurisprudencial a respeito das inovações pertinentes ao instituto para analisar seu impacto e efetividade no sistema prisional cautelar.

No primeiro capítulo, será abordada a problemática do contexto do sistema cautelar sujeito à prática de arbitrariedades contra o indivíduo encarcerado. Nesse sentido, esforça-se para denunciar as mazelas existentes no quadro de superlotação carcerária. Serão analisadas a convencionalidade e a constitucionalidade e o início da implementação do procedimento da audiência de custódia no Brasil.

O segundo capítulo abordará os procedimentos da audiência de custódia e algumas questões polêmicas regulamentadas pela Resolução n. 213/2015 do CNJ.

O terceiro capítulo tem, por intuito, a importância da verificação da preservação dos direitos constitucionais do preso provisório por meio da audiência de custódia com o enfrentamento do acusado apresentado a um juízo de garantia, em momento próximo ao flagrante, possibilitando a melhora da justiça social no sistema cautelar.

Desse modo, possibilita a verificação da trílice finalidade da audiência de custódia: legalidade da prisão, possibilidade de liberdade provisória ou outras medidas cautelares, e o combate à violação de direitos fundamentais, físicos e psicológicos do acusado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador pretende eleger com proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objetivo da pesquisa, explorando a doutrina e jurisprudência do tema.

Assim, se vale de pesquisa qualitativa, pois sustenta a análise de questões bibliográficas para analisar o tema.

1. O CONTEXTO DO SISTEMA PRISIONAL CAUTELAR SUJEITO A ARBITRARIEDADES ANTES DA AUDIENCIA DE CUSTÓDIA

A realidade atual do sistema carcerário revela a necessidade da efetivação do cumprimento das garantias constitucionais do preso provisório e a importância da análise das questões deficitárias desse sistema decorrentes da prisão preventiva excessiva, da superlotação carcerária e maus tratos.

Desse modo, verifica-se a necessidade de buscar medidas emergenciais, a fim de resguardar a integridade do preso provisório, diante da realidade injusta do sistema processual cautelar.

Como um dos efeitos da fragilidade desse sistema, tem-se a superlotação carcerária, o que não condiz com as diretrizes da Constituição da República Federativa do Brasil¹, já que esta tem como fundamento as garantias fundamentais da pessoa humana. Ademais, a Carta Magna se compromete em tutelar a preservação da integridade do preso provisório, a presunção do estado de inocência, o devido processo legal, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que dados do DEPEN² – Departamento Penitenciário Nacional, de 2014 apresentava um montante de 607.731 mil pessoas presas. Tal pesquisa posicionou o Brasil em quarto lugar no ranking de maior população carcerária do mundo, vencido apenas, por Estados Unidos, China e Rússia. Ademais, constatou-se que existem em média 300 pessoas presas por 100 mil habitantes no Brasil, estando em terceiro lugar, atrás dos Estados Unidos, Rússia e Tailândia.

A consequência da superlotação carcerária é o resultado de um sistema processual cautelar desequilibrado, o que acarreta diversos outros problemas de ordem social, jurídica e até mesmo econômica.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

² Idem. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 13 de mai. 2017.

Com o objetivo de ilustrar o sistema carcerário, Daniel Sarmiento define na petição inicial, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347³, ao compará-la com a obra a Divina Comédia de Dante Alighieri:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Falta assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. [...]

Diante desta situação descrita, se faz pertinente a reflexão dos fatores que contribuem com a formação do estado de superlotação.

Esclarece-se que com a superficialidade na cognição sumária, em razão da simples análise dos autos, conforme dispõe o artigo 310 do Código de Processo Penal⁴, gera por consequência, diversas mazelas sociais, como por exemplo, os possíveis casos de tortura e até mesmo os maus tratos com o indivíduo preso.

É importante ressaltar, que como efeito jurídico, pode-se afirmar a existência de eventual injustiça na aplicação da pena provisória, já que o contato físico do magistrado com o acusado, via de regra, ocorre somente no momento da audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido, conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal⁵, há exigência do recebimento dos autos de prisão em flagrante, não havendo o reconhecimento da necessidade física do acusado neste momento.

Contudo, a dispensa da presença física do acusado, em momento próximo aos fatos, prejudica a sua defesa. Isso porque, deixa de trazer informações minuciosas, referente ao indivíduo preso, e pertinente ao conjunto probatório.

