

ANNA PAULA AMORIM MACEDO

**A VIABILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
NO BRASIL**

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI-MG
2015

ANNA PAULA AMORIM MACEDO

**A VIABILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Gylliard Matos Fantecelle

TEÓFILO OTONI – MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI-MG
2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

A Monografia intitulada: “A viabilidade de implantação da audiência de custódia no Brasil”,

elaborada pela aluna ANNA PAULA AMORIM MACEDO

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdade Unificadas Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Teófilo Otoni, 23 de novembro de 2015.

Gylliard Matos Fantecelle

Igor Alves Noberto Soares

Juvenal Martins de Souza Júnior

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui, pois diante de tantas barreiras que se levantaram ao longo desses cinco anos de curso pensei que não iria conseguir.

Aos meus pais, os maiores incentivadores da minha vitória, as bases e fundamento das minhas conquistas.

Aos meus amigos que acreditaram em mim e reconheceram meu potencial mesmo quando eu não podia enxergar.

Agradeço ao universo por harmonizar os pilares essenciais para se viver bem. Até aqui Deus tem me ajudado!

RESUMO

O presente trabalho intitulado como “A viabilidade de implantação da Audiência de Custódia no Brasil” é concentrado na área do Direito Processual penal e tem por objetivo defender a implantação de um novo modelo de audiências dentro do ordenamento jurídico criminal do Brasil. O principal enfoque desta audiência é dar uma decisão judicial sobre a prisão em flagrante efetuada num prazo máximo de 24 horas. É uma pesquisa de cunho qualitativo e descritivo, pois busca identificar fatores que contribuem para a discussão do tema abordado, teórico-dogmática, pois baseará sua fundamentação em livros, artigos, teses e dissertações para subsidiar a análise dos dados coletados. Ademais, a partir da leitura deste escrito denota-se que restou provado que é possível a realização desta audiência no Brasil, uma vez que os objetivos da referida suprem as necessidades que existem sobre as prisões em flagrante e principalmente porque tal viabilidade foi determinada pelos órgãos determinantes do direito brasileiro.

Palavras chave: Prisão provisória; Direito Humanos; Direito Internacional; Audiência de Custódia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	8
1.1 ORIGEM LEGAL E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA	8
1.2 CABIMENTO SEGUNDO OS TRATADOS INTERNACIONAIS	10
1.3 PROCESSAMENTO PRÁTICO	13
1.4 O MODELO DE SÃO PAULO	18
2 OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO	23
2.1 APRESENTAÇÃO COERCITIVA E O PAPEL DO DELEGADO	23
2.2 PARTICIPAÇÃO DO MAGISTRADO NA AUDIÊNCIA	24
2.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	25
3 VIABILIDADE DE IMPLANTAÇÃO NO BRASIL	28
3.1 ADEQUAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL	28
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 554/2011	30
3.3 APLICABILIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL	34
3.3.1 Princípio da Legalidade	34
3.3.2 Princípio da Humanidade	35
3.3.3 Princípio da Presunção de Inocência	36
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa intitulado como “A viabilidade de implantação da audiência de custódia no Brasil” é concentrado na área do Direito processual penal e terá como objetivo fulcral defender a viabilidade da inserção de um novo modelo de audiência dentro do processo penal brasileiro, em se tratando das prisões em flagrante e à consequente manutenção do preso cautelado.

A audiência de custódia reside na apresentação da pessoa que é detida em flagrante perante um juiz de direito no prazo de 24 horas, para que seja analisada a legalidade/necessidade desta prisão.

Trata-se de discussão imprescindível para os operadores do Direito, porque a audiência de custódia já vem sendo aplicada em diversos tribunais de justiça do país e é objeto do projeto de lei que altera o estado das prisões em flagrante (PLS Nº 554/2011); porque a referida é oriunda de Direito Internacional e ainda porque a sociedade brasileira tem se defrontado com a ineficácia da política pública prisional interna.

Destacando-se que inúmeros devam ser os debates sobre o tema dentro da esfera acadêmica do direito e nas diversas esferas da sociedade. Seguindo esta linha de pensamento, o estudo se propõe a apresentar qual é o conceito da audiência de custódia, sua origem, sua fundamentação legal, bem como elucidar questões de competência e estrutura.

A viabilidade de que se propõe tratar destaca-se na seara da fundamentação legal, uma vez que para dar a início a realização da audiência de custódia muitos se tornaram seus opositores indagando principalmente sobre a constitucionalidade da audiência e necessidade de lei ordinária que a determine. Vislumbrará a viabilidade perante os possíveis benefícios trazidos à sociedade brasileira após a implantação da audiência de custódia.

Há que se esclarecer que a audiência de custódia é um modelo novo de audiência apenas para o Brasil; muitos são os países que aderiram a essa prática para dar melhor direção aos presos em flagrante, para conter a superlotação carcerária e principalmente para alinhar o direito interno ao direito internacional.

Nesse liame, faz mister ressaltar que por ser um modelo processual em experimento, existem aqueles que em termos de adequação à prática e conceito preferem tratá-la como “audiência de apresentação”, todavia, para que não aja conflito de nomenclatura será utilizado na presente pesquisa somente o nome de Audiência de Custódia.

Ademais, sobre a viabilidade da implantação da audiência de custódia no Brasil, tem-se a disparidade dos procedimentos da prisão em flagrante previstos pela constituição brasileira de 1988 e os procedimentos previstos no código de processo penal de 1941, épocas distintas em que a primeira busca a democracia e a garantia dos direitos humanos e a outra fora nascida nos berços da ditadura.

A civilização no processo criminal é inadiável e a implantação da audiência de custódia surgiu como ferramenta de eficaz no ordenamento jurídico criminal brasileiro.

1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 ORIGEM LEGAL E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

A Audiência de Custódia consiste no Direito da pessoa presa em flagrante de ser apresentada sem demora a um juiz competente ou autoridade com funções judiciais para que este decida acerca da manutenção ou não da pessoa detida.

Precedente à ideia de implementação da Audiência de Custódia no Brasil, no decorrer da história, os países do mundo uniram-se em sistemas Globais e Regionais, a fim de elaborar leis internacionais que versassem sobre os Direitos Humanos. Essas leis ultrapassam a esfera da nacionalidade e atribui aos Estados, regras protetoras dos direitos inerentes à pessoa humana, quais sejam, direito à vida, à liberdade, à propriedade, etc. materializando-se no direito interno como um direito fundamental.

Neste contexto, o Brasil tornou-se signatário de alguns Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos, no Sistema Global por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e no Sistema Regional Interamericano por meio da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) – também conhecido como “Pacto São Jose da Costa Rica” (1969) e não menos importante ao Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979).

