



**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**



NÁGILA RAPHAELA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
PREVISTOS NA CARTA MAGNA**

**João Monlevade
2016**

NÁGILA RAPHAELA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
PREVISTOS NA CARTA MAGNA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito
Processual Penal**

**Orientador: Fabiano Thales de Paula
Lima**

João Monlevade

2016

NÁGILA RAPHAELA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
PREVISTOS NA CARTA MAGNA**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2016.**

Média final: 100

João Monlevade, 16 de dezembro de 2016.

Fabiano Thales de Paula Lima
Prof. Orientador

MSc. Maria da Trindade Leite
Prof^a TCC II

Filipy Salvador Pereira Bicalho
Prof. Avaliador (a)

MSc. Renata Martins de Souza
Prof. Avaliador (a)

Dedico este trabalho a toda minha família, os quais sempre me entenderam, mesmo nos momentos de angustias e difíceis. À minha mãe Sônia Barbosa Silva, meu pai José Tomaz de Aquino Silva e a meus irmãos Thalisson Patrick da Silva e Índila Vitória Silva, pela atenção e companheirismo de sempre.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar e sempre, agradeço a Deus por Ele haver me permitido transpor todas as barreiras surgidas.

À Instituição e seu corpo docente pela oportunidade e contribuição de conclusão dessa especialização.

Ao meu orientador Fabiano Thales de Lima, pela orientação e confiança.

À querida Francisléia Reis, pelo incondicional apoio durante as pesquisas.

Aos servidores da Vara Criminal, bem como os Oficiais de Justiça da comarca de João Monlevade pelo conhecimento adquirido junto a eles.

Agradeço, também, aos grandes amigos que conquistei na turma, em especial Bruna Fonseca, Guilherme Hengel, Marina Melo, Luana Ferreira, Dênis Silva e Flávio Ponciano, por oportunizarem uma convivência amigável e respeitosa durante todo o período de curso.

“Quando se faz uma estátua, não se deve estar sempre sentado no mesmo lugar, é preciso vê-la de todos os lados, de longe, de perto, de cima, de baixo, em todos os sentidos.” (MONTESQUIEU, 1978, p. 58)

RESUMO

O presente trabalho visa realizar uma análise jurídica sobre a “audiência de custódia”, cuja implementação é determinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e que tem por finalidade garantir ao custodiado preso em flagrante delito o imediato acesso à autoridade judicial para que esta possa verificar de forma clara e transparente a real necessidade de manutenção da custódia ou a ausência de necessidade de prolongação do cárcere e, via de consequência, a recolocação do flagranteado em liberdade, esta última à regra na atual legislação vigente. O instituto busca, na verdade, despertar uma reflexão a respeito do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) que é um dos tratados internacionais mais importantes no que se diz respeito à proteção dos direitos humanos e das garantias individuais. As razões para a implementação da audiência de custódia no Ordenamento Jurídico brasileiro são plausíveis, sobretudo para possibilitar uma leitura constitucional do processo penal, respeitando os direitos e as garantias fundamentais do preso. Dependendo das circunstâncias, o juiz poderá relaxar a prisão ou colocar o cidadão em liberdade, mediante condições, ou seja, confere ao cidadão o direito de ter a legalidade da sua prisão em flagrante analisada por um magistrado, em tempo excessivamente curto.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Pacto São José da Costa Rica. Conselho Nacional de Justiça. Processo Penal.

ABSTRACT

This study aims to carry out a legal analysis of the "custody hearing", the implementation of which is determined by the National Council of Justice (CNJ), which aims to ensure the custody arrested in flagrante delicto immediate access to judicial authority so that it can check in a clear and transparent way the real need for custody of maintenance or lack of need for the prison prolongation and in consequence, the replacement of flagranteado free, the latter to rule on the current legislation. The search institute actually awaken a reflection regarding the Pact of San Jose of Costa Rica or the American Convention on Human Rights (ACHR) which is one of the most important international treaties in what is said respect will protect human rights and guarantees individual. The reasons for the implementation of the custody hearing in the Brazilian legal system are plausible, especially to enable a constitutional reading of the criminal proceedings, respecting the rights and fundamental guarantees of the prisoner. Depending on the circumstances, the judge may relax the prison or put the citizen at liberty, under conditions that is, gives citizens the right to have the legality of his arrest in flagrante examined by a magistrate in too short time.

Keywords: Custody hearing. Pact San José of Costa Rica. National Council of Justice. Criminal Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APFD	Auto de Prisão em Flagrante Delito
ART	Artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
OEA	Organizações dos Estados Americanos
PICDP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PSL	Projeto de Lei no Senado
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PRINCÍPIOS CORRELATOS A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	14
2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	14
2.2	Princípio da Humanidade	16
2.3	Princípio da proporcionalidade	17
2.4	Princípio da motivação das decisões judiciais	18
2.5	Princípio do acesso à Justiça	19
2.6	Princípio do devido processo legal	20
3	O INSTITUTO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO	22
3.1	Prisão Cautelar e a Prisão Pena	22
3.2	A prisão em flagrante	22
3.2.1	Modalidades	23
3.2.1.1	<i>Flagrante Próprio</i>	23
3.2.1.2	<i>Flagrante Impróprio</i>	23
3.2.1.3	<i>Flagrante Presumido</i>	24
3.2.1.4	<i>Flagrante Facultativo</i>	24
3.2.1.5	<i>Flagrante Obrigatório</i>	24
3.2.1.6	<i>Flagrante Forjado</i>	24
3.2.1.7	<i>Flagrante Esperado</i>	24
3.2.1.8	<i>Flagrante Preparado ou Provocado</i>	25
3.2.1.9	<i>Flagrante Postergado</i>	25
3.2.2	Procedimento	25
4	A LIBERDADE PROVISÓRIA E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	31
4.1	Liberdade provisória com fiança	31
4.2	Liberdade provisória sem fiança	31
4.3	Medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP ...	32
5	A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	34
5.1	Definição	34
5.2	Finalidade	35
5.3	Procedimento	36

5.4	A Convenção Americana de Direitos Humanos.....	36
5.5	O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	38
5.6	A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça	38
5.7	A audiência de custódia no direito comparado	39
6	A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COMO SOLUÇÃO PARA O ARBÍTRIO NA DECRETAÇÃO DEMASIADA DE PRISÕES PROCESSUAIS	41
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
	REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

O projeto Audiência de Custódia foi lançado em fevereiro de 2015, pelo CNJ como forma de implantar em todos os Estados da Federação uma audiência de apresentação da pessoa presa em flagrante, que deverá ser conduzida, à presença do juiz competente. Essa audiência visa garantir a rápida apresentação do autuado, nos casos de flagrante delito, a um juiz. A mesma será realizada com a presença contraditória do representante do Ministério Público e do defensor, onde verificará a legalidade da prisão, eventual tortura ou maus-tratos, e, ainda a necessidade e adequação de medida cautelar pessoal, inclusive prisão temporária ou preventiva.