Além disso, não oportuna ao julgador a possibilidade de conhecer a pessoa humana julgada, conseqüentemente, desumaniza o momento de conversão da prisão provisória.

Em razão disso, o sistema cautelar torna-se uma análise objetiva dos autos, prejudicada da análise subjetiva, pessoal do acusado. Assim, as informações provenientes da autodefesa, se tornam violadas neste momento, já que a presença física do acusado é imprescindível ao

³ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

⁵ Vide nota 4.

exercício da ampla defesa, bem como, na melhor compreensão do julgador acerca da materialidade e autoria dos fatos.

Ademais, reconhece-se que o momento é propício para a fiscalização de eventual tortura provocada por policiais na fase investigatória, haja vista a concentração de diligências destes com o objetivo de formar o arcabouço probatório.

Além disso, sabe-se que os policiais ostentam presunção de veracidade na qualidade de agentes públicos. Portanto, o ônus de desconstituir os argumentos a cargo do acusado torna-se dificultoso. Neste sentido, a fiscalização do juiz em relação aos atos praticados por policiais revela-se fundamental para coibir possível tortura.

Neste cenário, o magistrado ao ser privado de contato físico com o preso, incide em uma situação de mínima análise dos fatos orquestrados, o que prejudica a fundamentação da sua decisão.

Outro aspecto relevante que se deve registrar é o gasto econômico que o sistema carcerário arca diante do excessivo número de prisão provisória no país.

Salienta-se que o custo do preso provisório está em torno de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) anuais por preso ao Estado, segundo dados do CNJ⁶, o que reflete diretamente na economia do país, na medida em que, o Estado deixa de investir em políticas públicas relacionadas a saúde e educação, ao passo que redireciona a verba as necessidades de manutenção dos presos em estado de superlotação carcerária.

Desta forma, indaga-se se há justiça na decisão cautelar, sem a presença pessoal do acusado perante a autoridade julgadora. Contudo, o que se vislumbra é a inadequação da substituição da presença física do acusado, substituída por meros autos. Isso porque o momento imediato ao flagrante é o mais proveitoso na colheita de provas, na compreensão dos fatos, além da possibilidade de fiscalização de tortura.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS DO PRESO PROVISÓRIO

É necessário ressaltar os aspectos mais importantes do advento da audiência de custódia no âmbito do território nacional, já que se trata de instituto revolucionário no ordenamento jurídico.

A prisão provisória inserida em um ambiente materialmente desconforme com a Constituição da República Federativa do Brasil⁷, e em desacordo com Pactos Internacionais, carece de um instrumento facilitador dos direitos, sendo criada a audiência custódia, também chamada pelo Ministro Fux e Celso de Mello de “audiência de apresentação”⁸.

A audiência de custódia consiste na garantia que todo indivíduo tem de ser apresentado, sem demora a um juízo ou tribunal que examine a legalidade da prisão, a necessidade de medida restritiva de liberdade, adotando, a máxima efetividade das garantias do preso.

Assim Fux⁹, assevera:

[...] depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto [...].

Desse modo, a audiência de custódia ou de apresentação concretiza o anseio dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil, além de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna Brasileira¹⁰.

Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil em relação à audiência de custódia, desde 1992, são: o Sistema Regional de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São Jose da Costa Rica, previsto no artigo 7, item 5 do Decreto Lei nº 678/1992¹¹ e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, previsto no artigo 9, item 3 do Decreto Lei nº 678/1992¹² no sistema global.

⁷ Vide nota 1

⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

¹⁰ Vide nota 01.

¹¹ Idem. Decreto Lei n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹² Idem. Decreto Lei n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

É importante dizer que o tratamento dado às normas internacionais segundo o STF é de natureza supralegal, conforme jurisprudência citada no STF, em julgamento do HC 96967¹³ que analisou a prisão civil do depositário infiel.

[...]A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. [...]

Em razão de tamanha importância, vislumbra-se não somente, a adequação perfeita da audiência de custódia prevista em Tratados Internacionais em relação ao ordenamento jurídico interno, como também a necessidade de concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988¹⁴.

Nesse sentido, precisamente o artigo 5º, e seus incisos III, XXXV, XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵, disciplinou a vedação a tortura, inafastabilidade do acesso à justiça, comunicação à família do preso, dentre outras determinações. Todavia, a lei ordinária ainda não havia se preocupado com a implementação de um procedimento de apresentação imediata do indivíduo preso a uma autoridade competente, com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais deste acusado.