Dentre os demais temas abordados nos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil encontram-se diversos enfoques relativos ao tratamento das pessoas que eventualmente são presas pelo cometimento de um ato considerado juridicamente ilícito e por a prisão restringir principalmente o direito à liberdade de locomoção da pessoa detida, foi que o assunto recebeu grande atenção por parte dos legisladores, tendo como fito primordial assegurar que à pessoa presa fossem resguardadas quanto mais garantias possíveis.

O Pacto São Jose da Costa Rica ganhou destaque na sua redação quanto aos Direitos à liberdade pessoal, quando expõe no item 5 do art. 7º que:

Art.7º. 5: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Assim, é inquestionável, a orientação de que o detido deve ser conduzido sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais para que a prisão seja avaliada e valendo-se da premissa de que tal orientação deve ser acatada por todos os países-membros dos tratados internacionais é que se deu o advento da Audiência de Custódia no Brasil, sendo que diversos países do mundo também aderiram a essa prática e alinhou o Direito Interno ao Direito Internacional.

Diversos são os benefícios trazidos pela implementação da Audiência de Custódia, tendo como ponto de partida o ajuste do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; Tem também o importante papel de reduzir o encarceramento desenfreado no país, visto que por meio dela se agenda um encontro do juiz com o preso, superando-se as formalidades trazidas pelo art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, que prevê apenas o envio do documento de APFD (Auto de Prisão em Flagrante e Delito) ao magistrado. (LOPES JUNIOR, PAIVA, 2014)

Além dessas funções, a Audiência de Custódia também visa coibir a manifestação de torturas, maus-tratos ou qualquer tipo de coação ilegal cometidas por autoridades policiais no ato da prisão; e não obstante evitar prisões arbitrárias como prevê o art. 7.3 do Pacto São José da Costa Rica: “Ninguém pode se submeter a detenção ou encarceramento arbitrários”.

Obviamente, porém, que não se deve esperar que a Audiência de Custódia, surja como um advento milagroso e elimine sozinha, a tortura policial do cenário criminal brasileiro, uma vez que está arraigada pela história, porque atravessou todo o período ditatorial, e ainda, porque grande parte da opinião pública e agentes de segurança concordam com esse modo de proceder, justificando a violência como método eficaz, mesmo sabendo ser ilegal. Sendo assim, o que se pode esperar é

que o direito constitucional garantidor dos direitos humanos da pessoa presa, seja resguardado em um momento crucial para integridade física do cidadão: as primeiras horas após a prisão; permitindo que o réu se mantenha sob custódia e ainda, que tenha a oportunidade de fazer alegação de tortura, quando houver. (SANTOS, 2015)

Por sua vez, o controle judicial imediato é melhor forma de evitar arbitrariedade e/ou ilegalidades das prisões em flagrante, levando em consideração que num Estado Democrático, pertence ao magistrado a garantia dos direitos do detido, ou seja, a adoção de medidas cautelares ou coercitivas, quando assim forem cabíveis, visando sempre corresponder ao princípio da presunção de inocência.

A convenção Americana de Direitos Humanos – CADH ou também chamada de “Pacto São José da Costa Rica” e a Convenção Internacional de Direitos Civis e políticos são os fundamentos legais basilares para implantação da audiência de custódia por terem como objetivo a busca da consolidação de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado nos direitos essenciais, como já dito, inerentes à pessoa humana.

Muitas são as controvérsias sobre a possibilidade de implementação da audiência com base em tratados internacionais. Questiona-se a força que essas leis têm dentro do direito interno e também a possibilidade de implantação sem lei ordinária que a determine, assim torna-se imprescindível a elucidação sobre como o a legislação brasileira recebe leis internacionais.

1.2 CABIMENTO SEGUNDO OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Audiência de Custódia está intimamente relacionada com o Direito Internacional Público dos Direitos Humanos, uma vez que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana, direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade da pessoa humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse mesmo entendimento, o item 3 do Artigo 9 do referido Pacto, 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 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)

Existem diversos Tratados Internacionais que determinam o contato físico, sem demora (*incontinenti*), da pessoa presa com o juiz; entre eles, dois se destacam por terem sido celebrados pelo Brasil: a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada através do decreto 678/1992; e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, promulgado por meio do Decreto 592/92.

O Brasil aderiu à Convenção Americana em 1992, promulgando-a pelo Dec. 678, em 6 de novembro do mesmo ano. Do mesmo modo, aderiu os termos do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) de 1992, tendo-o promulgado através do Dec. 592. Desde então, não havia cumprido as disposições estabelecidas pelos pactos celebrados, o que dá um total de quase 20 anos de descumprimento dos referidos tratados.

A CADH, ou Pacto de São José da Costa Rica dispõe o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica), 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.

No mesmo sentido, assegura o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, que “Qualquer pessoa presa ou encerrada 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 (...)”. (BRASIL, 1992)

Faz-se mister destacar o que o autor Paulo Henrique Gonçalves (2013, p. 20) ensina em sua obra, acerca da obrigatoriedade dos tratados na ordem jurídica

nacional, senão vejamos:

O tratado promulgado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, reveste-se de caráter vinculante, conferindo direitos e estabelecendo obrigações, podendo ser invocado pelo Estado e por particulares para fundamentar pretensões junto aos órgãos jurisdicionais e, por fim, pautando a conduta de todos os membros da sociedade. Como parte da ordem interna, o descumprimento das normas do tratado enseja a possibilidade de sanções previstas no próprio Direito brasileiro.

Nessa vertente, surge um ponto primordial no que diz respeito à implantação da Audiência de Custódia e ausência de previsão em lei nacional. Questiona-se, portanto, sobre a impossibilidade de aplicação da norma contida nos Tratados internacionais sem lei nacional que a determine. Contudo, a implantação do instituto é completamente possível porque no Brasil, os tratados têm força de norma supralegal. (SANTOS, 2015)

Como já dito alhures, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os Tratados Internacionais que contém matéria de Direitos Humanos possuem força normativa supralegal, isso quer dizer que os tratados estão acima das leis e abaixo somente da Constituição Federal e podem vir a ter força de emenda Constitucional, se os tratados forem votados e aprovados, conforme reza o art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988.

O tratado internacional é parte de um determinado ordenamento jurídico e sua hierarquia é estabelecida de acordo com que cada Estado decida a respeito. No Brasil, o tratado a hierarquia determina-se da seguinte forma: primeiro a Constituição Federal, logo depois as normas internacionais e em terceiro plano aloca-se as leis ordinárias.

