

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

MAXCILIANO BATISTA PEREIRA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AVANÇO OU RETROCESSO NO CONTROLE DA
LEGALIDADE E NO COMBATE A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?**

VITÓRIA
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

MAXCILIANO BATISTA PEREIRA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AVANÇO OU RETROCESSO NO CONTROLE DA
LEGALIDADE E NO COMBATE A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?**

Artigo científico apresentado ao curso de
Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal

Orientador: Profº Jardel Sabino de Deus

VITÓRIA

2017

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AVANÇO OU RETROCESSO NO CONTROLE DA LEGALIDADE E NO COMBATE A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?

Maxciliano Batista Pereira¹

Profº. Orientador de Conteúdo: Jardel Sabino de Deus²

Profª. Orientadora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins³

Profª. Orientadora de Metodologia: Letícia de Oliveira Ribeiro⁴

RESUMO

O cerne do presente trabalho consiste na averiguação da eficiência do controle da legalidade, nas audiências de custódia, e se tal procedimento tem surtido efeito em seu objetivo principal que é a execução das garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1988 e também em pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, resultando na diminuição da grande população que atualmente existe dentro das penitenciárias brasileiras, inclusive no Estado do Espírito Santo, em que há pouco tempo foi destaque nacional, através da mídia, devido à precariedade em que se encontravam os presos dentro de contêineres.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Garantias Constitucionais; Diminuição da População Carcerária; Controle da Legalidade.

ABSTRACT

The core of the present work is nothing more than an investigation of the effectiveness of legality control in custody hearings and whether such procedure has had an effect on its main objective, which is the execution of the fundamental guarantees set forth in the Federal Constitution of 1988 and also in international pacts of which Brazil is a signatory, such as the Pact of San José de Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights, resulting in the reduction of the large number of prisoners that currently exists within Brazilian penitentiaries, including Espírito Santo State, where a short time ago was a national highlight, through the media, due to the precariousness of prisoners inside containers.

Keywords: Custody Hearing; Constitutional Guarantees; Decrease of Prison Population; Control of Legality.

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. E-mail: maxcilianobatista@hotmail.com

² Advogado, Mestrando em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor Universitário. Email:

jardelitodedeus@gmail.com

³ Advogada, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professora Universitária. Email: mriosmartins@terra.com.br

⁴ Advogada, Professora, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Email: lele.stabauer@gmail.com

INTRODUÇÃO

Antes da existência da audiência de custódia, o preso, na maioria das vezes, até conseguir ficar frente a frente com o Juiz, levava meses ou até anos para ter o primeiro contato com a autoridade judiciária para uma análise dos fatos e, durante todo este tempo, o indivíduo aguardava, mesmo antes do trânsito em julgado, e às vezes até mesmo antes de ser denunciado, pelo encontro já dentro do sistema penitenciário. Dessa forma, muitas prisões eram realizadas de forma desnecessária ou ilegal, o que fez com que o cárcere se tornasse algo banalizado, tornando a restrição da liberdade à primeira opção em detrimento das medidas cautelares, não respeitando a integridade psicológica nem física daqueles indivíduos que estavam sendo colocados na prisão, tendo sua liberdade cerceada sem ao menos uma análise prévia dos fatos.

Alguns dos motivos para que a consequência fosse o fato acima narrado era do Estado não conseguir controlar a quantidade de presos que entravam nas prisões, as fundamentações de forma genérica feito pelo poder judiciário e a violação dos Direitos Humanos inerentes a todo indivíduo como, por exemplo, os maus tratos e as torturas ocorridas desde o momento da detenção até dentro dos próprios sistemas prisionais.

Todos esses motivos causaram traumas e deixaram sequelas em todos aqueles indivíduos que, dentro de um sistema moderno e protetor de garantias, trabalharia o máximo para que esses danos não ocorressem. Dessa forma, o indivíduo que era detido e colocado dentro do sistema penitenciário antes do trânsito e julgado, e as vezes antes mesmo do oferecimento da denúncia, permanecendo neste ambiente por um prazo de tempo considerável e depois por algum motivo como, por exemplo, ser julgado inocente no fim do processo, o impacto psicológico, emocional, a violência física sofrida e as moléstias adquiridas por esse indivíduo dentro do sistema penitenciário causava danos irreversíveis ou de difícil reparação para ele e também para as pessoas que fazem partem do seu ciclo social, pois a prisão é antes de tudo um trauma e não apenas para aquele que a sofre, mas também para sua família e amigos.