Assim, o Projeto de Lei do Senado n. 554/2011¹⁶, proposto pelo Senador Antonio Carlos Valadares, ainda em tramitação, preocupou-se em regulamentar a audiência de custódia, prevista nos Tratados Internacionais que o Brasil havia se comprometido.

Em 2014, o estado do Maranhão foi o pioneiro na criação da audiência de custódia, após a intervenção da Corte Interamericana¹⁷ no “caso de Pedrinhas”, logo em seguida, mesmo ano, a importância da implantação da audiência de custódia restou mencionada na Comissão Nacional da Verdade¹⁸.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC96967. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 abril 2017.

¹⁴ Vide nota 01.

¹⁵ Vide nota 1.

¹⁶ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 554, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014. *Medidas provisórias a respeito do Brasil, assusto do complexo penitenciário de Pedrinhas*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 11 de mai. 2017.

¹⁸ REVISTA Forum. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2014/12/10/29-recomendacoes-cnv>>. Acesso em: 13 de mai. 2017.

Já em janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, instituiu o Provimento Conjunto nº 03 de 22 de janeiro de 2015¹⁹, que posteriormente se tornou objeto de questionamento na ADI 5240²⁰, que foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), sob o questionamento de que a audiência de custódia somente poderia ser criada por lei federal, sendo impossível a institucionalização por meio de provimento autônomo. Nesse sentido, teve como fundamento a alegação de vício formal de iniciativa, com base no artigo 22, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹, bem como a violação do princípio da separação de poderes.

Em decisão da ADI 5240²², o Supremo frisou a importância do Pacto de San José da Costa Rica, desde 1992, não havendo que se falar em inovação do ordenamento jurídico, suscitando a suprallegalidade. Assim, a necessidade de condução sem demora a presença de um juiz ou outra autoridade competente deve ser observada, conforme o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos²³.

Além disso, a ADI 5240²⁴ também esclareceu que a quebra de separação de poderes argumentada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) de igual modo, não merece prosperar, eis que a determinação do Provimento n. 03²⁵ tem origem na Convenção de Direitos Humanos²⁶, o que apenas especifica e esclarece o determinado nos tratados, não inovando matéria de Direito, nem sequer invade a competência dos demais Poderes.

Determina ainda que a apresentação do preso ao juiz estaria relacionado a ideia de habeas corpus. Isto é, o direito fundamental a liberdade, pois a essência deste, está no fato de ter contato direto com o juiz para que o julgador pudesse ter acesso pessoalmente ao preso, e visualizar as condições do seu cárcere.

Posteriormente, outro julgado importante foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar n. 347²⁷, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com a pretensão de ser reconhecido o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em inspiração da Corte Nacional da

¹⁹BRASIL. Provimento n. 03, de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=65062>>. Acesso em: 13 de mai. 2017.

²⁰ vide nota 08.

²¹ Vide nota 01

²² Vide nota 08.

²³ vide nota 11.

²⁴ vide nota 08.

²⁵ vide nota 19.

²⁶ vide nota 11.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

Colômbia que havia declarado, sob a denominação “estado de coisa inconstitucional” por afirmar a insuportável violação de direitos fundamentais, com o objetivo de que o Poder Judiciário interfira na estrutura e orçamento do referido sistema.

Dessa forma, a decisão de medida cautelar da ADPF 347, além de reconhecer o estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, ainda deliberou acerca da realização da audiência de custódia em todo o território nacional. Nesse sentido, determinou um marco de grande repercussão institucional em todos os estados da federação, tendo em vista que estabeleceu o prazo de 90 dias para o cumprimento da audiência de custódia, da qual determina o comparecimento do preso perante a autoridade competente no prazo máximo de 24 horas a partir da prisão.

Desse modo, tendo em vista a necessidade de urgência na regulamentação da matéria, o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015²⁸, a qual traça diretrizes básicas a respeito da criação da audiência de custódia, para que não haja discrepância, entre os procedimentos dos estados, buscando, portanto, uniformizá-los.

Assim, estabelece no artigo 1º da Resolução n. 213/2015²⁹, que toda a pessoa presa em flagrante delito, seja apresentada em até 24 horas da comunicação do flagrante, a autoridade judicial competente. Sendo a sua entrada em vigor a partir de 01 de fevereiro de 2016, conforme dispõe o artigo 17 da Resolução n. 213/2015³⁰ do Conselho Nacional de Justiça.