É importante ressaltar que parte importante da doutrina defende que qualquer documento internacional assinado pelo Brasil e que trate de Direitos Humanos deve ser considerado como emenda constitucional, independente de aprovação específica. Isso porque o art. 5º, §2º, CF, estabelece que os direitos fundamentais previstos no art. 5º, CF, não excluem outros decorrentes dos Tratados Internacionais, dos quais o Brasil seja parte.

Já a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 consagrou a autoridade do tratado em face da lei nacional, fato facilmente comprovado quando

em seu art. 27, determina que: “uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (BRASIL, 1969)

Apesar do entendimento dessa corrente, o Supremo Tribunal Federal adotou corrente diversa, entendendo que somente adquire status de emenda constitucional os documentos internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros. Dessa maneira, os outros tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, se não atendidos os requisitos, possuem status supralegal, acima da lei, mas abaixo da Constituição Federal.

Desta forma, em observância à existência da audiência de Custódia no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 9 do PIDCP e concretizados nos decretos 678/92 e 592/92 respectivamente, considerando a força de norma supralegal que possuem, conclui-se que o direito de Audiência de Custódia não é uma faculdade, mas uma obrigação imposta pelos Tratados Internacionais celebrados pelo Brasil. (SANTOS, 2015)

Ademais, a obrigatoriedade da implementação da audiência de custódia vem sendo afirmada e reafirmada através de diversos mecanismos legais e infralegais, os quais ensejarão e já ensejam em alguns lugares do Brasil, na inelutável implantação da Audiência de Custódia em todo território Brasileiro.

1.3 PROCESSAMENTO PRÁTICO

Para falar sobre os atos procedimentais da Audiência de Custódia dentro do cenário processual penal Brasileiro, antes se faz necessário tecer algumas considerações sobre o atual procedimento adotado.

O art. 306 do Código de Processo Penal é que trata da prisão em flagrante no ordenamento jurídico Brasileiro e traz algumas formalidades na redação do seu texto que afasta a lei processual penal do seu real objetivo, uma vez que o magistrado terá de analisar a legalidade e a necessidade da prisão em flagrante do detido com base em documentos. Vide:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

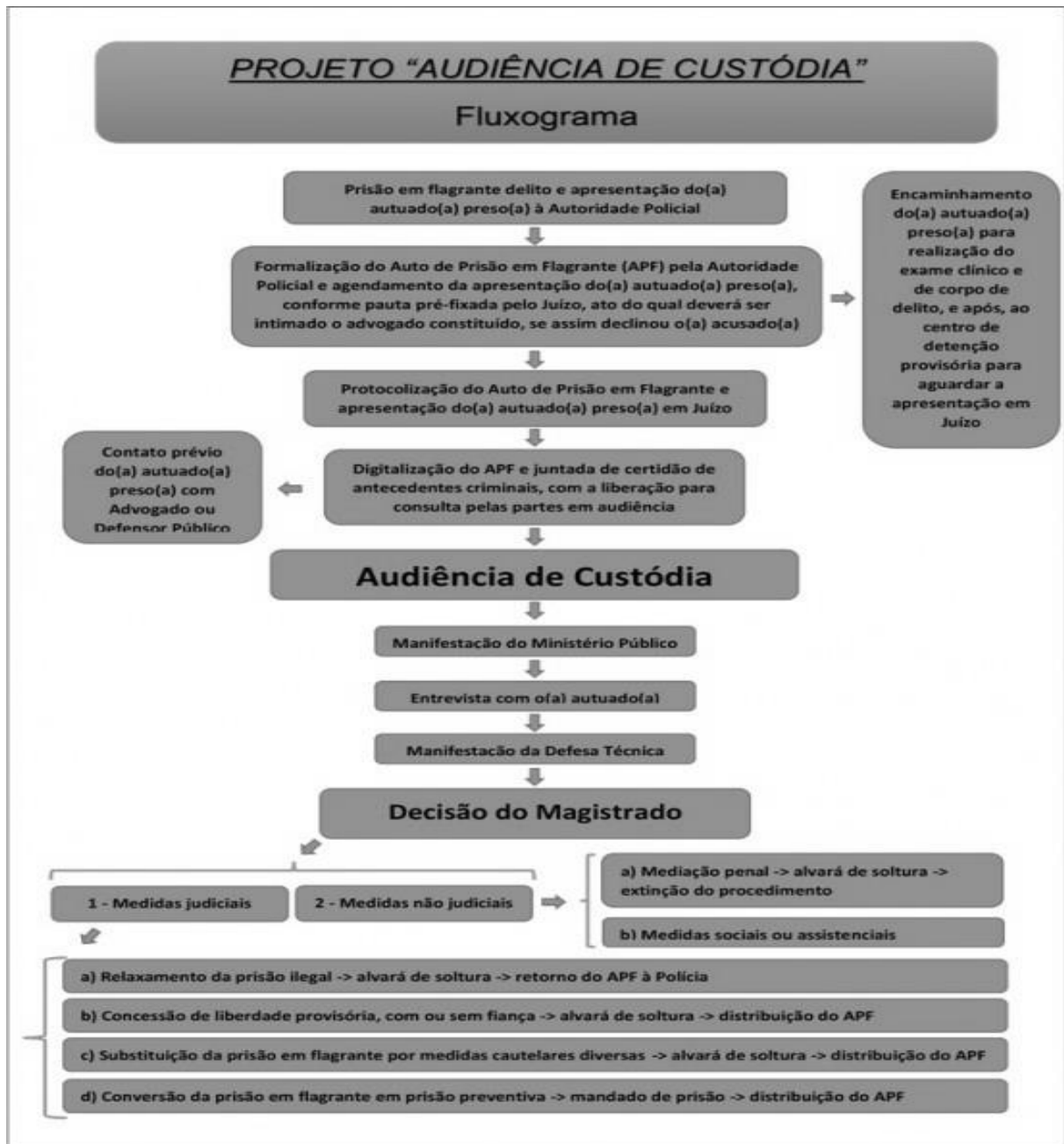
Nesse relatório da prisão são repassadas as notícias do delito preliminarmente ao juiz, sendo que no plano teórico a realidade do fato ocorrido se sobrepõe através da interpretação própria do juiz a respeito do que está escrito nos documentos a ele enviados. Assim, nunca será relatado por parte da autoridade policial o cometimento de abusos e torturas, por exemplo.

A carência na redação do art. 306 do Código de Processo Penal criou margem para diversas irregularidades no tratamento das prisões, tanto por parte de quem efetua a prisão e de quem decide sobre a legalidade da sua manutenção.

Por estas e outras razões, é que se procurou adequar o processamento prático da audiência de custódia ao objetivo de sanar o maior número de irregularidades que existem no atual procedimento, quais sejam as prisões arbitrárias, a superlotação dos estabelecimentos prisionais; a omissão quanto ao cometimento de torturas feitas pelas autoridades públicas e o desrespeito aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais e na Constituição Federal da República Brasileira.

O conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou um fluxograma que explica o passo a passo para a realização da audiência. A partir desta logística é possível compreender que a audiência tratará somente sobre a legalidade e a necessidade da prisão em flagrante, não sendo possível debater sobre o crime propriamente dito, porque ainda não há o devido processo legal.

Tabela 1 – Fluxograma elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ):



Após ser efetuada a prisão e formalizado o Auto de Prisão em Flagrante e Delito, tanto a pessoa detida quanto o documento de sua prisão serão apresentados perante um juiz no prazo de 24 horas devendo neste interin ser feito o encaminhando do documento para realização do Laudo de Corpo e Delito. Há também para garantia da ampla defesa, a necessidade de contato prévio do acusado com o seu advogado ou quando for o caso a defensoria pública. Ainda será necessária a apresentação da Certidão de Antecedentes Criminais do réu, para que as partes possam consultar durante a audiência.

A manifestação do Ministério Público também será feita na Audiência de Custódia, havendo a possibilidade de as partes arguirem o preso, ou seja, será feita a oitiva do acusado e por sua vez a defesa técnica. Ocorrendo tudo dentro dos parâmetros legais, o magistrado poderá decidir em conformidade com o art. 310 do Código de Processo Penal Brasileiro, surtindo os possíveis efeitos: O relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal); A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial); A análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas; Outros encaminhamentos de natureza assistencial.

A justificativa essencial da obrigatoriedade de apresentação física/pessoal do preso cautelado reside no fato de que o flagrante aporta na mesa do juiz na forma de um relato policial e é usualmente tido como a melhor expressão da verdade, fazendo com que seja implicitamente aceito que o acusado contou com todas as garantias constitucionais que tratam de protegê-lo contra ameaças ou agressões. Como já dito alhures, não é o que acontece. A apresentação física da pessoa detida à presença de um juiz, para que seja ouvido e para que se determinem seus direitos é a forma mais concisa de dar cumprimento às obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, nos tratados internacionais de Direitos humanos e por via de consequência assegurar que os direitos fundamentais foram respeitados. (WEEIS CARLOS, 2015)

Outro aspecto importante sobre a Audiência de Custódia é o aspecto

temporal. A previsão normativa desta audiência que são os tratados internacionais sobre direitos humanos determinam a sua realização “sem demora” deixando que o direito interno estabeleça um prazo razoável para sua realização.

No Brasil, o prazo é de 24 horas a contar da lavratura do Auto de Prisão em flagrante. O prazo foi tido como razoável pressupõe que, se umas das finalidades da audiência é combater torturas ou qualquer tipo de coação ilegal por parte das autoridades policiais, estes se conterão ao pensar que tal medida pode ser de cara denunciada ao juiz e se verificado algum tipo de ilegalidade na prisão, haverá a instauração imediata (em audiência) de inquérito policial, sem contar que o detido terá recente lembrança de quem foram seus agressores.

Além do aspecto temporal, destaca-se duas importantes questões sobre a audiência de custódia e o seu processamento prático, quais sejam, o aspecto subjetivo e o procedimental.

O aspecto subjetivo trata substancialmente de quem é a competência para decidir sobre a manutenção ou não da prisão. Assim, pode-se deixar claro que a competência dentro do Estado Brasileiro é dada ao juiz de direito, que contará com a presença do ministério público e da defesa técnica para garantia do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao aspecto procedimental, pretende-se elucidar que deve ser feita a instrumentalização do procedimento, ou seja, devem tomadas pelo poder executivo e pelo poder judiciário medidas de liberação de pessoal no que diz respeito a quantidade de policiamento disponível para transporte dos presos, a criação de departamento de defensoria pública nas comarcas onde não houver e a disponibilidade do ministério público para atuação nessas audiências, bem como juízes suficientes para atender a demanda.

Todas essas questões são de extrema importância para o sucesso da implementação da Audiência de Custódia e levando em consideração que todos os estados da Federação já aderiram a ideia de implementação da referida audiência é que se passa a análise do modelo do estado de São Paulo, que foi o estado pioneiro para implantação dentro do Brasil.

1.4 O MODELO DE SÃO PAULO

Na data do dia 27 (vinte e sete) de Janeiro do ano de 2015, através do provimento conjunto nº 03/2015 e por meio da presidência do tribunal de justiça e da corregedoria geral de justiça do Estado de São Paulo e também apoiado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é que foi publicado o projeto-piloto da audiência de Custódia no Brasil com previsão de vigência para o dia 06 (seis) de fevereiro do mesmo ano.

Atualmente o Brasil corresponde ao 4º país do mundo com o maior número de encarceramento do mundo, totalizando a população carcerária em 513.802 de presos sendo que 43% corresponde aos preso provisórios, estimando-se 222.749 de pessoas presas cautelarmente.¹

As pessoas detidas estão alocadas de maneira desumana por todos os sistemas prisionais existentes no Brasil, um país que prevê que a prisão seja uma exceção e não a regra. A contradição é notória, e mantendo o enfoque no modelo do estado de São Paulo, os dados estatísticos continuam no mesmo padrão.

Segundo uma pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz² o estado de São Paulo é o estado tem o maior número de prisões em flagrante do país, razão pela qual demonstrou-se completamente útil a implantação da audiência de custódia

¹ Os dados a respeito da população prisional brasileira e paulista foram extraídos do Infopen, base de dados prisionais do Depen/MJ, e são relativos a junho de 2011. Disponível em:<www.mj.gov.br/depen>.

² O Instituto Sou da Paz é uma organização não governamental que tem como missão contribuir para a efetivação, no Brasil, de políticas públicas de segurança e prevenção da violência que sejam eficazes e pautadas pelos valores da democracia, da justiça social e dos direitos humanos, por meio da mobilização da sociedade e do Estado e da implementação e difusão de práticas inovadoras nessa área. O Sou da Paz atua em quatro áreas: adolescência e juventude, controle de armas, justiça criminal e polícia.

primeiramente nesse estado. A tabela apresentada demonstra a elevada porcentagem de prisões em flagrante efetuados no estado. Veja-se:

Tabela 2 – Prisões efetuadas, segundo modalidades – Município e Estado de São Paulo – 2009-2011

Modalidades	2009		2010		2011	
	Capital	Estado	Capital	Estado	Capital	Estado
Total	37.313	154.223	35.673	143.418	37.057	153.066
Em flagrante	29.042	102.601	27.371	97.847	29.023	104.558
Por mandado	8.271	51.622	8.302	45.571	8.034	48.508

Fonte: SSP/SP, Elaboração Instituto Sou da Paz.