Pior ainda acontecia quando o indivíduo voltava para as ruas, visto que em alguns casos a mídia noticiava o fato, condenando o sujeito sem o devido processo legal, sem o direito da ampla defesa e contraditório, passando por cima da presunção de inocência, e dando seu parecer de qual pena caberia ao indivíduo sem antes ter a certeza da existência do crime e/ou de indícios e vestígios. Tal opinião poderia fazer com que aquele sujeito fosse considerado culpado pela sociedade, no papel de “carrasco” feito pela mídia. Sendo absolvido, ele agora volta à sociedade que o reconhece como o marginal de alta periculosidade visto nas telas das televisões através dos telejornais, ou das capas de jornais, por um crime na qual ele não foi condenado por não ser o autor ou por não ter qualquer tipo de ligação com a ação criminosa que o colocou dentro do sistema penitenciário, ignorando-o como um cidadão integrante de uma família que foi colocado de forma arbitrária pelo Estado dentro do sistema penitenciário, deixando ele e sua família numa situação frágil devido às consequências deste pré-julgamento.

Como o Estado não conseguia controlar o alto número de pessoas que adentravam ao sistema prisional, na qual ocasionava uma superlotação em vários presídios, as muitas fundamentações de forma genérica dadas pelos juízes, o alto número de presos provisórios, o alto custo para manutenção dos presídios, o descumprimento das garantias constitucionais, e etc. fez com que o Conselho Nacional de Justiça realizasse, em 2008, um Mutirão Carcerário, onde vários juízes percorreram os estados para analisar as situações processuais das pessoas que cumpriam penas, com o objetivo de tentar regularizar ao máximo o a situação das execuções penais, aliviando as superlotações dos presídios e reduzindo os gastos. Nesse Mutirão cerca de 400 mil processos de presos foram analisados, sendo 80 mil benefícios concedidos e 45 mil presos postos em liberdade. Entretanto, isso resolveu momentaneamente a questão da superlotação carcerária e da luta pelas garantias dos indivíduos que se encontravam dentro do sistema penitenciário, sendo necessário algo mais concreto para a proteção dessas garantias.

Assim, já era notada a necessidade da criação de uma nova política que pudesse garantir a essas pessoas mais respeito e garantias, criação de um ato que pudesse acabar com essa política de encarceramento em massa, preservando as garantias fundamentais ao indivíduo no momento da prisão, em especial a prisão em flagrante

delito, fazendo com que o preso fosse apresentado à autoridade competente o mais rápido possível para averiguar a real necessidade da manutenção ou legalidade da prisão.

A prática de apresentar o preso sem demora a uma autoridade judiciária recebeu o nome de Audiência de Custódia, também conhecida como Audiência de Apresentação, que veio a se concretizar através do projeto realizado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça. A partir de então, o indivíduo detido deve ser apresentado à autoridade judiciária para apreciação da legalidade da prisão, e caso não seja constatado tal legalidade ou necessidade deverá ser anulada, relaxada ou aplicada uma medida cautelar como pena adversa a pena de prisão.

Por isso a importância de num Estado Democrático de Direito, como no caso do Brasil, o Direito Processual Penal pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição, que traz diversos preceitos que dizem respeito especificamente ao processo penal, fazendo com que os Direitos Humanos não sejam tratados como artigos de luxo ou regalias para determinadas classes sociais ou alguns tipos de crimes.

1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em fevereiro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apresentou e fez o lançamento do projeto da Audiência de Custódia que consiste na garantia da rápida apresentação, prazo máximo de 24 horas, do indivíduo ao Juiz nos casos de prisões, em especial, a flagrante delito. A concepção é de que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo Juiz em uma audiência na qual serão ouvidos o Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado do preso. (CNJ, 2015)

De forma muito parecida conceitua Guilherme de Souza Nucci sobre as audiências de custódia,

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento (NUCCI, 2016, p. 1118).

Dessa forma, a audiência de custódia pode ser entendida como o procedimento de avaliação realizado por uma autoridade judiciária competente que analisará a legalidade da prisão em flagrante. Nessa avaliação são observadas a legalidade, a necessidade e adequação da medida, bem como as circunstâncias que a ocasionaram e, caso o magistrado entenda por não ser o encarceramento a medida mais adequada, poderá este aplicar outras medidas cautelares diversas da prisão que assegurem o comparecimento do conduzido ao longo da persecução penal, ou que seja concedida liberdade provisória, sem prejuízo da presença de um defensor público ou de um advogado.