A audiência de custódia está prevista em pactos e tratados assinados pelo Brasil, como a CADH e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Ambos dispõem que a pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada.

Importante destacar que a iniciativa do CNJ é a primeira a dar efetividade à garantia de apresentação, a todas as pessoas presas e âmbito nacional, por meio de uma audiência, com a participação da defesa e do Ministério Público. Mas, antes dela, houve algumas ações pontuais. Alguns juízes já adotavam em suas varas e simples apresentação ou, até mesmo, a audiência de custódia, podendo ser colhidas também algumas decisões de tribunais, assegurando a realização de um desses atos em casos concretos.

Com a finalidade de padronizar a audiência de custódia e acelerar sua implantação em todo o país, o CNJ editou a Resolução nº 213 em 15 de dezembro de 2015. Assim, deve-se levar em consideração a regulamentação do CNJ, por estar vigente e ter abrangência nacional e o Projeto de Lei no Senado 554/2011, que também dispõe sobre a matéria da audiência de custódia.

Assim, a audiência de custódia consiste no seguinte: em vez de ser encaminhado à Justiça apenas o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, como manda o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), o próprio preso será apresentado em Juízo juntamente com o auto flagrancial. De tal modo que, no

lugar da análise do auto de prisão em flagrante, o juiz ouve o preso na forma prevista nas normas que regulamentarem a matéria, após o que adotará uma das medidas previstas no art. 310 do CPP.

A apresentação do preso contribui significativamente para o controle da legalidade e da cautelaridade da prisão, sendo essa a principal finalidade da audiência de custódia. No entanto, mesmo estando ausente o preso, o juiz deve fazer essa avaliação, com observância do contraditório (art. 282, §3º do CPP). O ideal seria, inclusive, que fosse realizada uma audiência, mesmo sem a apresentação do preso, pois a oralidade nela existente permite o debate contraditório entre a defesa e o Ministério Público, mediado pelo juiz, do qual surgirá a melhor solução para o caso concreto.

A implantação da audiência de custódia pelos Tribunais brasileiros mostra-se uma necessidade que vem ao encontro de todas as políticas criminais voltadas para a proteção e defesa dos direitos humanos dos presos e para o combate à cultura do encarceramento.

No Brasil, existe uma verdadeira cultura do encarceramento. Apesar das inúmeras garantias e direitos individuais fundamentais previstos na CR/88, os quais assegurariam ao indiciado ou acusado a liberdade durante o curso da investigação e do próprio processo, o que se observa é a prisão como regra. A prisão provisória tem sido usada como verdadeira antecipação de pena ou com finalidade diversa da que a legitimaria sob a ótica da cautelaridade.

Por conta disso, o número de presos provisórios no país é na média de 40% da população carcerária, sendo que, boa parte dos presos provisórios do Brasil poderia responder à ação penal em liberdade plena ou sob alguma medida cautelar diversa da prisão. Na prática, é que muitos desses presos provisórios são liberados quando têm audiência com o juiz.

No entanto, se leva cerca de três ou mais meses para que a audiência de instrução aconteça. Enquanto isso, o preso fica aguardando na cadeia uma solução que

poderia chegar mais cedo se lhe fosse garantido o direito de, sem demora, ter contado com o juiz.

É nesse cenário que surge a audiência de custódia, já que vai garantir o direito do preso de ser levado à presença de uma autoridade judicial no menor prazo possível, permitindo a essa autoridade analisar com mais segurança e humanidade a situação prisional do preso.

A implementação da audiência de custódia efetiva várias garantias constitucionais. A realização da mesma garante, no Brasil, o efetivo respeito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988), da garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV, da CF/1988), do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), bem como a determinação de que ninguém pode ser, presa sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo o caso do flagrante ou de transgressão militar (art. 5, LXI, da CF/1988). Ainda, a apresentação da pessoa presa em juízo no prazo de 24 horas é a maneira mais célere de garantir que a prisão ilegal será relaxada (art. 5º, LXV, da CF/1988) e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei admitir a liberdade (art. 5º, LXVI, da CF/1988).

Assim, para melhor análise e consolidação do tema abordado, foram estudadas as contribuições científicas encontradas em obras de MELO (2016), RANGEL 2010, GREGO 2012 e NUCCI 2013.

Buscou-se abordar de forma detalhada o tema ora exposto, de modo que cabe a nós operadores do direito, uma visão crítica a respeito do uso e manutenção da prisão de forma que, a audiência de custódia seja um meio alternativo para que seja dada efetividade aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e transversalmente por tratados internacionais.

2 PRINCÍPIOS CORRELATOS A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O estudo dos princípios relacionados à audiência de custódia é de fundamental importância para entender a lógica como o ordenamento jurídico penal deve operá-la, já que são responsáveis pela coerência interna e fornecem os meios necessários para que os direitos, mormente os direitos humanos, sejam respeitados.

Os princípios possuem uma função limitadora, ou seja, sua função é delimitar o *ius puniendi* estatal, servindo como garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. Exatamente por esta razão é que podem ser extraídos, direta ou indiretamente, da Constituição, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica.

Como se tratam de proposições prescritivas que se referem ao que, de fato, deveria ocorrer em um Estado Democrático de Direito, mas que, infelizmente, nem sempre acontecem, tanto no âmbito de criação como no de aplicação da norma, a conjunção das garantias penais e processuais conduz a um sistema que legitima democraticamente o exercício do poder punitivo e também deslegitima seu uso abusivo.

Tem-se que a audiência de custódia consiste efetivamente em meio de ampla defesa à pessoa do preso. Bem por isto, pode ser entendida como relevante forma de acesso à jurisdição penal, tratando-se, por conseguinte, de uma das garantias de liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.

A partir deste tópico, estudaremos os princípios correlatos a audiência de custódia como garantia dos direitos individuais previstos na Carta Magna Constitucional, a saber:

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade, como espécie de princípio fundamental, serve de base para todos os demais princípios e normas constitucionais, inclusive as infraconstitucionais. Bem por isto, é que a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de

reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito.

Trata-se de um conceito adequável à realidade e também à modernização da sociedade contemporânea, devendo estar em relacionado com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano.

Analisando a estrutura da Constituição de 1988, verifica-se que este princípio pode ser encontrado dentro do sistema constitucional em níveis, normas, princípios e subprincípios, e regras.

