

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PARALELO ENTRE O FUNCIONAMENTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS ESTADOS DE MATO GROSSO E RIO GRANDE DO SUL

THE PARALLEL BETWEEN THE OPERATION OF CUSTODIAL HEARINGS IN THE STATES OF MATO GROSSO AND RIO GRANDE DO SUL

Vladia Maria de Moura Soares ¹
Rihan Salles dos Santos

Resumo

Neste artigo, procura-se fazer um levantamento da situação da audiência de custódia nas comarcas do Estado de Mato Grosso, e no Estado do Rio Grande do Sul, mediante pesquisa junto ao Tribunal de Justiça dos Estados. O resultado dessa pesquisa evidenciou a importância da audiência de custódia para cumprimento das finalidades de prevenção de tortura e eliminação de prisões ilegais, desnecessárias ou arbitrárias. Através da pesquisa quantitativa tenta-se demonstrar que o procedimento na comarca de Cuiabá tem sido realizado com regularidade, todavia não vislumbramos essa regularidade no Estado do Rio Grande do Sul – RS.

Palavras-chave: Direitos humanos, Audiência de custódia, Prisão ilegal, Tortura, Tratados internacionais

Abstract/Resumen/Résumé

In this article, it is sought to survey the situation of the custody hearing in the counties of Mato Grosso State, and in the State of Rio Grande do Sul, in the State Court of Justice. The result of this research highlighted the importance of the custody hearing to fulfill the purposes of preventing torture and eliminating unlawful, unnecessary or arbitrary arrests. Through the quantitative research we try to demonstrate that the procedure in the region of Cuiabá has been carried out regularly, however we do not see this regularity in the State of Rio Grande do Sul - RS.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Custody hearing, Unlawful imprisonment, Torture, International treaties

¹ Doutorado

INTRODUÇÃO

A audiência de apresentação é um instrumento de natureza pré-processual, buscando firmar o direito de todo cidadão a ser apresentado sem demora à presença de autoridade judiciária, sendo ela juiz, desembargador, ou ministro de acordo com a prerrogativa de foro existente no caso concreto, sendo seu objetivo inicial analisar a legalidade, necessidade para que se ponha fim à constrição ilegal. Esta medida pode, diante do caso concreto e após a análise de todos os elementos que ensejaram sua aplicação, ser revertida em prisão preventiva, ou aplicação de medida cautelar alternativa, afastando de um modo geral do jurisdicionado as práticas de maus tratos e ou tortura. Assim tem-se um processo penal melhor instruído refutando de imediato todos os elementos que corroboram para o mau gerenciamento do sistema carcerário brasileiro, evitando lesão a direito defeso em lei e futuros prejuízos a instrução penal do custodiado.

O propósito destas medidas é reprimir a violência policial e desta forma surge a lei nº9.299/1996 que delega a competência para a justiça comum nos crimes de homicídio praticados por militares contra civis. Esta medida ocorre logo após militares serem flagrados praticando crimes de tortura contra civis na Favela Naval de Diadema/SP e somente após este acontecimento que o Congresso Nacional aprova a lei nº 9.455/1997 que define o crime de tortura.

A resolução 213/2015 do CNJ busca prevenir a prática de atos de violência notoriamente ocorrido no âmbito de Direito Penal por seus agentes seja Civil ou Militar e busca com a condução imediata do preso a autoridade judicial repelir práticas indevidas no curso de persecução penal.

A Constituição já trazia em seu bojo a indicação de aplicação da medida cautelar ou colocação em liberdade, desde que fosse requerido pelo Ministério Público é de fundamental importância a manifestação do juízo, o que ocorrerá ao antigo texto do artigo 310 do CPP era um evidente descaso ocasionando um despacho genérico homologando a prisão em flagrante aguardando a remessa do inquérito, logo o que ocorrerá era manutenção da privação da liberdade do agente pela simples existência do estado de flagrância, não levando em conta sua necessidade cautelar violando assim o princípio da inocência descrito na CRF/88.

Tem-se com a audiência de custódia uma mudança de pensamento e conduta, para alcançar os objetivos da política criminal, a diminuição do encarceramento, resguardando-a para as hipóteses que não se mostrarem suficientes, concretiza-se nesta fase do direito penal no Brasil a efetividade do contraditório e a dialética, a resolução 213 do CNJ busca com a entrevista fundamentar melhor o judiciária e permiti-lo um discernimento real da conduta do agente.