Importante salientar, que a garantia de apresentação física do preso não está necessariamente vinculada a proximidade temporal da prisão em flagrante, já que o artigo 13 prevê que possa se valer da audiência de custódia em momentos diversos da prisão em flagrante.

A criação da Resolução n. 213/2015³¹ do CNJ tem por escopo a efetividade imediata do cumprimento das garantias fundamentais, de modo que não só faça valer a uniformização como também, a mudança de consciência, para que haja uma postura revolucionária de descaracterização do sujeito preso injustamente, por meio de uma análise individualizada, com a necessidade de contato físico do acusado no ato da audiência de custódia.

A análise do prazo de apresentação do preso, previsto na Resolução 213/2015³², trata de aferição casuística, de acordo com eventual hipótese de violação a Convenção. Isso porque a mesma, apenas faz menção ao requisito “sem demora”, e permite que os países signatários,

²⁸ Idem. Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

²⁹ Vide nota 28.

³⁰ Vide nota 28.

³¹ Vide nota 28.

³² Vide nota 28.

tenham a liberdade de acordo com a sua realidade. Isto é, o melhor prazo interno, desde que, com razoabilidade, reconheça a apresentação imediata que os Tratados Internacionais determinam, a exemplo do direito comparado.

André de Carvalho Ramos³³ observa que os países americanos cumpriram um prazo imediato conforme determina os Pactos Internacionais:

[...] Argentina, prazo de seis horas após a prisão em caso de prisão sem ordem judicial; Chile, em casos de prisão em flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor e, caso não seja solto, a um juiz no prazo de 24 horas de prisão; Peru, 24 horas, (...); Colômbia, 36 horas; e México, 48 horas. Assim, o em que pese a indeterminação do conceito “sem demora”, fica evidente que o lapso temporal da apresentação do preso ao magistrado deve ser diminuto, para que seja cumprido o comando dos tratados de direitos humanos acima expostos. [...]

Entende-se como essencial a observância de prazo rápido do preso a autoridade competente, em razão do cumprimento útil da medida de prevenção da qual se pretende efetivar com o objetivo de cumprir as garantias do indivíduo preso.

No Brasil, a doutrina tende a estabelecer o prazo máximo de 24 horas, em razão de já haver a possibilidade de apresentação dos autos em 24 horas conforme artigo 306, §1º do Código de Processo Penal³⁴, e assim, entende a maioria dos estados da federação, exceto Maranhão, o primeiro a regulamentar, que previu o prazo de 48 horas para sua apresentação. Igual modo, Rafael Melo defende o prazo de 48 horas para apresentação do preso³⁵.

Nesse sentido, o artigo 1º da Resolução n. 213/2015³⁶ do CNJ, define a necessidade de apresentação imediata do preso em flagrante delito, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que realizou a prisão ou apreensão.

Ainda no mesmo contexto, é importante mencionar, a possibilidade da implementação da videoconferência, em razão do questionamento da constitucionalidade.

Assim, o cerne das indagações está em validar ou não a fiscalização do magistrado, por meio audiovisual, já que nesses termos, não se tem total análise de eventuais agressões, a dificuldade de atestar a integridade física do preso, mas por outro lado, facilita comunicação do preso com a autoridade competente.

Nesse momento, o que deve ser ressaltado é a proteção da dignidade da pessoa humana, que por instrumento da realização da audiência de custódia, possibilita a presença

³³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 682.

³⁴ Vide nota 4.

³⁵ Mello, Raphael. *Audiência de Custódia no Processo Penal*. 1. ed. Minas Gerais: D' Plácido, 2016, p. 117-118.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 28.

física do acusado, da qual é indispensável para análise efetiva das condições reais do preso, o que por videoconferência se tornaria inócuo.

Todavia, o Provimento 24/2014³⁷ do Tribunal de Justiça do Maranhão, excepcionalmente, prevê a possibilidade da videoconferência, o que relativiza a ideia da uniformização dos tribunais estaduais em território nacional, que a Resolução n. 213 de 2015 do CNJ³⁸ visou realizar.

Convém ressaltar, que tanto a CADH³⁹, artigo 7,5 e o PIDCP⁴⁰ estabelecem o termo “sem demora, à presença do juiz”, de modo que se entende, por presença física e não videoconferência, já que esse desvirtua o sentido fiscalizador da audiência de custódia.