Denota-se que a capital responde por 78% das prisões em flagrante efetuadas no estado, o que por via de consequência gera um elevado número de prisões provisórias dentro país.

Buscando reverter o quadro caótico instalado por décadas no cenário criminal brasileiro, especialmente no estado de São Paulo, foi que o provimento nº 03/2015 determinou o prazo de 24 horas para apresentação do preso detido em flagrante perante um juiz de direito assegurando também que estejam presentes na audiência o Ministério Público, o réu e a defesa técnica, quer seja na pessoa de procurador particular ou quando o flagranteado for hipossuficiente, a defensoria pública.

O provimento contou com a inspiração do projeto de lei 554/2011 – projeto de lei que visa legalizar por meio de lei ordinária a audiência de custódia no processo penal brasileiro – e deu redação similar, afim de provar que é irremediável o sucesso desse instituto denominado audiência de custódia.

Além de contar com a redação da PLS 554/11 baseia a fundamentação do referido provimento no direito internacional utilizando-se das convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil para justificar legalmente sua implantação. Muitos

são os opositores da audiência de custódia e neste capítulo da história de sua implementação dentro do Estado de São Paulo, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) moveu ação direta de inconstitucionalidade contra o provimento conjunto nº03/2015.

A entidade suscita conflito de competência para a legislar sobre direito processual penal, afirmando que a competência é privativa da união e que viola o princípio da divisão funcional do poder, uma vez que estabelece regras para os delegados de polícia que são diretamente subordinados ao poder executivo.

A ADI nº 5240, ajuizada em desfavor do provimento que legaliza a realização da audiência de custódia, questiona a validade constitucional do mesmo, que por sua vez fora indeferida. O conteúdo do parecer aborda que os pactos de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, possuem status de norma supralegal, estando abaixo somente da constituição federal e acima da lei ordinária.

Assim, não se conflita com a norma processual penal e tampouco com o princípio da divisão funcional do poder. Segue ementa do parecer feito pelo tribunal de Justiça de São Paulo através do Relator Ministro Luiz Fux, em que figuram como parte requerente a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil e como interessados o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 3/2015 DA PRESIDÊNCIA E DA CORREGEDORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. APRESENTAÇÃO DE PESSOA PRESA EM FLAGRANTE DELITO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE ATIVA DA ADEPOL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ATO NORMATIVO QUE REGULAMENTA TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS EM VIGOR NO BRASIL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA DIVISÃO FUNCIONAL DE PODER. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PARA DISPOR SOBRE COMPETÊNCIA E FUNCIONAMENTO DE SEUS ÓRGÃOS.

1. A Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) tem legitimidade para contestar, em ação direta de inconstitucionalidade, ato normativo que determine apresentação de pessoa presa em flagrante delito, até 24 horas após a prisão, para participar de audiência de custódia. Há pertinência temática, em face do reflexo na atividade de delegados de polícia. Precedente. PGR Ação direta de inconstitucionalidade 5.240/SP
2. Não se deve conhecer ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo de caráter secundário, que regulamenta direito consignado em tratado internacional de direitos humanos incorporado ao ordenamento

jurídico brasileiro. Possível ofensa à Constituição da República ocorreria apenas de maneira indireta ou reflexa. Precedentes.

3. Não usurpa competência privativa da União para legislar sobre direito processual e não ofende o princípio da legalidade norma editada por tribunal de justiça, a fim de regulamentar direito fundamental consolidado em tratado internacional de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o processo legislativo definido pela Constituição da República.

4. É constitucional a regulamentação da audiência de custódia pelos tribunais, pois é matéria predominantemente relativa à autonomia do Judiciário para dispor sobre competência e funcionamento de seus órgãos (art. 96, I, a, da CR).

5. Parecer pelo não conhecimento da ação e, no mérito, por improcedência do pedido.

Desta forma, foi reconhecida a validade constitucional do provimento conjunto nº 03/2015 e dada ao poder judiciário do Estado de São Paulo a liberdade de atuar contra o detrimento do modelo atual das prisões em flagrante.

A partir da realização experimental das audiências de Custódia em São Paulo/SP desde de fevereiro do ano de 2015, muitos foram os benefícios trazidos à capital, destacando-se entre eles a perceptível diminuição do número de presos provisórios dentro dos estabelecimentos prisionais e a contenção da superlotação do sistema carcerário brasileiro.

Segundo dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça ³ cerca 43% das pessoas presas em flagrante foram ouvidas e liberadas após a Audiência de Custódia.

Outrossim, destaca-se que de acordo com estatísticas recentes a primeira semana de atividades das audiências de custódia ocorreu dentro das expectativas, segundo o juiz corregedor do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), Antonio Maria Patiño Zorz.:

Estamos ainda em fase de aprendizado, pois, aqui em São Paulo, nunca houve audiência de custódia. O cronograma que estabelece o início dos atendimentos com as 1ª e 2ª seccionais, que representam 15% das autuações em flagrante da capital, nos dá segurança para fortalecer os procedimentos e detectar erros com tempo hábil para corrigi-los. Com o acréscimo gradual de seccionais, acredito que, em quatro meses,

³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80436-cerca-de-6-mil-presos-em-flagrante-sao-liberados-por-audiencias-de-custodia>

estaremos preparados para receber todo o contingente, afirma. (Texto publicado originalmente no DJE 4/3/15)⁴

Conforme estatísticas publicadas pelo site folha UOL⁵ o resultado do experimento da audiência de custódia demonstra que aproximadamente 394 presos foram levados à audiência e 42% desse número, 167 presos foram postos em liberdade.

Ante o exposto, resta nítido que o advento da audiência de custódia no Brasil, veio como garantia dos direitos humanos das pessoas detidas em flagrante e primordialmente para levar o país ao caminho da evolução da civilização.

⁴ DJE: O Diário da Justiça Eletrônico é a publicação oficial do Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual veicula seus atos judiciais e administrativos e suas comunicações em geral.

⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1606054-com-novo-modelo-justica-de-sp-solta-42-dos-presos-em-flagrante.shtml>

2 OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO

2.1 APRESENTAÇÃO COERCITIVA E O PAPEL DO DELEGADO

O código de processo penal do Brasil prevê em seu texto a adoção do critério de apresentar o preso em flagrante ao delegado, para que no prazo de 24 horas o auto de prisão em flagrante e delito seja avaliado pelo juiz de direito competente. O art. 7 no item 5 do Pacto São José da Costa Rica, determina que “toda pessoa detida deve ser apresentada, sem demora, à autoridade competente” uma vez que a violação dessa garantia torna a prisão arbitrária.