Justifica-se a escolha do tema pela contemporaneidade do instituto no Brasil, bem como pela abrangência do estudo, pois inclui conhecimento de direitos humanos, direito processual penal e direito constitucional.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de acordo com a Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça, emitiu a Resolução 1087/15, do Conselho da Magistratura, regulamentando a inserção do projeto piloto da audiência de custódia a se realizar na Comarca de Porto Alegre.

No dia 30 de julho de 2015 foi realizada a primeira Audiência de Custódia no Estado do Rio Grande do Sul, que contou com a presença do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski.

O projeto piloto teve o prazo fixado em 120 dias pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, findando em novembro do ano de 2015. As audiências passaram a ser realizadas diariamente junto ao Presídio Central de Porto Alegre e na Penitenciária Feminina Madre Peletier, pelo Serviço de Plantão do Foro Central da Capital, onde serão analisadas todas as prisões em flagrante protocoladas no período do plantão até as 9 horas da manhã quando o mesmo se encerra.

O presente trabalho parte de uma análise quantitativa e também bibliográfica como fonte elucidativa de pesqu

1. IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS ESTADOS DE MATO GROSSO E NO RIO GRANDE DO SUL

A pesquisa foi realizada junto aos Tribunais de Justiça dos Estados. Foram solicitadas, com base na Lei nº 12.527/2011, os dados quantitativos sobre as audiências de custódia e autos de prisão em flagrante do período de 24/07/2015 a 30/06/2017 (período do primeiro levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça) e 23/08/2017 a 29/11/2017 (período em que já havia regulamento do Tribunal de Justiça para realização de audiências de custódia em todas as comarcas do estado), período esse no Estado de Mato Grosso e foram assistidas 68 audiências de custódia, no período de 27/03 a 31/03 e 03/04 a 07/04 de 2017, no Estado do Rio Grande do Sul deste número, 8 presos relataram ter sido vítima de maus tratos, abusos de autoridade no momento da prisão e apenas 2 foram encaminhados para o serviço social

O acompanhamento das audiências de custódia foi realizado no Presídio Central de Porto Alegre, onde são realizadas as audiências a partir das 9h:30 da manhã, segundo a nova Resolução 1143/2016, do Conselho de Magistratura. São encaminhados para a audiência somente os flagrantes distribuídos até às 9 horas da manhã do dia da realização da audiência no Serviço de Plantão Judicial, após este horário, os autos de prisão em flagrante distribuídos só terão a audiência realizada no dia seguinte e, neste intervalo, os indivíduos presos ficam aguardando dentro das dependências do presídio central, logo, ultrapassando as 24 horas.

Algumas comparações foram feitas para analisar a compatibilidade dos dados disponíveis no portal do Conselho Nacional de Justiça e os fornecidos pelas instituições mencionadas. As informações constantes no portal do Conselho Nacional de Justiça aproximam-se dos dados fornecidos pelas instituições, mas os números não são coincidentes. Contudo, foram utilizados os dados repassados formalmente pelas instituições mediante formalização específica para este trabalho.