Guilherme de Souza Nucci entendeu, em decisão de HC n. 20161527020158260000⁴¹ que a audiência de custódia pode ser exercida por outra autoridade, diversa do juiz, inclusive Delegado de Polícia, e portanto, já é exercida normalmente no Brasil. Contudo, o restante da doutrina⁴², diversamente, entende que não é compatível ao delegado ser a autoridade competente.

Além disso, é importante mencionar que a tal autoridade deve estar em conformidade com o disposto no artigo 8º, §1º da CADH⁴³, devendo ser independente e imparcial, e estabelecida por lei anterior ao cometimento do fato.

Desse modo, para que se consiga vislumbrar a proteção do preso, bem como a proteção do processo justo, a autoridade judicial, deve ser compreendida de modo a ter independência e imparcialidade, o que diverge do Delegado de Polícia. Portanto, a interpretação da autoridade judicial competente deve restringir a figura do juiz, tendo em vista a natureza imparcial deste cargo.

O magistrado, segundo Gustavo Badaró⁴⁴, realiza um juízo bifronte, isto é, juízo retrospectivo, analisando a legalidade da prisão, e um juízo prospectivo, analisando, assim a

³⁷ BRASIL. Provimento n. 24 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407902/prov_no_24_26012015_1633.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

³⁸ Vide nota 28.

³⁹ Vide nota 11.

⁴⁰ Vide nota 12.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. HC n. 20161527020158260000. Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8445742&cdForo=0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

⁴² NUCCI apud FONSECA ANDRADE, Mauro; ALFEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 79.

⁴³ Vide nota 11.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Audiência de Custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

proporcionalidade da audiência de custódia. Essa fiscalização previne o encarceramento injusto.

De modo a corroborar a necessidade da figura do magistrado, constata-se que a Resolução n. 213/2015 do CNJ⁴⁵, prevê como autoridade judicial, o juiz, e da mesma forma aADPF n. 347, assim como também aADI n. 5240, assim entendeu.

3.A INDISPENSABILIDADE DA OBSERVÂNCIA E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

As garantias do preso provisório merecem especial atenção, quanto aos principais efeitos da audiência de custódia. Nesse sentido, faz-se necessário, a análise do desenvolvimento dos mecanismos para que haja verdadeira proteção à garantia do preso provisório.

Constata-se que a ausência da audiência de custódia permite uma análise superficial da manutenção da prisão cautelar, ao receber os autos de prisão em flagrante, nos termos do artigo 310 do CPP⁴⁶. Por consequência, gera uma prática tendenciosa por parte do juiz em converter a prisão flagrante em preventiva, sem avaliar de modo individualizado as peculiaridades do acusado. Até porque, pouco se tem de substrato a efetivar um juízo cognitivo firme acerca da prisão cautelar, restando somente a fundamentação dos autos.

Salienta-se que com o advento da audiência de custódia, o preso provisório passa a ter a oportunidade de manifestar-se, de modo mais detalhado, conforme dita o exercício da ampla defesa, pois, a audiência corre em momento próximo aos fatos, o que viabiliza de modo mais eficiente a aplicabilidade do relaxamento da prisão, quando verificada a ilegalidade. Além da possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, consoante artigo 310 incisos I e III, do Código de Processo Penal⁴⁷.

Ademais, este momento é oportuno para que o juiz possa analisar por meio do livre convencimento motivado, nos termos do artigo 157 do CPP⁴⁸, a dispensa de fiança, em casos

⁴⁵ Vide nota 28.

⁴⁶ Vide nota 04.

⁴⁷ Vide nota 04.

⁴⁸ Vide nota 04.

que se detecta a hipossuficiência do preso, conforme artigo 350 do Código de Processo Penal⁴⁹.

Também é importante mencionar que através da audiência de custódia, haverá um maior combate a possíveis torturas praticada por autoridades policiais responsáveis, já que esta pratica é tão comum, mas também, difícil de ser coibida, tendo em vista a presunção de idoneidade dos depoimentos das autoridades policiais, que somente seriam afastados caso comprovado o interesse na investigação.

A audiência de custódia não pode ser utilizada para eventuais análises do mérito. Portanto, o preso não pode ser sujeito de julgamento nesse momento, sob pena de violação da sua ampla defesa e contraditório. Não se trata de audiência de instrução de julgamento, devendo o juiz se ater somente às garantias do acusado.