Ainda na audiência de custódia será observado se o preso foi submetido à tortura ou maus tratos pelas forças policiais durante a realização da prisão. Algumas das finalidades da audiência de custódia são reveladas, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

[...] não apenas à averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP (LIMA, 2015, p.927).

Entretanto, intensos debates têm surgido sobre a legalidade, validade e funcionalidade, este será visto no próximo capítulo, das audiências de custódia, repercutindo de forma considerável no Direito Processual Penal brasileiro. Apesar de ainda não se ter uma lei estabelecendo sua existência ou o modo de seu procedimento, a conceituação e a validade são extraídas a partir de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a saber: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP),

todos já promulgados no ordenamento jurídico nacional, por meio dos Decretos nº 678/1992 e 592/1992, respectivamente, ganhando força de normas supralegais.

O art. 9º, item. 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York:

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. (BRASIL, 1992)

Essas normas internacionais foram incorporadas no ordenamento jurídico do Brasil desde o ano de 1992, dando a seguinte redação ao art. 306 do Código de Processo Penal, a partir da Redação dada pela Lei Nº 12.403/2011:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e a família do preso ou a pessoa por ele indicada.

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

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (BRASIL, 2011)

Quanta à questão da constitucionalidade ou não das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, está resta superada pelo que impõe, como norma supralegal, o art. 7º, item 5 e 6 do Pacto de São José da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Veamos o art. 7º, item 5 e 6 do Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

[...]

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

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a

recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. (BRASIL, 1992).

Ressalte-se que o conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, proteger. Nessa esteira, o instituto visa proteger, resguardar os direitos inerentes à pessoa do preso, pois consiste na sua condução, sem demora, à presença de uma autoridade judicial. Há, portanto, o controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

Assim, a Audiência de Custódia possibilitou ao preso de ter contato direto com o Magistrado para narrar sua versão dos fatos, relatar se houve maus-tratos, tortura ou excessos cometidos no momento da prisão que não foram comunicados dentro do Auto de Prisão em Flagrante Delito feito pelo delegado de polícia sem, contudo, entrar no mérito da ação ou analisar provas materiais.

Mister se faz saber que, apesar de o projeto de audiência de custódia ter dado início em 2015, o Brasil assinou e ratificou os tratados internacionais no ano de 1992 e, após a aprovação pelo Congresso Nacional, tais institutos passaram a ter força normativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos veio para reforçar as garantias na ordem interna da República Federativa do Brasil que, conforme a Carta Magna de 1988 se tornou um Estado Democrático de Direito, como dispõe Flávia Piovesan,

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais ou quando estes reproduzem preceitos enunciados na ordem internacional – ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna. (PIOVESAN, 2013, p. 170)

Apesar de tardia a implantação da audiência de custódia que, em tese, está em vigor no ordenamento jurídico interno desde 1992, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, já trazia algumas garantias, dentre eles se destacam o artigo 5º da Lei

Maior, que trata dos direitos e garantias fundamentais que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada”, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória” e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), visando garantir o mínimo de tratamento adequado a todo cidadão, para que este não venha a sofrer nenhum dano por falha ou abuso de poder por parte do Estado, e que possa gerar um dano irreversível ou de difícil reparação, pois a prisão é antes de tudo um trauma, não apenas para aquele que a sofre, mas também para as pessoas próximas de seu convívio.

As audiências de custódia só foram divulgadas de forma mais ampla depois da implantação do projeto pelo Conselho Nacional de Justiça, através do PL554/2011 que alterou o parágrafo primeiro do art. 306 do Código de Processo Penal. Mas, bem antes disso é possível notar um pensamento mais humanizado, de forma a dar ao indivíduo detido uma garantia maior de seus direitos.

O Código Eleitoral de 1965 que já previa em seu art. 236, parágrafo 2, que “ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coautor”. Este procedimento descrito no Código Eleitoral seria algo similar às audiências de custódia, visto que sua finalidade está na rápida apresentação do indivíduo preso ao juiz para uma análise, a *prima facie*, sobre a necessidade e legalidade da prisão.