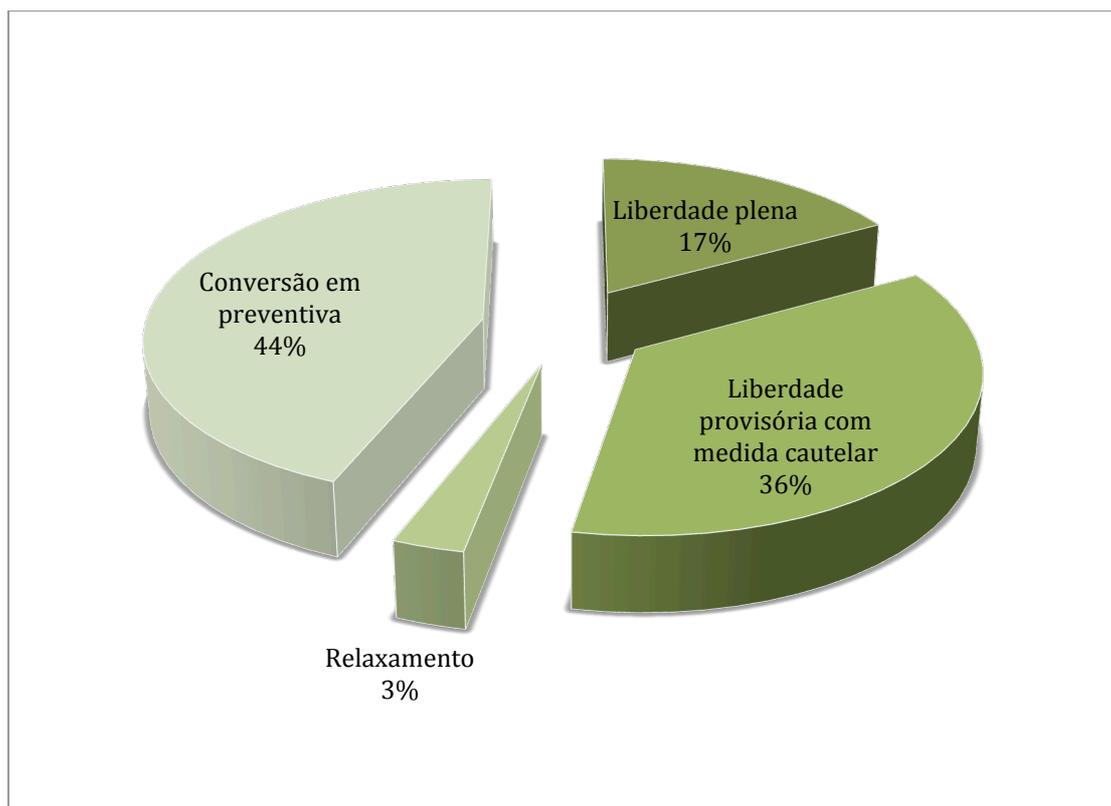
Já em Mato Grosso a audiência de custódia foi implantada em dois estágios. No primeiro momento, na comarca de Cuiabá por meio do Provimento nº 1, de 18 de janeiro de 2017. Posteriormente, por meio do Provimento nº 12, 17 de agosto de 2017, foi estendida às

demais comarcas do estado. Portanto, os dados de audiências de custódia até junho de 2017 referem-se apenas àquelas realizadas em Cuiabá.

É necessário destacar que antes da edição dos Provimentos 1 e 12 do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, não eram realizadas audiências de custódia no estado. Portanto, não era cumprido o disposto no Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992

Dessa forma, conforme informações disponibilizadas pelo Tribunal de Justiça, foram realizadas 6589 audiências de custódia em Cuiabá. Conforme ilustrado no Gráfico 1, das 6589 audiências realizadas no período de 24 de julho de 2017 a 30 de junho de 2017, 44% (2899) teve como resultado a conversão em prisão preventiva, 36% (2372) resultou em liberdade provisória com medida cautelar diversa da prisão, em 17% (1120) a decisão concedeu liberdade plena e em 3% (198) foi relaxada a prisã

Gráfico 1 - Decisões em audiências de custódia em Cuiabá no período de 24/07/2015 a 30/06/2017



Fonte: Manifestação nº 0101638-06.2017.8.11.000 do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

O representativo percentual de 56% de decisões que não ocorreu a conversão em prisão preventiva e manutenção da pessoa presa. Isso atesta a importância da realização da audiência de custódia sem demora para que seja assegurada a pessoa presa em flagrante os direitos e garantias constitucionais. Não há como reparar ou mesmo mensurar o dano causado a uma pessoa que foi mantida presa sem motivos justos e fundamentados conforme o ordenamento jurídico vigente. No que concerne ao tema, o desembargador Sérgio Pitombo¹ comenta que:

A prisão traz hoje consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa. Sem esquecer a quebra da dignidade da pessoa humana. As celas, nos Distritos Policiais, tornaram-se jaulas obscuras e perigosas. Impossíveis ignorar o que todos sabem e ninguém contesta. [...] Aquém da grade, o tempo não se conta em dias, nem sequer em horas, porém, em minutos. A

¹ Voto nº 6276 - Desembargador Sergio Pitombo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

prisão é constrangimento físico, pela força ou pela lei, que priva o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Prisão indevida, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do status 'dignitatis e libertatis'. O dano moral, dela decorrente, é "in re ipsa". Vale assentar: surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois.