O artigo 8º, inciso VIII da Resolução n. 213/2015⁵⁰ aderiu aos limites cognitivos, estabeleceu:

artigo 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) IV- 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.

Estarão presentes também na audiência de custódia o Defensor Público e o Promotor de Justiça, para que haja a integralização da dialeticidade da audiência. Devendo a presença da defesa ser obrigatória conforme artigos 4º e 6º da Resolução n. 213/2015 do CNJ⁵¹, caso não haja Defensor Público, deverá ser designado um defensor *ad hoc*, para garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A presença dos policiais, não causa problemas, exceto quanto àqueles envolvidos no flagrante, pois ao denunciar maus tratos ou abuso, o ideal é que o preso sinta-se a vontade para explicar a sua versão dos fatos, livre de qualquer receio de represália a sua integridade física.

Esta observância provém do exercício da ampla defesa, já que o momento oportuno para o saneamento de qualquer irregularidade procedimental passa a se concentrar na audiência de custódia. Por conseguinte, o ambiente deste ato deve ser favorável ao que se propõe, de forma que, a ausência de qualquer autoridade intimidadora é fundamental na liberdade do acusado ao se valer das garantias constitucionais.

⁴⁹ Vide nota 04.

⁵⁰ Vide nota 28.

⁵¹ Vide nota 28.

De igual modo, todos os atores processuais, devem se comportar com a finalidade fiscalizadora de irregularidades processuais. Tal conduta, é de suma importância tendo em vista que esta audiência não visa, neste momento, análise de juízo condenatório, pois caso assim fosse, recairia em violação a antecipação dos atos processuais, considerada vício grave.

Assim, deve haver uma postura tanto do magistrado quanto do Ministério Público e Defesa, em colaborar com a repressão de qualquer eventual irregularidade, garantindo ao preso provisório, a segurança de um procedimento justo. Por consequência, resguarda o sujeito processado, e ainda presumidamente inocente de ilegalidade, desnecessidade de prisão ou até mesmo tortura.

A Defensoria Pública tem um papel importante na orientação do preso provisório ao instruí-lo para que consiga desenvolver melhor a sua autodefesa. Dessa forma, deve esclarecer que não se trata de uma audiência com objetivos de aferir a culpabilidade do acusado, mas sim de promover as suas garantias constitucionais, relativas a fase cautelar do processo, a luz do princípio da presunção da inocência, e além de denunciar eventuais práticas de torturas, conforme dispõe o artigo 11 e seguintes da Resolução n. 213/2015 do CNJ.⁵²

Para Caio Paiva⁵³, caso o Defensor Público ao instruir o assistido, perceba que o mesmo não tem condições emocionais de participar da audiência de custódia, em razão do risco de prejuízo a autodefesa, poderá requerer a dispensa da audiência de custódia, desde que o assistido, concorde e renuncie ao exercício do seu direito.

Por outro lado, o ato da audiência de custódia, deve ser conduzida por um juiz de espírito fiscalizador, devendo, assim, ter boa apuração, da qualificação do acusado, circunstâncias da prisão, sem que haja análise da culpabilidade, conforme artigo 8º da Resolução n. 213 do CNJ⁵⁴, apenas no que for pertinente à cautelaridade da prisão. Além disso, o magistrado perceberá peculiaridades do preso, como por exemplo, estado de gravidez, ou algum cuidado especial, como doenças que até então não havia percebido, ou hipóteses previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal⁵⁵, segundo a qual, permite a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

⁵² Vide nota 28.

⁵³ MARANHÃO, Caio Paiva. Associação Nacional dos Defensores Públicos, 2016.

⁵⁴ Vide nota 28.

⁵⁵ Vide nota 04.

Importante mencionar que a não realização da audiência de custódia é causa de relaxamento de prisão, tendo em vista que se trata de formalidade da prisão em flagrante, de modo que a não realização, gera prejuízo.

O projeto de Lei do Senado n. 554/2011⁵⁶, que trata de audiência de custódia, segue paralelamente ao Projeto de Lei do Senado 156/2009, que tomou a forma de Projeto de Lei 8.045/2010⁵⁷ na Câmara dos Deputados e segue a sua tramitação, e instaura o Capítulo II, artigo 14 do Projeto do Novo Código de Processo Penal⁵⁸, a figura do “juiz das garantias”⁵⁹, a fim de proteger os direitos constitucionais assegurados aos presos provisório. Nesse sentido, dispõe, que o juiz das garantias se responsabiliza pelo controle da legalidade da investigação criminal, bem como, pela proteção dos direitos individuais.