Nestes moldes, denota-se que o delegado é a autoridade competente para obter o primeiro contato com o preso, entretanto, sua atividade é fiscalizada por um juiz no máximo em 24 horas como reza o art. 306 do Código de Processo Penal. Isso, precedente à previsão de implementação da audiência de custódia no Brasil.

A polícia tem um papel muito importante dentro da sociedade, pois é a ela que cabe prevenir e reprimir os atos infracionais, procurando sempre investigar e descobrir provas que possam auxiliar a justiça no seu papel de punir ou absolver. O delegado de polícia tem a função primordial de dirigir os policiais que o auxiliam, devendo sempre que tomar conhecimento de um crime investigá-lo abrindo inquérito policial, uma vez que o delegado de polícia é a representação do Estado.

A apresentação do preso a autoridade policial não implica na obrigatoriedade deste lavrar o auto de prisão em flagrante, sendo que quanto o auto de prisão for lavrado, o delegado poderá relaxá-lo da prisão, se das declarações prestadas não resultarem suspeitas sobre o preso.

A partir dos conceitos explanados e dando um enfoque específico no objeto deste estudo, exsurge do art. 7 item 5 do Pacto São José da Costa Rica, uma importante questão acerca da competência para se presidir a audiência, porquanto

fora trazido no corpo do seu texto a expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” o que por sua vez leva a questionar se o delegado pela natureza de suas funções, está apto a realizar a audiência de custódia.

A associação dos delegados de policial (ADEPOL) além de suscitar a inconstitucionalidade da audiência de custódia, em segundo plano arguiu a possibilidade de lhe ser a dada competência para a realização de tal ato.

A ADI nº 5240 foi indeferida ao argumento de que o delegado não pode ser visto como a autoridade habilitada a receber o preso e realizar o controle de legalidade/necessidade da sua detenção, pelo que somente o contato pessoal com o juiz seria capaz de atender aos anseios do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. No direito Brasileiro, cabe ao juiz tomar as medidas acerca da manutenção ou não da prisão, as previstas no art. 310 do Código de Processo Penal. Deve-se levar em consideração que as autoridades policiais são competência privativa do poder executivo e não do poder judiciário.

Ademais, uma das finalidades da audiência de custódia consiste em denunciar o cometimento de torturas, maus-tratos ou qualquer de tipo de coação ilegal feita por parte da autoridade policial. Dando ao delegado a prerrogativa de presidir uma audiência de custódia é o mesmo que não ter a intenção de persistir no combate as torturas realizadas corriqueiramente por essa autoridade.

2.2 PARTICIPAÇÃO DO MAGISTRADO NA AUDIÊNCIA

Inicialmente, insta ressaltar que o juiz togado é a autoridade competente para presidir uma audiência de custódia, devendo o magistrado atentar-se ao fato de que nessa audiência tida como melhor expressão de audiência de apresentação, não há processo. Não existe processo e muito menos a possibilidade de produção de prova concreta de autoria e materialidade, o juiz não pode adentrar ao mérito do delito, mas tão somente ao mérito da prisão.

Assim, os depoimentos colhidos na fase de apresentação não poderão ser juntados ao processo ordinário como meio de prova, devendo ser desentranhados

sob pena de prova ilícita.

O papel do magistrado na audiência de custódia será o de avaliar se no caso concreto é manifestamente necessária a manutenção da prisão em flagrante e poderá adotar as medidas previstas no art. 310 do Código de Processo Penal. Vide:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Analisada a prisão e devidamente fundamentada o juiz decidirá em ordem sequencial após ter ouvido o ministério Público, o acusado e em seguida a defesa técnica, para que assim aja a garantia da ampla defesa.

2.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A constituição Federal faz a seguinte consideração acerca do papel do Ministério Público dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Senão vejamos:

Art.127 CF/88 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
(...)

A partir do dispositivo legal pode-se perceber que em todos os ramos do direito haverá a atuação do ministério público figurando por vezes como parte e outras como fiscal da lei. No direito Processual penal, a peça do inquérito policial é destinada ao Ministério Público que deverá atuar não apenas como fiscal da lei, mas

como ente essencial a função jurisdicional do Estado.

Sendo destinatário do inquérito policial caberá a ele decidir se provocará a ação penal, oferecendo ao juiz provas de autoria e materialidade para que seja recebida a denúncia que ora pretende. O art. 129 da CF/88 também atribui o controle externo da atividade policial, portanto, a investigação criminal também é destinada ao Ministério Público. Assim, tendo em vista que as prisões em flagrante trazem à existência o inquérito policial, é que a presença do Ministério Público torna-se indispensável na audiência de custódia.

Levando em consideração que a audiência de custódia destinada-se à análise das condições da prisão em flagrante, cabe ao ministério público manifestar em audiência acerca da liberação ou manutenção do cárcere da pessoa detida. Deve o Promotor de Justiça arguir a pessoa detida sobre seus dados pessoais e as circunstancias objetivas que o levaram aquela prisão sem, contudo, adentrar ao mérito do crime, uma vez que na audiência de custódia não se deve realizar atos do processo de conhecimento.

O ministério Público ainda poderá perguntar ao acusado se no ato da prisão houve algum tipo de tortura, maus-tratos ou qualquer tipo de coação ilegal cometida pela autoridade policial, isso, para que aja o controle externo da atividade policial, que é uma das finalidades da audiência de custódia.

Uma audiência realizada sem a presença do Ministério Público torna o ato nulo porquanto de acordo com a Constituição Federal este é órgão imprescindível à função jurisdicional do Estado.

Outro aspecto importante sobre a atuação do ministério Público na audiência de custódia é a previsão contida no art. 306 do Código de processo penal. A norma legal determina que a prisão em flagrante de qualquer pessoa há que ser comunicada imediatamente a um juiz, ao ministério público e a defensoria pública.

Assim, torna-se obrigatória sua atuação. Se em apresentação meramente formal de documentos que relatam a prisão, a lei prevê encaminhamento dos autos ao MP, na transposição dos atos escritos para os presenciais é totalmente necessário que as garantias constitucionais destinadas tanto ao preso quanto ao ministério público, sejam respeitadas.

Portanto, a “audiência de custódia”, como já afirmado, é implantação

relevante, quer para assegurar o respeito às garantias individuais como também para prevenir que pessoa presa, que apresente periculosidade à sociedade, seja posta em liberdade de imediato. O ministério público atua para proteger a dignidade da pessoa humana e proteger os interesses sociais e coletivos.

3 VIABILIDADE DE IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

3.1 ADEQUAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diversos são os questionamentos acerca possibilidade de implantação da audiência de custódia no Brasil. Para os opositores deste novo modelo de apresentação do preso em flagrante a iniciativa está viciada pelo fato de não haver legislação ordinária que a defina. Todavia, como restou provado na presente pesquisa, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela ADEPOL⁶.