No seu preâmbulo, a Constituição faz menção ao Estado Democrático de Direito como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais. Em sequência, no artigo 1º, incs. I e II e no artigo 170, *caput*, verifica-se a incumbência da ordem econômica em assegurar a todos uma existência digna. Já no artigo 226, §7º, foi dada ênfase a família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. O artigo 3º, inc. III e o artigo 23, inc. X, por sua vez, é o responsável pela afirmação da “exterminação da pobreza e das desigualdades sociais”. A Carta Magna traz, em seu artigo 6º, o mínimo que cada indivíduo necessita: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Destarte, todos os direitos sociais acima citados estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana. Em decorrência disso, o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

O avanço que o Direito Constitucional apresenta atualmente é resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões.

Respeitar a dignidade da pessoa humana deve ser uma tônica das relações jurídicas, devendo o Direito atuar de forma dinâmica, inovando e transformando, porque torna o homem mais digno ao possibilitar-lhe o pleno desenvolvimento de sua

personalidade, de onde resulta sua valorização como pessoa humana.

Assim, com a criação das audiências de custódia, dever-se-á evitar, ou ao menos limitar, o número de prisões arbitrárias e ilegais, que, por qualquer motivo, sejam desproporcionais e desnecessárias se este Direito for respeitado em sua integralidade, já que o Estado estaria obrigado a garantir a tutela da integridade moral e física do preso provisório.

Considera-se, assim, que haverá a prevenção contra a tortura e eventuais abusos cometidos em delegacias de polícia, assegurando-se, portanto, a efetiva tutela dos direitos fundamentais do autuado em flagrante delito.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática como um dos fundamentos do Estado de Direito, torna-se o elemento referencial para a audiência de custódia, posto que o ser humano não possa ser tratado como simples objeto, nem mesmo na condição de réu.

2.2 Princípio da Humanidade

Princípio segundo o qual o objetivo da pena não é o sofrimento ou a degradação do apenado. Por ele, o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica do condenado.

Atrelado a tal princípio, encontra-se a proibição de pena indigna, o qual não permite penas que agridam a integridade física e moral do sujeito. De outro modo, em consonância com a humanidade, tal princípio terá aplicação efetiva em todos os demais princípios.

Pode-se afirmar quanto a essa relação, que tal princípio se apresenta como diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, resguardando a dignidade pessoal e relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade.

Como a imposição de penas deve observar os preceitos constitucionais, verifica-se que não poderá haver aplicação penal que exceda tais limites, bem como penas que

visem tão somente à punibilidade, como ocorreria no caso de penas de modo vexatório, humilhante e mesmo degradante em relação ao acusado.

É necessário, por consequência, possibilitar a correção das ações ilícitas no limite do possível, iniciando-se pela audiência de custódia, pois tutela a dignidade humana do autuado em flagrante (que é presumido inocente) e também lhe garante o imediato acesso a jurisdição criminal com a possibilidade de se defender à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Como modo de respeito às normas legais inerentes a qualquer pessoa, tendo o intuito de inserção do acusado no convívio social, sem que se criem sentimentos deste, de continuidade da vida criminal posteriormente ao cumprimento da pena.

2.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade surgiu no Direito Penal como um instrumento de defesa contra as arbitrariedades do legislador (ou do rei), e ao mesmo tempo, trazendo suporte ao julgador para que este encontre racionalidade nas bases desse instrumento, passando a decidir conforme a lógica e a razão.

O princípio da proporcionalidade é considerado um dos primeiros princípios a trazer a humanidade como elemento de julgamento, distanciando o julgador de atentar simplesmente para a letra fria da lei.

Como prova da qualidade doutrinária apresentada pelo princípio da proporcionalidade, a declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em 1795, passa a estabelecer que “a lei deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito (art. 12). ”. Ou seja, traz o princípio da Proporcionalidade descrito, positivado em seu contexto de expectativa de defesa.

Trazendo este princípio para o âmbito da audiência de custódia e suas garantias, percebe-se que, havendo um primeiro contato pessoal do imputado com o juiz, caberá a este aferir qual seria a melhor medida a ser aplicada ao caso concreto, satisfazendo-se a proporcionalidade dos atos judiciais: necessidade e adequação.

De modo geral, o princípio em questão tem como intuito, assegurar os direitos

asseverados na CF, quanto à dignidade da pessoa humana, orientando o legislador no implemento de novas normas punitivas do Direito Penal, devendo ser observados, também, os preceitos de tornar as penas proporcionais em relação aos atos praticados, sem que se fira de algum modo, direitos já preestabelecidos na Constituição da República.

A proporcionalidade, então, encontra correlação com os princípios anteriormente citados, observando que, a audiência deverá ter como parâmetro o grau de responsabilidade do preso, funcionando como forma de medição da imposição penal, garantindo-se um controle judicial célere e eficaz sobre a legalidade, necessidade e adequação da prisão cautelar, minimizando as superlotações nos presídios nacionais.

2.4 Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto em nossa Carta Magna como garantia constitucional, além de ter previsão em artigos do Código de Processo Civil Brasileiro. Verifica-se, assim, que a motivação das decisões está relacionada de modo direto com outras garantias constitucionais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal e da publicidade, dentre outros.

Ao analisarmos a letra da lei, podemos concluir que não é apenas a sentença e o acórdão que deverão ser fundamentados, mas sim todas as decisões proferidas pelos juízes, posto que a Constituição Federal de 1988 deve prevalecer sobre as demais legislações, e a Lei Maior não se refere apenas às sentenças e acórdãos, e sim às decisões.

A motivação das decisões aplicada à audiência de custódia implica em que o juiz deverá mostrar às partes e aos demais interessados como se convenceu para chegar àquela conclusão. Deve, de maneira clara e objetiva, demonstrar o porquê decidiu daquela maneira, concluindo-se que para se ter uma decisão justa a respeito da legalidade da prisão efetuada, o juiz deve respeitar as garantias constitucionais elencadas na Constituição Federal, especialmente o contraditório, visto que deve

mencionar os motivos que o levaram ao seu convencimento, além de dar direito ao público em geral de entender as causas da decisão.

2.5 Princípio do acesso à Justiça

Por se tratar de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, até pela análise de seu conceito.

A audiência de custódia se relaciona com o ato de guardar e proteger. Consiste, portanto, na condução do preso, *incontinenti*, à presença de uma autoridade judicial, a qual deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um 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.

O acesso à justiça, chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Verifica-se, portanto, que este princípio contempla não só direitos individuais como também os difusos e coletivos, e que a Constituição achou por bem tutelar não só a lesão a direito como também a ameaça de lesão, englobando aí a tutela preventiva.

O acesso à justiça é direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania. Mais que acesso ao judiciário, alcança também o acesso a aconselhamento, consultoria, enfim, justiça social.

O disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal é muito mais abrangente que o acesso ao Poder Judiciário e suas instituições por lesão a direito. Vai além, já que se enquadra aí, também, a ameaça de direito, e segue-se com uma enorme gama de valores e direitos fundamentais do ser humano.

Assim, quem busca a defesa de seus direitos (ameaça ou lesão) espera que o Estado-juiz dite o direito para aquela situação, em substituição da força de cada litigante, pacificando os conflitos e facilitando a convivência social, sendo exatamente o que se busca na audiência de custódia.

2.6 Princípio do devido processo legal

Considerado como o princípio maior que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista englobar, de certa maneira, os demais princípios processuais, a exemplo dos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, é o princípio segundo o qual o processo deve observar necessária e impreterivelmente a legalidade, pressuposto de qualquer Estado de Direito.

É o inafastável princípio do direito processual que preceitua a proteção aos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, se referem à vida, à liberdade e à propriedade, amplamente consideradas, ou seja, este princípio se relaciona não apenas com o princípio da legalidade, mas também com o da legitimidade. Saliente-se que a sociedade espera uma jurisdição atuante e que dê o respeito devido tanto à legalidade quanto à legitimidade, pois, em terras onde a lei muitas vezes é descumprida, o que se deve esperar além do caos social?

A implantação da Audiência de Custódia pelos Tribunais brasileiros tem se mostrado, portanto, uma necessidade que vem ao encontro de todas as políticas criminais voltadas para a proteção e defesa dos direitos humanos dos presos e para o combate à cultura do encarceramento.

Quem vive a realidade da Justiça brasileira não nega que, no Brasil, existe uma verdadeira cultura do encarceramento. Apesar das inúmeras garantias e direitos individuais fundamentais previstos na CR/88, os quais asseguraram ao indiciado ou acusado a liberdade durante o curso da investigação e do próprio processo, o que se observa é a prisão como regra.

Com efeito, a Audiência de Custódia humaniza a decisão judicial acerca da

legalidade e necessidade da prisão, bem como permite ao juiz verificar eventuais casos de maus-tratos e tortura de presos, e outras violações de direitos.

É nesse cenário que a Audiência de Custódia, irá garantir o direito do preso de ser levado à presença de uma autoridade judicial no menor prazo possível, permitindo a análise com maior segurança e humanidade sobre a situação prisional do preso, o que, sem dúvida, irá lhe assegurar o direito ao devido processo legal e contribuirá sobremaneira para reduzir a superpopulação carcerária brasileira, posto que, na Audiência de Custódia, o juiz terá melhor base empírica para aplicar, se entender cabíveis, as medidas cautelares diversas da prisão, que foram incorporadas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011.

3 O INSTITUTO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito etimológico e jurídico de prisão significa a privação de liberdade do direito de ir e vir, ou a forma de cumprimento de pena, é importante destacar que este instituto é subdividido pelo ordenamento jurídico e pela doutrina em espécies. As modalidades de prisão são determinadas de acordo com a natureza e momento em que se encontra o processo.

3.1 Prisão Cautelar e a Prisão Pena

A prisão é a privação de liberdade de locomoção. No Brasil, existem dois tipos de prisão: a prisão cautelar e a prisão pena.

A prisão cautelar é também conhecida como prisão sem pena, processual ou provisória, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e tem aplicação no curso do inquérito ou no curso do processo, é analisada no âmbito do Direito Processual Penal. As prisões cautelares existentes são: flagrante, preventiva, temporária, a decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível.

Já a prisão pena, que é aquela que ocorre após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória e que vai deflagrar a lei de execuções penais, é aplicada na esfera do Direito Penal. Esta modalidade de prisão tem o prazo máximo definido em lei, nos preceitos secundários dos tipos penais, não podendo ultrapassar 30 anos.

3.2 A prisão em flagrante

O art. 302 do CPP dispõe que:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1947, p. 561)

Nesse sentido, o flagrante é uma modalidade de prisão que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, possui natureza cautelar, desde que esse alguém encontrar-se cometendo, tenha acabado de cometer ou seja perseguido (ou mesmo encontrado) em situação (ou na posse de elementos) que faça presumir o cometimento de uma infração penal.

A expressão *flagrante* vem da expressão latim “*flagare*”, que significa queimar ou arder (TÁVORA, 2011, p.549). É o que crime que está acontecendo ou acabou de acontecer.

3.2.1 Modalidades

Importante ressaltar que, o rol do art. 302 do CPP transcrito anteriormente é taxativo, ou seja, somente haverá o flagrante se a conduta do indivíduo se enquadrar em uma das hipóteses previstas. A doutrina traz diversas modalidades quanto às espécies de flagrante, são elas:

3.2.1.1 *Flagrante Próprio*

A primeira modalidade é o flagrante próprio é também conhecido como flagrante propriamente dito. Nesta modalidade, o criminoso é preso cometendo o delito, desenvolvendo os atos executórios ou quando acaba de cometer o crime, quando encerrou os atos executórios, mas ainda se encontra no *locus delicti*.

3.2.1.2 *Flagrante Impróprio*

A segunda modalidade é o flagrante impróprio, ou seja, é um quase flagrante onde o criminoso é perseguido logo após o crime e esta perseguição irá desaguar na prisão. Essa perseguição pode durar horas, dias, semanas, meses. A expectativa aqui é a continuidade. Se houver interrupção da perseguição, não cabe mais a prisão em flagrante. Os artigos 250 e 290 do CPP preestabelecem o conceito de perseguição que se caracteriza quando a polícia vai ao encalço de alguém por informações próprias ou de terceiros mesmo que não exista contato visual. Importante ressaltar

que não há prazo para a perseguição e a mesma irá se estender enquanto houver necessidade, não se admitindo, contudo, interrupções.

3.2.1.3 Flagrante Presumido

A terceira modalidade é o flagrante presumido, neste ato o criminoso é encontrado logo depois de ter praticado o crime com objetos, armas e papéis que façam a crer que ele é o delinquente.

3.2.1.4 Flagrante Facultativo

A quarta modalidade é o flagrante facultativo onde qualquer pessoa do povo pode prender em flagrante.

3.2.1.5 Flagrante Obrigatório

A quinta modalidade é o flagrante obrigatório, nesta modalidade as forças policiais têm obrigação de prender sempre que visualizar a ocorrência do crime.

3.2.1.6 Flagrante Forjado

A sexta modalidade é o flagrante forjado, que é aquele idealizado para incriminar alguém que, no caso concreto, é inocente. É um exemplo de flagrante ilegal.