Também com o objetivo de demonstrar a implantação, foi feito levantamento do fluxo de audiências de custódia no mês de junho de 2017. Nele é demonstrado que em média são realizadas nove audiências de custódia por dia, sendo o quantitativo máximo realizado em um único dia 17 e o mínimo um. Cabe destacar que na comarca de Cuiabá há estrutura específica para realização dessas audiências.

Diferente do que se observa no Estado do Rio Grande do Sul, principalmente na Comarca de Porto Alegre onde os presos em flagrante são levados ao Presídio Central , ou à Penitenciária Feminina Madre Pelletier, caso sejam mulheres antes mesmo de passarem pela audiência de custódia.

Enquanto aguardam, o juiz plantonista recebe o auto de prisão em flagrante e decide, no próprio Foro Central, se o indivíduo deve continuar preso ou não. No dia seguinte, esse mesmo juiz plantonista se desloca até os presídios para realizar a audiência de custódia daqueles presos que não foram soltos por ele no dia anterior, acontece aí uma violação expressa da resolução do CNJ. , o local é inadequado, nem todo mundo que deveria ser levado chega até a audiência.

Considerando que alguns presos são soltos antes de passarem pelo crivo da audiência de custódia, não se sabe nada sobre eles - o que os motivou a cometer o delito e se passaram por alguma situação de tortura ou violência no ato da prisão em flagrante. E há, também, o caso daqueles presos reincidentes, que respondem a algum processo criminal, e que não são encaminhados ao juiz justamente pelo fato de já terem cometido delitos.

De acordo com o Mapa de Implantação das Audiências de Custódia do CNJ, entre 30 de julho de 2015 e 30 de abril de 2017, foram realizadas 6.253 audiências de

custódia no Rio Grande do Sul. Do total, 5.297 foram presos preventivamente, e 956, soltos. Além disso, 374 alegaram ter sofrido algum tipo de violência no ato da prisão, e 44 foram encaminhados para o serviço social. No mesmo período, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) recebeu, em todas as comarcas, 41.159 autos em flagrante. Isso significa que somente 15,1% dos presos em flagrante foram levados à audiência de custódia. Comparando esses números, percebe-se que há uma falsa ideia de que o Rio Grande do Sul é um dos estados mais rígidos no cumprimento das audiências, os dados repassados ao CNJ pelo TJ-RS não são confiáveis. Relatos de abuso no ato da prisão são o principal avanço.

A audiência de custódia garante, portanto, o direito de que todo e qualquer preso seja levado à presença de um juiz, que avaliará as circunstâncias da detenção e se houve algum ato de abuso ou violência.

Uma vez que os presos são logo encaminhados aos presídios, o suspeito, mesmo sem condenação efetiva, já entra em contato com o universo dos encarcerados. "

Foram acompanhados 68 expedientes de audiência de custódia, realizadas em dez dias úteis no Presídio Central de Porto Alegre, que foram presididas por seis juízes diferentes, dois defensores públicos e apenas dois presos possuíam advogados constituídos.

Dentre os crimes praticados, o tráfico de drogas e o roubo com emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, se sobressaem perante os demais tipos penais.

No período apurado, pode-se analisar o alto índice de conversões de prisão em flagrante em prisão preventiva, o que restou em conformidade com os dados do Conselho Nacional de Justiça demonstrando, assim, que o Rio Grande do Sul é um dos Estados que mais prende, pois 49 audiências, que totalizam 72%, resultaram em prisão preventiva; 19 audiências, que totalizam 28%, resultaram em liberdade provisória; 8 indivíduos, que totalizam 12%, relataram ter sofrido algum tipo de violência no momento da prisão e apenas 2 foram encaminhados para o serviço social, totalizando o percentual de 3%.

Durante os dez dias de acompanhamento, foi possível perceber importantes pontos que ainda precisam ser ajustados e observados pelo poder público, como o fato

da entrevista prévia ser realizada na presença de policiais, assim como audiências realizadas sem a presença do membro do Ministério Público, até mesmo relatos de violência sofrida que são ignorados pelo Juiz e demais presentes, audiências que ocorrem de forma coletiva, o local onde as audiências são realizadas e os perigos que isso representa, entre outros pontos.