E não é somente este dispositivo que já tinha um “pezinho” no futuro do Brasil. O Estatuto da Criança e do Adolescente de julho 1990 também já dava uma garantia do que mais tarde viria a se consolidar como audiência de custódia ao mencionar em seu art. 171, que todo adolescente preso por ordem judicial será, desde logo, apresentado a autoridade judiciária.

Mas, infelizmente, apesar de já estar presente no Código Eleitoral e no Estatuto da Criança e do Adolescente, esse dispositivo não alterava o sistema processual penal brasileiro na qual era de grande necessidade e urgência em se modernizar e assim

se igualar com os Tratados Internacionais, tornando a legislação adequada a impedir abusos por parte do Estado contra os sujeitos mais vulneráveis, o que aconteceu somente no ano de 2015 com o projeto do Conselho Nacional de Justiça, deixando o Estado mais moderno e protetor dos princípios e garantias inerentes a todo indivíduo, inclusive aquele anda a margem da sociedade.

Por isso a importância de num Estado Democrático de Direito, como no caso do Brasil, o Direito Processual Penal deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição, que traz diversos preceitos que dizem respeito especificamente ao processo penal, fazendo com que os Direitos Humanos não sejam tratados como artigos de luxo ou regalias para determinadas classes sociais ou alguns tipos de crimes.

2 ASPECTOS PRÁTICOS RELACIONADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Como já foi dito no presente trabalho, a Audiência de Custódia é o resultado do ordenamento jurídico interno somado com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que veio para garantir ao indivíduo preso a oportunidade de ficar frente a frente com o Juiz no prazo máximo de 24 horas, inclusive sábado, domingo e feriados, para que possa ser analisada a legalidade e necessidade da manutenção da prisão, sendo esta considerada a última instância, ou *ultima ratio*, por parte do Estado que deve evitar inserir um indivíduo dentro do sistema penitenciário por diversos motivos, sendo dentre eles o fato de o crime cometido ser de menor potencial ofensivo onde o preso ficará junto, na maioria das vezes, com presos de alta periculosidade, fazendo com que esse indivíduo se torne ainda mais ofensivo para a sociedade, pelo fato da presunção da inocência, onde, além de se fazer necessário, pelo menos, a condenação em segunda instância para que o indivíduo inicie o cumprimento de sua pena, conforme entendimento do STF, (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016) e também pelo alto custo pela construção, manutenção e demais despesas que se tem com as cadeias e com os presos.

Assim, caberá ao juiz analisar a prisão sob o aspecto do controle da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão

de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades, trazendo a questão da prisão para um lado mais humanitário, conforme afirma Aury Lopes Júnior,

Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva). Também evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que o interrogatório judicial é o último ato do procedimento).(…) Trata-se de uma prática factível e perfeitamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisa-los, fará uma rápida e simples audiência com o detido (LOPES JUNIOR, 2016, p.637).

Também existe a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

Assim, com a implementação da audiência de custódia, sempre que um indivíduo é detido, será lavrado pela autoridade policial o Auto de Prisão em Flagrante Delito, que encaminhará os autos ao juiz para que o preso seja encaminhado até a autoridade judiciária que realizará a audiência de custódia, na qual participaram o Juiz, o Ministério Público, através da pessoa do promotor de justiça, o acusado e seu advogado ou, não podendo este, por um defensor público.

Até aqui já foi possível perceber que realmente existe a necessidade da celeridade processual e da razoável duração do processo na esfera criminal, garantindo ao preso uma análise quase que imediata da legalidade de sua prisão, a necessidade da manutenção da medida cautelar ou pela soltura. Não obstante, na prática a sensação é de que isso não tem funcionado.

A televisão e os jornais investem quase todo seu tempo e suas páginas, respectivamente, pra falar de crimes e da falta de segurança que assombra nosso país nos últimos tempos. Com isso a população cria uma visão de que a audiência de custódia é a responsável pela falta de punição aos indivíduos que andam a

margem da sociedade, cometendo crimes e sem medos das punições que o Estado pode usar, o que acaba resultando num pedido desesperado por parte da sociedade numa reforma penal que atenda seus anseios dando penas mais severas aqueles que não querem conviver dentro dos limites estabelecidos pelas normas, para que assim se construa uma sociedade de bem-estar social, como se o direito penal fosse o remédio para todo o mal que existe em nosso país.