3.2.1.7 Flagrante Esperado

A sétima modalidade é o flagrante esperado. Trata-se de uma criação doutrinária, não tendo disciplina na legislação brasileira. Ele se caracteriza pela atividade da polícia que fica de campana e realiza a prisão no momento em que os atos executórios se iniciam.

3.2.1.8 *Flagrante Preparado ou Provocado*

A oitava modalidade é o flagrante preparado ou provocado. Ele se caracteriza pela atividade da polícia que estimula ardilosamente a prática de um crime para com isso conseguir prender em flagrante. Segundo o Supremo, na súmula 145, essa prisão é ilegal pois o Estado não pode estimular a prática de um delito para de forma utilitária prender, além do que, o fato se caracteriza um verdadeiro crime impossível, pois jamais haverá a consumação.

3.2.1.9 *Flagrante Postergado*

A última modalidade é o flagrante postergado, também conhecido como flagrante diferido, retardado, ação controlada. O flagrante postergado cabe na Lei 9.034/95 (Lei de combate ao crime organizado) e na Lei 11.343/06 (Lei de combate ao tráfico de drogas). O flagrante postergado possibilita o retardamento da prisão em flagrante na expectativa de realizá-la no momento mais oportuno para a produção de provas e para a captura do maior número de infratores. No combate ao tráfico de drogas, é necessária a decisão judicial, prévia oitiva do Ministério Público e o conhecimento dos infratores além do provável itinerário da droga para realizar o flagrante postergado.

3.2.2 Procedimento

O primeiro ato do procedimento do flagrante é a captura. Após, haverá a condução até a presença da autoridade. Logo em seguida, será lavrado o APFD que é a formalização da prisão. E a última etapa é o recolhimento ao cárcere.

Os sujeitos envolvidos são: o condutor (a pessoa que leva o preso até a autoridade), o conduzido (preso), testemunha (pessoa que presenciou o momento da prisão) e a autoridade que vai presidir a lavratura do auto, no caso será um delegado local da prisão, independentemente do local em que foi consumado ou, se não tiver, na localidade mais próxima.

Ao se iniciar a lavratura do APFD, o primeiro ato dessa sequência é a oitiva do condutor, as alegações por ele prestadas serão reduzidas a termo e será colhida a sua assinatura. O delegado vai entregar ao mesmo um recibo que demonstra que o preso lhe foi apresentado. Após serão ouvidas as testemunhas que têm conhecimento do delito e da prisão, deverá ser ao menos duas, as declarações prestadas pelas mesmas também serão aduzidas a termo e é colhida sua assinatura. Por fim, será ouvido o conduzido, informando a ele dois direitos constitucionais: direito ao silêncio e direito de assistência, que é a comunicação da prisão a alguém. A presença do advogado não é necessária para lavratura do APFD embora tenha a Lei nº 13.245/16 que ampliou a participação do advogado em sede de Inquérito Policial permitindo ao mesmo a formulação de quesitos desde a fase de flagrante e manifestações escritas durante toda a fase de investigação.

Cabe ao delegado, ao final, entendendo que houve aparência de crime e que se trata de modalidade válida de flagrante, determinar ao escrivão que lavre o APFD. Em caso, se a autoridade policial entender que não houve crime ou que a prisão foi ilegal, irá determinar que não se lavre o APFD e posteriormente o relaxamento da prisão.

Em 24 (vinte e quatro) horas contadas da prisão, a autoridade policial deverá remeter ao juízo competente, ao promotor e, ainda, ao defensor público se o preso não possuir condições financeiras para contratar um advogado. Por fim, será entregue ao conduzido a nota de culpa que é uma breve declaração contendo o motivo da prisão e os seus responsáveis.

3.3 A prisão preventiva

A prisão preventiva é uma prisão cautelar cabível durante toda a instrução penal, ou seja, durante todo o inquérito ou todo o processo, sendo decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou da autoridade policial. É considerada a única prisão no Brasil que pode ser decretada de ofício e não possui um prazo de duração estabelecido em lei, o preso sai apenas quando o motivo que der causa a prisão desaparecer. Quando a prisão passa a ser desnecessária ela é revogada.

O mandado de prisão preventiva deve ser obrigatoriamente fundamentado, justificando o motivo da prisão. A mera reprodução do texto da lei não é considerada com fundamentação. Já existem entendimentos no STJ que a mera reprodução de texto significa ausência de fundamentação, o que leva a prisão ilegal, que deve ser revogada.

Configura-se a prisão preventiva quando estiverem presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. (BRASIL, 1941, p.562)

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941, p.562)

Existem quatro hipóteses para que a prisão preventiva seja fundamentada, quais sejam: Garantia da Ordem Pública, Garantia da Ordem Econômica, Garantia da Instrução Criminal e a Garantia da Aplicação da Lei Penal.

A prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública, pelo fato do criminoso que coloca em risco a ordem pública é aquele que se não for preso, irá continuar a praticar atos criminosos. A mera existência de maus antecedentes do criminoso não significa risco à ordem pública. Entende-se ainda como garantia a ordem pública o delito praticado que venha a reproduzir uma gravidade concreta, a

exemplo da forma pelo qual o mesmo foi praticado. Contudo a gravidade abstrata do delito, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva.

O segundo fundamento da prisão preventiva é a garantia da ordem econômica visa evitar que o criminoso solte pratique novos crimes a ordem econômica. O terceiro fundamento é a garantia da instrução criminal, a prisão decretada com base neste fundamento visa garantir a livre produção de provas. O quarto fundamento é a garantia da aplicação da lei penal, é a prisão decretada para evitar a fuga do criminoso, quando existirem indícios veementes de que a pessoa possa fugir.

A prisão preventiva somente é admitida nos crimes dolosos, mas existem exceções. Os crimes dolosos que comportam a preventiva são aqueles mais graves, ou seja, aqueles crimes apenados com pena superiores a 04 anos. Entretanto, em sendo o réu reincidente (art. 313, II, CPP) ou o crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 313, III, CPP), ainda que a pena seja inferior a 04 anos, admite-se a prisão preventiva.

3.4 A prisão temporária

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960/89, essa modalidade de prisão cautelar é cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial. Não é possível a decretação de prisão temporária de ofício e o querelante também não pode requerer.

A prisão temporária nos crimes comuns tem um prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Nos crimes hediondos ou assemelhados (tráfico, tortura e terrorismo), o prazo será de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por uma só vez por mais 30 (trinta) dias. Esgotando-se esse prazo, ela está automaticamente revogada pelo encerramento do mesmo.