É importante dizer que o “juiz das garantias” é uma figura adotada da própria experiência latino americana⁶⁰, da qual se tem um juízo próprio competente para apreciar análise investigativas, em situações evasivas de direitos fundamentais e não se confunde com o juiz sentenciante, que analisa a imputação do acusado.

Essa estrutura já é aplicada em países da América latina, como o Chile, Colômbia⁶¹, acarretando um aperfeiçoamento do modelo sentencial, que é esperado pelo desenvolvimento do Processo Penal brasileiro, com o objetivo, de melhorar as condições do sistema penitenciário, de modo especial, o relacionado ao preso provisório.

Assim, percebe-se que os atores do Poder Judiciário, quais sejam, o juiz, defensor e o promotor, possuem grande responsabilidade na maneira de conduzir o fenômeno, audiência de custódia, já que formalmente estabelecido conforme a Resolução 213/2015 do CNJ⁶², e com o Projeto de Lei do Senado 554/2011⁶³, devem materializa-lo, à luz das garantias constitucionais, e observâncias de tratados internacionais.

⁵⁶ Vide nota 16.

⁵⁷ BRASIL. Projeto de Lei 8.045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=00F8F5432316095D7B66337FE736BCC1.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 13 mai. 2017.

⁵⁸ Vide nota 57.

⁵⁹ Juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado.

⁶⁰ GALLARDO, Eduardo. *Juiz de garantias, audiência de custódia: a experiência Chilena*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2016, 1 DVD.

⁶¹ Vide nota 60.

⁶² Vide nota 28.

⁶³ Vide nota 16.

CONCLUSÃO

Diante de tais considerações é importante frisar a preocupação em ter um cuidado maior com a efetividade das garantias constitucionais por meio da audiência de custódia, já que essa significa um grande instrumento concretizado de proteção ao preso provisório.

Destaca-se que o simples fato do contato visual do acusado com o juiz em momento próximo ao flagrante traduz em verdadeiro exercício de fiscalização de justiça, do qual se coíbe as práticas mais reprováveis, tais como a ilegalidade ou desnecessidade da prisão, e a permissibilidade da tortura policial.

Nesse sentido, deve-se observar as práticas institucionais, a fim de preparar melhor as peculiaridades de cada estado da federação, já que a inovação do instituto exige maior capacitação da estrutura do Poder Judiciário, de modo que o instituto conquiste o alcance de todos.

Por outro lado, o investimento com a qualificação de juízes, defensores e promotores, dentre outras estruturas, faz-se necessário para desempenho do sistema cautelar.

Assim, tendo por consequência a evolução do sistema processual penal, de modo a efetivar as garantias constitucionais, promove maior justiça social, além de proporcionar maior economia com os gastos públicos em razão da superlotação carcerária.

REFERÊNCIAS

BADARÓ. Gustavo Henrique RighiIvahy. *Audiência de Custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 07 mai 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-cedo/wpcontent/uploads/site.>> Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. Decreto Lei n. 592. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Decreto Lei n. 678. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. Projeto de Lei 8.045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=00F8F5432316095D7B66337FE736BCC1.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. Resolução do CNJ n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 abr 2017.

_____. STF. ADI n. 5240/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm>>. Acesso em: 10 abr 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://jota.5555info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>> <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>> Acesso em: 10 abr 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 13 de mai. 2017.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014. *Medidas provisórias a respeito do Brasil, assusto do complexo penitenciário de Pedrinhas*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 11 de mai. 2017.

GALLARDO, Eduardo. *Juiz de garantias, audiência de custódia: a experiência Chilena*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2016.

MARANHÃO, Caio paiva. *Defensoria no cárcere*. Associação Nacional dos Defensores Públicos, 2016.

MELLO, Raphael. *Audiência de Custódia no Processo Penal*. 1 ed. Minas Gerais: D' Plácido, 2016.

MELLO, Raphael. *Audiência de Custódia no Processo Penal: Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011*. 1. ed. Minas Gerais: D' Plácido Editora, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza apud FONSECA, Mauro Andrade; ALFEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no Processo Penal brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

RAMOS, Andre de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.