Sendo assim, além dos julgados do Supremo Tribunal Federal e suas disposições manifestas em ações, podemos extrair a partir do texto constitucional alguns dispositivos que adéquam a iniciativa ao direito interno, uma vez que as normas de direito internacional estão abaixo da constituição e acima das leis ordinárias.

Em observância as finalidades da audiência de custódia, quais sejam, combate à torturas, o direito a liberdade e apreciação imediata, integridade física etc., o artigo 5º contém os dispositivos constitucionais que se alinham aos objetivos pretendidos pela referida. Senão vejamos:

Art. 5º, inc. III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Art. 5º, inc. XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁶ ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

Se a audiência de custódia tem esse objetivo de prevenir torturas ilegais, logo ela está em perfeita consonância com a constituição Federal.

Art. 5º, inc. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 5º, inc. LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

É sabido, que a lei não pode sucumbir com o direito de qualquer pessoa por falta de apreciação, de modo que, a finalidade da audiência de garantir o direito à liberdade de locomoção adequa-se com a apreciação imediata prevista, alinhando seus preceitos com a constituição Federal.

Art. 5º, inc. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Há também a previsão de que na realização da audiência de custódia o preso possa contar com a presença da família e também de seu advogado e quando não tiver condições a defensoria pública será imediatamente acionada. Como exemplo, segue trecho do provimento conjunto nº03/2015 que inseriu a audiência no Estado de São Paulo:

Art. 3º (...)

§ 1º: O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do art. 306, § 1º do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

(...)

Nestes moldes,

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007).

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente 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. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007).

Na audiência de custódia algumas decisões que podem ser tomadas em relação a prisão do detido é concessão de liberdade para a prisão ilegal ou nos casos em que a lei admitir será concedida a liberdade provisória.

Art. 5º, inc. LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Art. 5º, inc. LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Assim, conclui-se que os anseios da audiência de custódia estão em perfeita harmonia com os dispositivos da constituição federal que versam sobre prisão. Não havendo que se falar sobre qualquer tipo de inconstitucionalidade da realização dessas audiências no território brasileiro.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 554/2011

O projeto de lei nº 554 de 2011 de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares, tem como objetivo alterar o § 1º do art. 306 do decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941(Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

Apesar de a audiência de custódia estar sendo aplicada no Brasil, fundamentada sob o crivo de que a norma ordinária é inferior em relação a norma de direito internacional; tramita no congresso nacional o projeto de lei que institui a audiência de custódia por vias de lei ordinária.

Esta é uma lei para avançar no combate às arbitrariedades eventualmente cometidas nas prisões, e a ideia é de consubstanciar em lei o que já existe em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Como o Projeto de Lei do Senado – PLS, tem votação final na Comissão de constituição, justiça e cidadania-CCJ, poderá ser enviado direto para a câmara dos deputados se não houver recurso para análise pelo plenário do Senado.

Destaca-se o inteiro teor da lei, que uma vez aprovada, passar a reger as prisões em flagrante da seguinte maneira:

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 competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

A primeira consideração a fazer, está no caput do art. 306, uma vez que o antigo procedimento não prevê a necessidade de comunicação a defensoria Pública da prisão em flagrante.

Veja-se os parágrafos alterados e inseridos na nova lei:

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

Com a inclusão da Defensoria Pública, denota-se que a lei atual não revogou a necessidade do auto de prisão em flagrante, formatado em documento, o relatório da prisão; a remessa ao judiciário, inclusive o ADPF deve ser remetido antes do preso, porque o auto deve ser o instrumento pelo qual o juiz conhecerá do fato ocorrido no caso concreto.

§ 2º O descumprimento do prazo previsto para apresentação do preso ao juiz competente por si só não enseja o relaxamento da prisão.

§3º No mesmo prazo será entregue ao preso mediante recibo nota de culpa assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão com a capturação jurídica, o nome do condutor e das testemunhas

O prazo para apresentação do preso ao juiz é de 24 horas, entretanto o não cumprimento do prazo, não enseja a liberdade da pessoa detida. Verifica-se que a regra contida no §2º e §3ª não foram alteradas.

§4º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da alegação de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, a autoridade policial em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícia, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

O §4º portanto prevê que a autoridade policial deverá resguardar a autoridade física do preso, ou seja, o preso deverá chegar até o momento da audiência de custódia com o corpo intacto. A norma serve também de alerta para autoridade policial, uma vez que o preso terá a oportunidade de denunciar em sede de audiência a ocorrência qualquer tipo de coação ilegal cometida por parte da autoridade policial.

§5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art.310 e para que se verifique se estão sendo seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

A apresentação ao juiz deve ocorrer no prazo máximo de 24 horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante.

§6º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou a outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

O § 6º determina a possibilidade de manifestação do Ministério Pública, da própria pessoa presa, da defesa técnica e depois de tais manifestações, o juiz decidirá de acordo com art. 310 do Código de processo penais, dentre tais medidas estão: a conversão da prisão em preventiva, relaxamento da prisão determinando medidas cautelares e a liberdade provisória com ou sem fiança.

Já o § 7º elucida questões acerca das oitivas referidas no §6º, ressaltando que os depoimentos prestados em audiência não têm o objetivo de fazer prova para o mérito da ação penal, pois nesta fase não existe ainda a ação penal e se houver a

juntada da oitiva para acarretar valor probatória, esta deve ser desentranha sob pena de prova ilícita.

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

Aborda o §8º sobre a necessidade de defesa técnica, para que seja assegurado o princípio processual da ampla defesa, também esclarece que o Ministério Público continuará se manifestando acerca da necessidade ou não da prisão efetuada.

§8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como previamente se manifestar à decisão judicial de que trata o art. 310.

O antepenúltimo parágrafo da nova redação do art.306, consiste na determinação de providências que devem ser tomadas quando houver impossibilidade de apresentação do preso perante o juiz; convoca os agentes de estão com a guarda do preso e demonstra haver a necessidade de juntada da certidão de que o preso fora apresentado e por motivos de relevância não pode ser ouvido e tampouco avaliada a legalidade e a necessidade da prisão. Desta forma, por serem muitas as barreiras que se levantarão para a realização do procedimento previsto, é que criou-se esta redação:

§9º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando sua apresentação, a autoridade custodiante ou autoridade policial, por meio dos seus agente, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

O § 10º traz a solução do problema acima levantado:

Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

E por fim, o último parágrafo; o §11º traz em sua redação a solução para possível conflito de competência no que tange aos crimes de competência da polícia federal quando não houver sede da justiça federal para apresentação do preso. O texto permite que o juiz estadual da comarca onde houver ocorrido o fato entre em contato com o preso para avaliar aquela prisão.