Sendo a prisão temporária uma prisão cautelar, necessita do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Os requisitos estão previstos no art. 1º da Lei 7.960/89:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989, p.1145)

A maioria dos doutrinadores entendem que os incisos I e III são obrigatórios e o inciso II facultativo para a decretação da prisão temporária, este é entendimento do autor Guilherme Souza Nucci, que defende a corrente de que o inciso III é obrigatório mais o inciso I ou II. O *fumus comissi delicti* está simbolizado pelo inciso III. O *periculum libertatis* está simbolizado pelos incisos I e II. Portanto para decretar a temporária, necessário se faz conjugar os incisos. Já uma minoria da doutrina como, por exemplo, Júlio Fabrini Mirabetti entende ser alternativo os três incisos para a fundamentação para a decretação da prisão temporária.

A prisão temporária terá cabimento se for imprescindível para as investigações policiais. Além disso, quando o criminoso não possuir residência fixa ou não fornece elementos para sua identificação civil. Poderá ser decretada se existirem indícios de autoria ou de participação na prática de um dos crimes graves preestabelecidos no inciso III do art.1º da Lei 7.960/89.

O procedimento para decretação da prisão temporária se inicia com um requerimento originado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. O

requerimento é protocolizado ao juiz, que terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir, decretando ou não a prisão temporária. Em sendo o requerimento originário da autoridade policial, deverá o magistrado antes da decisão, abrir vista ao Ministério Público para que o mesmo exare seu parecer.

4 A LIBERDADE PROVISÓRIA E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A CR estabelece em seu texto, como direito fundamental do indivíduo, a liberdade de locomoção em todo território nacional, assegurando o direito de ir, vir e permanecer de todo cidadão. Assim, a regra é a liberdade, a exceção é a sua privação, portanto a liberdade é um direito constitucional que não pode ser negado se estiverem presentes os requisitos necessários. O CPP prevê uma série de medidas cautelares, cujo regramento deve ser lido em compasso com os pressupostos gerais aplicáveis a todas as medidas cautelares.

4.1 Liberdade provisória com fiança

A fiança traz a ideia de caução, é um direito do acusado mediante o pagamento e cumprimento de certas obrigações impostas pelo juiz, ficar em liberdade durante o processo, desde que sejam preenchidos os requisitos legais. A fiança pode ser concedida logo quando o agente é preso ou a qualquer momento até o trânsito, pode ser arbitrada pela autoridade policial ou pelo juiz. O valor serve para pagamento de despesas e obrigações em casos de condenação.

4.2 Liberdade provisória sem fiança

A liberdade provisória sem fiança é a regra, o juiz deve verificar a necessidade de caução, pode ser concedida para todos os crimes afiançáveis ou inafiançáveis, desde que o juiz verifique o caso concreto. É o instrumento de combate a prisão cautelar que dispensa o implemento pecuniário para que o indivíduo goze da liberdade.

A liberdade provisória sem fiança pode ser incondicionada ou condicionada. A incondicionada aplica-se as pessoas que foram surpreendidas em flagrante praticando infração penal cuja multa é a única pena ou a liberdade não ultrapasse três meses, devendo a autoridade policial lavrar o auto e liberá-la, sem nenhuma condição. Já a liberdade provisória condicionada diz respeito quando a pessoa se compromete a comparecer a todos os atos processuais.

4.3 Medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP

O Código de Processo Penal em seu art. 319 traz em seu rol as medidas cautelares. A maior parte delas já se encontra previstas em algumas das diversas leis de nosso ordenamento jurídico. O aspecto inovador consiste em agrupá-las e utilizá-las como medidas cautelares processuais diversas a prisão.

São conceituadas como um instrumento restritivo de liberdade, com caráter urgente e provisório, sendo prévia da prisão, durante a instrução penal, que tem por objetivo controlar e acompanhar o acusado, desde que, necessária ao caso concreto.

As medidas cautelares são regidas por quatro principais características: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. Vejamos o art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (BRASIL, 1941, p. 563)

O rol das medidas cautelares é exemplificativo, portanto, nada impede o juiz de estabelecer outras medidas adequadas ao caso concreto, desde que não se exceda

os limites autorizados em lei. Para a decretação da medida cautelar diversas à prisão, existem pressupostos que devem ser observados, como por exemplo, o juiz pode deferir de ofício ou a requerimento das partes, durante o processo; o juiz pode decretar, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, na fase de investigação criminal, em obediência ao sistema acusatório, que rege pelo respeito à imparcialidade do juiz.

5 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O atual procedimento adotado pelo CPP, prevê que em até 24 horas após realizada a prisão, deverá ser encaminhado ao juiz competente o APFD, sendo que, com sustentação a este documento, sem a oportunidade de ouvir o autuado, terá o magistrado que decidir sobre a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão cautelar. Essa análise é feita sem qualquer contato pessoal do preso com o juiz, de modo geral o primeiro contato pessoal da pessoa presa em flagrante com a autoridade judiciária ocorre somente no interrogatório, ao final da instrução processual, o que pode levar meses e até mesmo anos após a sua prisão.

Todavia, essa sistemática adotada pelo CPP vem se expondo insuficiente tanto para um efetivo controle judicial da legalidade e necessidade da prisão provisória quanto para a verificação abuso de autoridade em relação a pessoa detida.

5.1 Definição

A definição da audiência de custódia consiste no direito da pessoa presa em flagrante de ser apresentada sem demora ao juiz competente ou a uma autoridade com funções judiciais, para que este juízo ou esta autoridade decida acerca da manutenção da prisão ou não daquele indivíduo que foi preso.

A previsão normativa acerca da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico brasileiro encontra-se previstas em duas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, são elas: a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, ambas as convenções entraram no Direito interno no ano de 1992, quando o Brasil por meio de decreto determinou a internalização destas convenções internacionais.

Atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PSL) nº 554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, propondo a alteração do §1º do artigo 306 do CPP para instituir a audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante, com a seguinte redação:

Art. 306. [...]

§1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 2011)

O projeto, além de estabelecer o prazo máximo para a realização do procedimento, estabelece os métodos para a sua realização.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a CR/88 está acima das normas internacionais sobre direitos humanos, porém para o órgão julgador mencionado as normas internacionais estão acima da legislação ordinária, o que significa que elas têm um caráter supralegal, sendo assim se a norma internacional estiver em contra posição com a Lei Ordinária, prevalece a norma internacional tendo em vista que, hierarquicamente está acima, se a norma internacional estiver em contraposição à CR/88 prevalece a Constituição estando ela um patamar acima dos Direitos Humanos.

5.2 Finalidade

Inicialmente a audiência de custódia visa garantir o direito fundamental da pessoa presa de ter a avaliação acerca da manutenção de sua prisão de forma rápida, se possível quase imediata após ser detida. Neste caso a autoridade judiciária poderá manter a prisão, relaxar ou aplicar outras medidas cautelares inerentes ao caso concreto. Bem como, prevenir a prática de tortura ou qualquer tipo de coação ilegal moral e física da pessoa presa, considerado que, se a pessoa presa será apresentada a autoridade judiciária sem demora, os agentes do Estado que prenderam deverão agir evitando cometer qualquer agressão física contra o flagranteado.