Não se pode negar a necessidade de um Direito Penal dinâmico, que evolua junto com a sociedade, mas querer que o Direito resolva todas as mazelas da sociedade, isto faz levantar uma pergunta: será que o indivíduo que sofre algum dano devido ao descumprimento das normas por um delinquente, acredita que sendo o delinquente punido através de penas mais severas inseridas campo do Direito Penal irá trazer mais paz para a sociedade ou ele apenas quer satisfazer o seu desejo de vingança, combatendo o mal com o próprio mal? Sobre o tema, Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa ensinam que:

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

E não é só a população civil que têm essa desconfiança. Muitos policiais militares têm dúvida da real finalidade das audiências de custódia, se ela foi feita para garantir e preservar os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo cidadão ou se ela foi feita como uma “válvula de escape” para simplesmente diminuir a população carcerária, com o intuito de baixar os gastos com presídios ou melhorar dados estatísticos. De forma similar pensa Nucci ao fazer críticas à audiência de custódia, colocando possíveis motivos para o surgimento do projeto,

[...] sabe-se haver a velha política criminal para “dar um jeito” na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva (NUCCI, 2016, p. 1119).

A dúvida aumenta ainda devido a outros dois fatores. O primeiro é que existe um percentual muito grande de presos que são soltos após a audiência de custódia.

Segundo estatística, desde o início do projeto em 21 de maio de 2015 até o mês de março de 2016, no estado do Espírito Santo, mais de 4.231 mil audiências foram realizadas. Do total de 5.369 presos foram apresentados ao juiz, sendo que desses 2.347 voltaram às ruas, ou seja, mais de 43% dos presos tiveram liberdade provisória, e destes 43%, quase 70% voltam a cometer crimes, ou seja, 7 a cada 10 indivíduos presos em flagrante delito voltam a cometer crimes após saírem da cadeia (SEJUS, 2016).

O segundo é que o artigo 11 da Resolução Nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que trata da Audiência de Custódia, descreve que a mera declaração da pessoa em flagrante delito de que foi vítima de tortura ou maus tratos são suficientes para instauração de investigação. Não que o agente público ao extrapolar as suas atribuições como, por exemplo, a tortura deva ficar impune por tal ato. Pelo contrário, num Estado Democrático de Direito é dever das instituições públicas, através de seus agentes, cumprir e fazer cumprir a lei, agindo dentro da legalidade, devendo toda conduta contrária à legislação ser investigada e combatida, da forma mais transparente possível, principalmente quando o autor é um agente público.

Porém, o que chama atenção dessa classe é a ausência de confiabilidade mínima na atuação do policial perante um sistema que não lhe confere as condições de exercer suas funções. Pois, se o Estado é o detentor do uso legítimo da força, ou *jus puniend*, nas situações na qual se faz necessário, não é coerente ao legislador criar ferramentas que não autorizam certas ações coercitivas por parte daquele, criando uma antinomia jurídica, na qual pode levar até a falência da instituição pública.

Soma-se a isto a possibilidade do preso estar tentando macular a imagem do profissional da segurança pública devido ao fato de que com o passar do tempo trabalhando-se numa mesma região, o policial passa a conhecer os marginais daquela localidade e vice-versa, e assim, talvez, tenha total intenção de somente prejudicar aquele policial que tem enfrentado diuturnamente o crime, fazendo com que ele fique desmotivado em cumprir sua missão constitucional, além de desacreditá-lo do funcionamento das instituições públicas, inclusive as policiais.

Em outras palavras, se o policial militar que obedece ao princípio do uso progressivo e moderado da força, buscando sempre agir de forma proporcional e dentro da lei para com aqueles que oferecem resistência durante ou após cometimento de crimes, usando de técnicas e tecnologia menos letais até a da força letal, quando estritamente necessário, para cessar uma injusta agressão ou ameaça letal por parte do cidadão marginal, fica vulnerável a esse tipo de denúncia, por muitas das vezes infundadas que podem causar vários tipos de transtornos em seu serviço e trazer prejuízos em sua carreira, fazem com que esses profissionais tenham uma insegurança e desmotivação muito grande no momento de sua ação.

3 DOS AVANÇOS E DESAFIOS NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Brasil nos últimos anos tem enfrentado uma crise na segurança nacional muito grande, vivendo uma guerra urbana em todos os cantos do País. Essa violência desenfreada tem aumentado muito devido a desigualdade social numa nação que, apesar de estar entre as dez potências econômicas mundiais, vive uma onda muito grande de desemprego e corrupção nunca vista antes.