§11º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao juízo de direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informa o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Segundo o Senador Antônio Carlos Valadares, o projeto de Lei do Senado nº 554/2011, justifica-se considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. (VALADARES, 2015).

Faz mister ressaltar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil em busca do aprimoramento da esfera criminal do sistema de Justiça Brasileiro (VALADARES, 2015)

3.3 APLICABILIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

3.3.1 Princípio da Legalidade

Muitos são os princípios constitucionais que norteiam o processo penal brasileiro. É sabido que a Constituição é a Carta maior do Estado Brasileiro e dela são oriundas diversos saberes para adequação das normas com as garantias previstas.

Assim, faz-se necessário uma pequena abordagem sobre os princípios que se destacam na seara constitucional do processo penal e dentre eles está o princípio da legalidade, assegurado pelo art.5º,inc II, da CF/88 que versa respectivamente da seguinte maneira:

Art.5º, inc.II : Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Restou consagrado, para os fins da Audiência de Custódia que é totalmente válida a norma de Direito Internacional pela qual se fundamenta, dessa maneira, sua iniciativa está alinhada com o princípio da legalidade, porque há previsão legal, contida no Direito Externo.

3.3.2 Princípio da Humanidade

O princípio da Humanidade consiste na determinação de que o Estado Brasileiro valoriza a pessoa humana em seu extremo valor, reconhecendo sempre a direito à liberdade, à vida, à família, etc.; Este princípio coaduna com o princípio da Dignidade direito fundamental previsto na constituição Brasileira. Ademais, a sua fundamentação legal encontra-se nos pactos internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, quais sejam, Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica- Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, por sua vez, nos arts. 5º e 6º confirma o princípio da humanidade afirmando que na esfera do direito internacional Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante bem como que “Todo homem tem o direito de ser em todos os lugares reconhecido como pessoa perante a lei.”

Nesse liame, O Pacto são José da Costa Rica- Convenção Americana de Direitos Humanos(1969), traz o principal fundamento da audiência de Custódia, uma

vez que seu objetivo primordial é introduzir aplicabilidade efetiva dos Direitos Humanos previstos em tratados internacionais.

Não obstante, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos- Nova Iorque (1966) declara que:

"Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Desta forma, pressupõe que privação da liberdade indica a necessidade da ação penal, onde podemos destacar também o princípio do devido processo legal, do qual se deriva o contraditório e ampla defesa, também previstos para a realização da audiência de custódia.

3.3.3 Princípio da Presunção de Inocência

Dentre os princípios que se destacam nos interesses da audiência de custódia, este princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio do estado de inocência e ainda chamado de princípio da presunção da não-culpabilidade. Fundamentado no art. 5º inc. LVII da Carta Magna, viabiliza ao réu a utilidade dos Direitos Humanos, quando diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença condenatória.

A súmula 9 do STJ explica que o advento da prisão provisória não implica ofensa à presunção de inocência, uma vez que apresentam naturezas distintas:

A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Assim, estado de inocência do preso em flagrante que tem a prisão convertida em preventiva, por exemplo, não é atingido, visualizando, portanto que audiência de custódia está em perfeita harmonia com os princípios constitucionais do processo penal.

CONCLUSÃO

O Brasil tem apresentado um quadro cada vez maior de pessoas que são detidas em flagrante. O processo penal é o incumbido de fornecer medidas de praxe que atendam o Direito Penal no que diz respeito a inevitável rotina de crimes e ao tratamento para com os presos.

No caso da prisão em flagrante, estabelece a atual norma processual contida no art. 306 do código de processo penal brasileiro, a obrigatoriedade de apresentação do preso cautelado perante uma autoridade judicial que lhe dê a decisão fundamentada acerca da necessidade da manutenção da prisão efetuada. Ocorre que muitas vezes o preso cautelado não tem a devida atenção que a norma lhe garante, havendo um uso indiscriminado da prisão provisória.

O procedimento em questão se apresenta ineficaz porque o envio do relatório da prisão (Auto de Prisão e flagrante e delito – APDF) é remetido ao judiciário para que seja marcado um encontro do preso com o juiz na audiência de instrução e julgamento – AIJ, entretanto, esse contato tem ocorrido meses após a prisão, de forma que o direito ambulatorial do detido não tem sido observado.

É imprescindível que a prisão seja feita com a devida observância dos direitos fundamentais do preso, bem como seja resguardado esse direito, uma vez que o réu é hipossuficiente na relação processual, assim, deve estar cercado de todas as garantias possíveis.

O pacto São José da Costa Rica - Convenção americana de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, estabelece a apresentação imediata do preso perante uma autoridade competente. Assim, o advento da audiência de custódia é o elemento pelo qual ajustar-se-ia o procedimento atual aos direitos humanos e oportunizaria ao Brasil o cumprimento dos tratados de Direitos Humanos por ele celebrados.

Não obstante, demonstrada a viabilidade da implantação da audiência de custódia, conclui-se que esta é elemento essencial para que a sociedade brasileira evolua na busca pela civilização.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Davi. **Audiência de custódia.** Disponível em: <<http://araujodavi.Jusbrasil.com.br/artigos/190252425/audiencia-de-custodia>> Acesso em 19 set. 2015.

BECHARA, Fabio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais Do Processo Penal; Questões Polêmicas.** São Paulo. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/6348/principios-constitucionais-do-processo-penal>> Acesso em 19 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Presidência da República. Promulga: **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo. Saraiva. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2000.

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e Liberdade: Coleção para entender direito.** São Paulo. Estúdio Editores. 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Íntegra da sentença do caso 11.634, julgado em Março de 2004. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>> 19 set. 2015

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>> Acesso em: 19 set. 2015.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentença proferida em 24 de junho de 2005. Disponível em: < www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_por.doc> Acesso em 19 set. 2015.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Sentença proferida em 30 de outubro de 2008. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 19 set. 2015.

COUTINHO, Jacinto Teles. *Audiência de Custódia: garantia do Direito Internacional Público*. 2015. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/37881/audiencia-de-custodia-garantia-do-direito-internacional-publico>> Acesso em 10 set. 2015.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Presidência da República. Promulga: **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 19 set. 2015

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19 set. 2015

D'URSO, Luiz Flavio Borges. *Editorial do Jornal O Estado de São Paulo*. 01/06/2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo. Atlas. 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o principio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. 2003. São Paulo. Saraiva.

SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático Coleção para entender direito**. São Paulo. Estúdio Editores. 2014.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n. 554/2011 de autoria do senador Antônio Carlos Valadares. Altera o artigo 306 do Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>. Acesso em: 19 set. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1. EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 19 set. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. Vol. I. 11ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 59.