Importante ressaltar que com a realização da audiência de custódia, os índices de solturas das pessoas presas serão maiores, causando assim a diminuição da população carcerária, evitando com que tenha grande número de presos por um longo prazo.

5.3 Procedimento

Efetuada a captura e condução do preso, em até 24 horas, a autoridade competente irá providenciar a formalização feita através do APFD, comunicando assim o juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública nos casos em que não houver advogado constituído, sobre a ocorrência da prisão encaminhando aos órgãos cópias da documentação necessária do APFD. No mesmo prazo de 24 horas, o preso deverá ser comunicado pessoal e formalmente sobre a sua prisão, por meio da nota de culpa.

A autoridade policial apresentará o preso no prazo em até 48 horas após a sua prisão em flagrante, para o mesmo participar da audiência de custódia. Em se tratando de prisão decorrente de mandado judicial, o prazo é de 24 horas, contadas a partir da captura.

Primeiramente, o autuado terá um contato prévio com seu advogado ou defensor. No andamento da audiência o autuado será cientificado da possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas. Seguindo, o magistrado o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais e sobre sua prisão. Serão ouvidos o Ministério Público e o defensor, quando estiverem presentes na audiência. Posteriormente a entrevista será analisada a prisão sob o aspecto de legalidade, da necessidade e adequação da continuidade e eventual concessão da liberdade, com ou sem imposição de outras medidas cautelares.

A medida também garante maior eficácia no controle de atuação dos agentes do Estado, sendo que com base nas informações apresentadas durante a audiência, o juiz competente poderá solicitar exame clínico e de corpo de delito do preso, quando concluir que há necessidade de perícia para apurar possível abuso de autoridade, durante a prisão.

5.4 A Convenção Americana de Direitos Humanos

O Sistema Regional Inter Americano foi criado através da Carta das Organizações dos Estados Americanos (OEA) em 1948 em Bogotá na Colômbia, essa carta tem

como objetivo proteger os direitos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem também criado no ano de 1948. Ambas trazem direitos a serem protegidos, sendo estes, normas que não tem caráter procedimental processual apenas de caráter declaratório. Assim, há necessidade de mecanismos de proteção destes direitos, sendo inserida a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica foi criada em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 18 de julho de 1978 quando obteve o mínimo de onze assinaturas de países que fazem parte dos Estados Americanos. O documento foi elaborado com a finalidade de consolidar entre os países um regime de liberdade pessoal e de justiça social.

O Brasil aderiu a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, no entanto algumas previsões deixaram de ser adotadas, sendo por questões políticas internas, como por dificuldades financeiras e estruturais na eficaz implantação de todos itens previstos na Convenção.

Como exemplo de descaso da Convenção podemos citar o art. 7º, item 5, *in verbis*:

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal [...]

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. – Capítulo II Dos Direitos Cíveis e Políticos (CADH 1969)

Mencionado artigo tem por objetivo instituir, nos países signatários a audiência de custódia, versa sobre medida exemplar, já que permite ao magistrado, em pouco tempo após a prisão, ter contato pessoal com o preso e sem demora verificar acerca da manutenção da custódia e necessidade, e ainda se houve algum abuso praticado em face do mesmo.

Ainda que, o Brasil tenha aderido a CADH em 1992, somente agora, é que, enfim, depois de recomendações feitas pelo CNJ, é que foram adotadas medidas efetivas para colocar em prática a audiência de custódia.

5.5 O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, firmado no ano de 1966 e promulgado no Decreto 592, de 06 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, construindo a dignidade da pessoa humana. (COUTINHO, 2015, p. 99).

No art.9, item 3 desse diploma, se dispõe com relação ao tema:

Art. 9° [...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (PIDCP, 1966).

A expressão “sem demora” foi aceita como o prazo de até 24 horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para que o autuado seja apresentado para o juiz, onde será analisado o caso concreto.

Assim, a norma constante dos Tratados Internacionais, garante que audiência de custódia é dão nitidez acerca da importância do direito à liberdade pessoal e para a proteção da integridade física, ao orientar que o preso deve ser conduzido o mais rápido a autoridade judicial.

5.6 A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça

O CNJ, no princípio de 2015, em parceria com o Ministério da Justiça, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), lançou o projeto piloto com o objetivo de implantar a audiência de custódia naquele estado.

Embora a garantia de apresentação estivesse prevista nas normas internacionais, o procedimento precisava de uma regulamentação, vez que, o Projeto de Lei do

Senado (PSL) 554/2011, ainda não foi aprovado. Portanto o TJSP editou o Provimento Conjunto nº 03/2015, o que gerou grande repercussão.

A resistência foi tão grande que logo foi contestada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, julgada improcedente pelo STF, reconhecendo que a audiência de custódia está prevista em tratados internacionais sobre direitos humanos.

Em contrapartida sobre a constitucionalidade do ato normativo editado pelo TJSP, vários outros tribunais aderiram ao projeto, criando regulamentações e dando início a audiência de custódia. Em 15 de dezembro de 2015, o CNJ editou a nº Resolução 213, com vigência a partir de 01 de fevereiro de 2016, padronizando a regulamentação em âmbito nacional da audiência de custódia. (MELO, 2016, p.24).

No entanto a Resolução 213 do CNJ apenas regulamenta a apresentação do preso e os procedimentos da audiência de custódia, que foi positivada em normas supraleais, não sendo assim, a criação de algo novo.

Portanto a referida resolução se “enquadra corretamente como medida regulamentadora apta a dar efetividade à garantia de apresentação, sobretudo diante da omissão do Poder Legislativo, sendo que sua edição foi apenas complementar aos tratados internacionais”. (MELO, 2016, p. 147).

5.7 A audiência de custódia no direito comparado

Com o objetivo de expor uma visão geral da audiência de custódia no direito comparado, merece ênfase o estudo efetivado pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de São Paulo para auxiliar o Projeto 554/2011, dando-se enfoque às jurisdições do Reino Unido, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Suécia, África do Sul e Argentina.

Através do referido estudo, pode-se concluir que há uma preocupação por parte de elevado número dos pesquisadores, no que diz respeito à razoabilidade do tempo que deve levar entre a prisão de um indivíduo e sua apresentação ao juiz, havendo

destaque, sobretudo, com relação a necessidade de limitação do tempo máximo de custódia antes da apresentação ao juiz.

O estudo assinalou que todas as jurisdições pesquisadas estão de acordo com as jurisprudências dos órgãos internacionais. Assim, o fato de se passar até poucos dias, não se justificaria.