Outro fator que também contribui para o aumento da criminalidade é a facilidade de entrar para o mundo do crime, o rápido acúmulo financeiro obtido através de atividades ilícitas, entre outros, o que acaba por atrair muitas pessoas, principalmente os mais jovens que na tentativa de se encaixar nos padrões colocados pela sociedade e para serem inseridos em algum ciclo social, entram para o mundo do crime.

A sensação de insegurança, a facilidade de entrada para o mundo do crime e o alto número de reincidência criminal fez com que muitos brasileiros ficassem desacreditados na Justiça e de que seria necessário a criação de um Código Penal mais moderno, com penas mais longas e mais severas, que pudesse de fato diminuir a criminalidade que tem assombrado nosso país, tirando aquele sujeito infrator por um período de tempo muito maior do seio da sociedade, ou colocando penas que atualmente até são proibidas dentro do nosso país, como a pena de morte.

Já foi falado anteriormente, no presente trabalho, que o Código Penal precisa ser modernizado com criação de leis e normas que atendam o clamor da sociedade. Um bom exemplo disso é a Lei dos Crimes Cibernéticos, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, e a Lei Maria da Penha, na qual vieram a contribuir de forma muito positiva para o nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, o que parece estar sendo pedido pela sociedade é que leis mais severas sejam criadas para que assim cada vez mais indivíduos sejam colocados dentro do sistema penitenciário, e que de preferência não saiam mais de lá, como se isso fosse revolver o problema do país que já se encontra nas primeiras posições entre os países que possuem a maior população carcerária do planeta, tratando aqueles que não tiveram a assistência do Estado como se fossem animais irracionais, desprovidos de dor, sentimento, vergonha ou arrependimento, e que por isso não merecem viver numa sociedade, como se não bastasse punir o corpo do indivíduo, querem também alcançar sua alma e aprisioná-la no mais profundo vazio da escuridão, como descreve Foucault,

Ao analisar as práticas sobre o corpo no contexto punitivo, esclarece que: Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução da intensidade? Talvez. Mudança do objetivo, certamente. [...] Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dirse-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Malby formulou o princípio decisivo: Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo.[...] Momento importante. O corpo e o sangue, velhos partidários do fausto punitivo, são substituídos. Novo personagem entra em cena, mascarado (FOUCAULT, 2009, p.21.).

Mas essa não é a forma correta de se fazer para que haja uma mudança cultural no nosso país, principalmente no que tange a segurança pública e ao sistema prisional. O fato de se criar leis mais severas para aqueles que andam a margem da sociedade que não cumprem com a ética, a moral e os bons costumes que lhe foram colocados pela sociedade, muito menos obedecem às normas que lhe são impostas pelo Estado, não parece ser o melhor caminho para que essa atual situação seja estabilizada ou que comece a apresentar melhores resultados, pois se prender fosse

sinônimo de melhores resultados, diminuição da violência, os dados já deviam ter mudado há algum tempo.

A resposta para isso pode ser encontrada num ordenamento mais humanitário, que não fique só no papel, enxergando aquele indivíduo marginal como uma pessoa que precisa ser (res)socializado, e não apenas ser castigado pelo seu erro, mas sim orientado sobre sua conduta no seio da sociedade, explicando seus direitos e, principalmente, seus deveres como indivíduo participante do crescimento de um país e de uma sociedade de bem-estar social, sendo preparado através de cursos e instruções dentro do próprio sistema prisional, que lhe garantirá o seu retorno a sociedade de forma efetiva e assim não volte mais a cometer crimes, conforme aponta o professor Zacarias:

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena. (ZACARIAS, 2006, p.61)

Isso se torna ainda mais claro quando é feita uma análise da nossa Lei Maior que ficou conhecida como “Constituição Cidadã”. Sua promulgação foi após um período de Ditadura, sendo este um dos momentos mais marcantes na história do Brasil, onde militares tomaram o poder e durante o controle do país foi emitido um decreto intitulado Ato Institucional nº5 (AI-5), que durou de 1968 a 1978, onde foi notícia internacional devido à agressividade contra as garantias como, por exemplo, os direitos políticos e civis retirados, fechamento do Congresso Nacional, direito como o habeas corpus suspenso e etc. A “Constituição Cidadã” veio para assegurar a todos os cidadãos brasileiros garantias e assistência social, inclusive aqueles que se encontram em cumprimento de pena.