Em relação às jurisdições mencionadas anteriormente, segundo Weis, Fragoso, (2012¹, *apud* BUFFARA, 2015, p.42) estabelecem seguintes os prazos para a apresentação do preso a um juiz:

Reino Unido: Em regra o prazo é de 24 horas, excepcionalmente podendo ser prorrogado uma ou duas vezes por 36 horas, alcançando, no máximo 96 horas (4 dias);

França: Em regra o prazo é de 24 horas, podendo ser estendido para 48 horas a pedido da Promotoria. Em circunstâncias especiais, a detenção alcançar 72 horas, e de 96 a 120 horas (5 dias) para casos com suspeita de terrorismo.

Espanha: O prazo máximo é de 72 horas.

Portugal: O prazo máximo é de 48 horas.

Alemanha: O prazo máximo é de 47 horas e 59 minutos.

Suécia: O prazo máximo é de 48 horas.

África do Sul: O prazo é de 48 horas, salvo se o seu término se der em dia em que não houver expediente forense, quando se prorroga até o próximo dia útil.

Argentina: O prazo máximo é de 06 horas

Assim, pode-se concluir que a efetividade da audiência de custódia nada mais é do que uma adequação ao que já se aplica há tempos em parte do cenário internacional, independente dos sistemas jurídicos serem similares ao nosso.

¹ WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/2011**. 2012.

6 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COMO SOLUÇÃO PARA O ARBÍTRIO NA DECRETAÇÃO DEMASIADA DE PRISÕES PROCESSUAIS

Inicialmente é importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil e está transcrito no art.1º, III da CR/88, direito garantido ao indivíduo desde o seu nascimento.

“Tal princípio, no que tange a privação da liberdade, garante tratamento digno e humanizado ao preso, com respeito à sua integridade física, sua imagem, sua honra (art. 5º, XLIX da CR/88) e demais direitos”. (MELO, 2016, p. 216)

A implementação da audiência de custódia no Brasil, está voltada a integral satisfação dos direitos fundamentais, logo o controle judicial sobre a prisão, mediante a entrevista pessoal do preso, além de ser um direito garantido pelas normas processuais, impõe como dever ético a uma justiça supostamente fundada na dignidade da pessoa humana.

Sendo que o mínimo que se espera de um magistrado é que o faça de maneira legítima e consciente de que se está diante de um sujeito e, enquanto tal, merecedor de dignidade, o que implica na possibilidade de ser apresentado e ouvido com o contato pessoal à autoridade judicial. Trata-se de direito fundamental e ao mesmo tempo consequência lógica do devido processo legal, sendo necessário reafirmar o respeito à dignidade da pessoa humana para um novo padrão civilizatório do processo penal. (MACHADO, 2015, p.47)

Assim, não restam dúvidas que a audiência de custódia, além de ser um instituto com um sistema inovador no país a fim de garantir os direitos individuais previstos na CR/88, auxilia na também na aplicação de medidas cautelares diversas à prisão, com a diminuição do número de prisões provisórias, além de assegurar a garantia da presunção da inocência, irá reduzir o *déficit* de vagas no sistema carcerário e os custos decorrentes da custódia do preso.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, a audiência de custódia consiste basicamente nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil no Ordenamento Jurídico e editados através da Resolução nº 213 do CNJ, onde impõem a apresentação da pessoa presa, sem demora a um juiz, momento este em que o mesmo irá analisar se a prisão é necessária ou se é passível de conceder a liberdade, com ou sem imposição de outras medidas cautelares. Destaca-se que a oitiva do preso é de suma importância, pois garante a integridade física e moral do mesmo contra possíveis ocorrências de tortura por parte dos agentes do Estado verificando-se ainda a ilegalidade da prisão.

Desde modo, a audiência de custódia tem por objetivo assegurar a máxima efetividade dos direitos humanos, consolidando ainda o acesso à justiça do preso, busca também tentar diminuir os números do encarceramento provisório no país, vez que geram grande custos ao Estado, tendo em vista que o atual cenário das prisões que observamos no Brasil, caracterizado pelo hiperencarceramento, requer inovações em relação à resolução de conflitos, sem que sejam criados mecanismos somatórios à pena de prisão. A superlotação dos estabelecimentos prisionais agrava a falta de segurança dentro dos mesmos, dificultando o trabalho dos agentes prisionais em manter sob controle e proteger.

Por isso, além de uma mudança legislativa, a audiência de custódia é um instituto necessário para o processo penal brasileiro e o melhor desempenho da justiça humanitária a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana, já que o Estado tem a permissão de privar a liberdade do homem, mas não a sua dignidade.

Por fim, por meio das decisões judiciais em audiências de custódia, é possível diminuir o arbítrio na decretação demasiada de prisões processuais efetivando assim a proteção prevista nas Convenções Internacionais e promovendo garantias mínimas de dignidade aos indivíduos sujeitos à custódia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Capítulo II Da Prisão em Flagrante. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Capítulo V Das outras Medidas Cautelares. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. **LEI Nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Presidente da República. **Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Presidente da República. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de novembro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado PSL 554/2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=203857&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 17 out. 2016

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed.- São Paulo: Malheiros, 2002.

BUFFARA, Cristiane Portugal. **Audiência de custódia como medida de convencionalidade no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/CRISTIANE%20PORTUGAL%20BUFFARA.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia: Dados Estatísticos / Mapa de Implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213/2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016

COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: Garantia do Direito Internacional Público. **RDP** nº 93 – Ago/Set 2015. Pag. 98 a 104. Assunto Especial Doutrina.
GREGO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Resistência Crítica e Poder Punitivo: Diálogos em torno da Audiência de Custódia. **RDP** nº 93 – Ago/Set 2015. Pag. 98 a 104. Assunto Especial Doutrina.

NETO, Francisco Sannin. **A audiência de custódia e o "jeitinho brasileiro"**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39583/a-audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

NOGUEIRA, Thays Rodrigues. **Medidas cautelares diversas à prisão**. Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9677/Medidas-cautelares-diversas-a-prisao>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13 ed. Ver. atual e ampl. - São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. **RDP** nº 93 – Ago/Set 2015. Pag. 09 a 31. Assunto Especial Doutrina.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18 ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REIS, Vinícius. **Audiência de Custódia - aula completa**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SqD6qO5BGWk&t=1305s>> Acesso em: 17 nov. 2016.

REIS, Vinícius. **Prisão cautelar 1- Diferenças entre prisão cautelar e prisão pena**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8uqFN_IcWX4&t=27s> Acesso em: 19 nov. 2016.

TÁVORA, Nestor. Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, JusPODIVM, 2011.