Nascida em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil vem para mudar o rumo do País, dando mais garantias para que todo cidadão tenha uma vida digna, colocando logo em seu art. 1º que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, no art. 3º na qual dispõe que seus objetivos principais são construir uma sociedade livre, mais justa e igualitária,

garantido o desenvolvimento nacional, para assim erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sócias e regionais, sendo garantido a todo cidadão, como Direitos Sociais, acesso a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, garantido estes últimos no art. 6º da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Então como pode cobrar tanto de um indivíduo que, tirando a força coercitiva do Estado, ainda não teve acesso a outro serviço que é disponibilizado por este, e quando tem acesso ainda é de forma muito precária. Pois com base em dados estatísticos, o perfil da população presa no Brasil é de indivíduos jovens, com baixa escolaridade, de cor negra, da classe de renda baixa e de áreas de periferia (CNJ, 2016).

Assim, fica evidente que antes da existência da audiência de custódia o sistema prisional funcionava mais como um “aspirador social”, sendo seu papel único e exclusivamente de reprimir e criminalizar a pobreza, ascendendo à desigualdade social, fazendo uma seletividade econômica, visto que muitos dos presos que se encontravam dentro do sistema prisional eram réus primários, analfabetos ou semianalfabetos, da classe de renda baixa, que cometeram crimes menos violentos como, por exemplo, o de drogas e pequenos furtos.

O projeto da audiência de custódia, cujo objetivo é adequar o Código de Processo Penal brasileiro aos Tratados Internacionais de qual o Brasil é signatário, veio então trazer a proteção ao preso, resgatando sua dignidade através da oportunidade de ter um encontro com uma autoridade judiciária logo após a realização de sua prisão, mesmo sendo um objeto restrito, na qual não haverá interrogatório e nem apresentação de provas nesse momento processual, mas uma proteção indireta por parte dos Estados em relação ao indivíduo, ser mais vulnerável, para que não ocorra injustiça, conforme aponta Mazzuoli,

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.). Os Estados têm o

dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido (MAZZUOLI, 2013, p.33).

É notório que tal medida pegou muita gente de surpresa, gerando discussões no campo da área penal. O PLS 554/2011 e a Lei 12.403/2011 trouxeram mudanças significativas. Por ser um assunto novo e por trazer uma ideia renovadora, que está tentando mudar a cultura de encarceramento que existe no Brasil, ainda há um caminho longo para andar.

Pode ser possível notar isso se for analisado os processos dos juízes que, antes da existência da audiência de custódia, sempre prenderam e os que sempre soltaram. Se for analisado poderá ser visto que as decisões de cada tipo de magistrado ainda continua indo pelos mesmos caminhos da condenação ou da absolvição.

Um assunto também que está sendo discutido é sobre as outras medidas cautelares diversas da prisão que à autoridade judiciária pode usar com a finalidade de que o indivíduo possa responder em liberdade, comparecendo em todos os atos até o final do processo. Uma dessas medidas seria a do monitoramento eletrônico, através das tornozeleiras eletrônicas, na qual o indivíduo fica sob vigilância por um sistema tecnológico moderno que dá o lugar onde indivíduo possa estar.

Um dos argumentos contra essa medida é a de que, se o Brasil está tentando se moldar, mesmo que atrasado, as normas internacionais de direitos humanos do qual é signatário e também agir de conformidade com a Constituição que em seu art. 5º, incisos X, XLIX, no qual diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988), respectivamente, sendo a tornozeleira eletrônica um mecanismo difícil de ocultar, está expõe a pessoa a vários tipos de constrangimento, colocando em risco sua integridade física e moral, e ainda dificulta sua inserção no convívio social, podendo fazer com que o tiro saía pela culatra e, invés de reintegrar, afastando ainda mais a sociedade desse indivíduo.

CONCLUSÃO

Ainda somos um país novo comparado ao resto do mundo e, principalmente, aos países europeus. Mas apesar do Brasil ser tão jovem, ele tem dado exemplos mundo a fora sobre proteção e garantias no que tange aos Direitos Humanos. O momento é de andar pra frente. A história faz parte de qualquer civilização que queira evoluir, não podendo esquecer-se dos difíceis momentos que sua população enfrentou. Contudo não se pode parar no passado e ficar lamentando sobre o ocorrido. É necessário ir para frente.

As audiências de custódias chegaram para proteger os menos favorecidos e dá-lhes assistência contra os abusos cometidos pelo próprio Estado, tornando-os mais difíceis, entretanto não extintos. Ainda há muito a melhorar. O primeiro passo foi dado e agora começa uma caminhada a curtos passos rumo à civilização humanitária.

Como o tema ainda é muito discutido e existe uma duvida grande sobre a real eficiência do projeto, ele somente foi implantado nas capitais dos Estados, sendo o Espírito santo atualmente o único Estado a interiorizar a audiência de custódia. É necessário que os municípios de todo Brasil tenha acesso à audiência de custódia ou que ela possa ser feita na comarca mais próxima, para que o indivíduo preso possa ter um primeiro encontro o mais rápido com a autoridade judiciária.

É preciso esvaziar as cadeias de pessoas. Muitos indivíduos ainda são colocados dentro do sistema penitenciário sem necessidade, seja por que a prisão é ilegal ou por que outra medida cautelar diversa da prisão seria o suficiente para resolução do conflito. A prisão realmente precisa ser a *ultima ratio*, fazendo com que aquele individuo só seja afastado da sociedade se necessário for. Bons exemplos para isso tem dado a Holanda e a Suécia, que tem fechado prisões devido a diminuição de condenados, enquanto que no Brasil está cada dia que passa se abrindo mais prisões e fechando escolas, o que não é um bom sinal para o futuro do País.

Não é necessário ter cadeias superlotadas para se tornar uma nação desenvolvida, mas são necessários que os serviços básicos sejam disponibilizados a todos,

inclusive aqueles que se encontram com sua liberdade cerceada, trazendo uma sociedade mais justa, o que pode diminuir a onda de violência enfrentada no país, visto que um dos motivos desigualdade social.

Garantir ao preso uma assistência e direitos que inibem maus-tratos, torturas e violências, não é compactuar com ações criminosas, mas sim de ter a esperança num Estado melhor que se constrói respeitando o próximo e dando a este proteção e dignidade para que possa usufruir de uma vida plena numa sociedade, tendo a consciência de que é melhor prevenir o crime do que reprimi-lo, alcançando, assim, o estado bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom De. Audiência de custódia Avanços e desafios. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Resolução 213, de Dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 13 de jul de 2017.

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

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional obre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 de jul. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Secretaria Geral da Presidência da República. Brasília, 2015.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 554/2011. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 10 de jul. de 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATÃO, Marconi do Ó. A Monitoração Eletrônica De Presos No Brasil: Colisão De Princípios Constitucionais. *Revista Dat@venia* V.5,Nº1(Jan./Jun.)2013. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3500-10395-1/1938>. Acesso em: 21 de set. de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ, TJSP e Ministério da Justiça lançam Projeto Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam>. Acesso em: 10 de jul. de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Histórico. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mutirão. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em: 14 de out. de 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>
. Acesso em 10 jul. 2017.

COSTA, Danilo da Rocha. Das penas e das teorias da pena. Disponível em: <https://danilorochacosta16.jusbrasil.com.br/artigos/240511818/das-penas-e-das-teorias-da-pena>. Acesso em: 22 de jul. de 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramalhete. 37. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em 20 de ago. de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte#_ednref2. Acesso em 27 de jul. de 2017.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>. Acesso em: 27 de jul. de 2017.

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

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª edição. RT, São Paulo, 2013.

NOBRE, Deison de Souza. Estudo sobre a audiência de custódia: previsão normativa, funções e consequências para a efetivação de um juízo de garantias na persecução penal. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/estudo-sobre-a-audiencia-de-custodia-previsao-normativa-funcoes-e-consequencias-para-a-efetivacao-de-um-juizo-de-garantias-na-persecucao-penal-por-deison-de-souza-nobre/>. Acesso em: 29 de jul. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudhdireitos-civis.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre Morais Da. A audiência de custódia como ela é ou pode ser. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/a-audiencia-de-custodia-como-ela-e-ou-pode-ser-por-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em 03 de ago. de 2017.

SENADO Noticias. CCJ aprova prazo para apresentação de preso em flagrante ao juiz. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/05/ccj-aprova-prazo-para-apresentacao-de-preso-em-flagrante-ao-juiz>. Acesso em 18 de jul. de 2017.

SUPREMO TRIBUNAO FEDERAL. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 02 de set. de 2017.

UOL Notícias. Brasil tem a quarta maior população do mundo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoas-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>. Acesso em: 03 de ago. de 2017.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Execução Penal Comentada*. São Paulo: Tend Ler, 2006.