Ademais, é notória a importância da apresentação do preso à autoridade judicial, substituindo o simples envio dos autos de prisão em flagrante ao Juiz do Plantão Judicial. Entretanto, ainda estamos distantes de alcançar um processo que, definitivamente, se ajuste aos tratados internacionais de direitos humanos para que haja respeito aos direitos e garantias fundamentais dos presos, para que cessem os maus tratos e agressões, para que sejam tratados com humanidade.

Demonstra-se uma grande diferença entre os dois Estados no que tange a eficácia das audiências de custódia onde no Estado de Mato Grosso já se tem local apropriado e as garantias dos presos são preservadas no Rio Grande do Sul ainda não se tem efetivada a audiência de custódia nos moldes no CNJ e muito menos dos Tratados em que o Brasil é signatário.

Importante registrar que a audiência de custódia pode ser um marco para o fortalecimento do acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão. Juntamente com a Resolução nº 213, que determinou a implantação da audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça elaborou diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão.

2. Diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão

De forma a assegurar os fundamentos legais e as finalidades para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, o juiz deverá observar as seguintes diretrizes:

I. Reserva da lei ou da legalidade: *A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem se ater às hipóteses previstas na legislação, não sendo*

cabíveis aplicações de medidas restritivas que extrapolem a legalidade.

II. Subsidiariedade e intervenção penal mínima: *É preciso limitar a intervenção penal ao mínimo e garantir que o uso da prisão seja recurso residual junto ao sistema penal, privilegiando outras respostas aos problemas e conflitos sociais. As intervenções penais devem se ater às mais graves violações aos direitos humanos e se restringir ao mínimo necessário para fazer cessar a violação, considerando os custos sociais envolvidos na aplicação da prisão provisória ou de medidas cautelares que imponham restrições à liberdade.*

III. Presunção de inocência: *A presunção da inocência deve garantir às pessoas o direito à liberdade, à defesa e ao devido processo legal, devendo a prisão preventiva, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão serem aplicadas de forma residual. A concessão da liberdade provisória sem ou com cautelares diversas da prisão é direito e não benefício, devendo sempre ser considerada a presunção de inocência das pessoas acusadas. Dessa forma, a regra deve ser a concessão da liberdade provisória sem a aplicação de cautelares, resguardando este direito sobretudo em relação a segmentos da população mais vulneráveis a processos de criminalização e com menor acesso à justiça.*

IV. Dignidade e liberdade: *A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem primar pela dignidade e liberdade das pessoas. Esta liberdade pressupõe participação ativa das partes na construção das medidas, garantindo a individualização, a reparação, a restauração das relações e a justa medida para todos os envolvidos.*

V. Individuação, respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades: *Na aplicação e no acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, deve-se respeitar as trajetórias individuais, promovendo*

soluções que comprometam positivamente as partes, observando-se as potencialidades pessoais dos sujeitos, destituindo as medidas de um sentido de mera retribuição sobre atos do passado, incompatíveis com a presunção de inocência assegurada constitucionalmente. É necessário promover sentidos emancipatórios para as pessoas envolvidas, contribuindo para a construção da cultura da paz e para a redução das diversas formas de violência.

VI. Respeito e promoção das diversidades: *Na aplicação e no acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, o Poder Judiciário e os programas de apoio à execução deverão garantir o respeito às diversidades geracionais, sociais, étnico/raciais, de gênero/sexualidade, de origem e nacionalidade, renda e classe social, de religião, crença, entre outras.*

VII. Responsabilização: *As medidas cautelares diversas da prisão devem promover a responsabilização com autonomia e liberdade dos indivíduos nelas envolvidas. Nesse sentido, a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem ser estabelecidos a partir e com o compromisso das partes, de forma que a adequação da medida e seu cumprimento se traduzam em viabilidade e sentido para os envolvidos.*

VIII. Provisoriedade: *A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem se ater à provisoriedade das medidas, considerando o impacto dessocializador que as restrições implicam. A morosidade do processo penal poderá significar um tempo de medida indeterminado ou injustificadamente prolongado, o que fere a razoabilidade e o princípio do mínimo penal. Nesse sentido, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas sempre com a determinação do término da medida, além de se assegurar a reavaliação periódica das medidas restritivas aplicadas.*

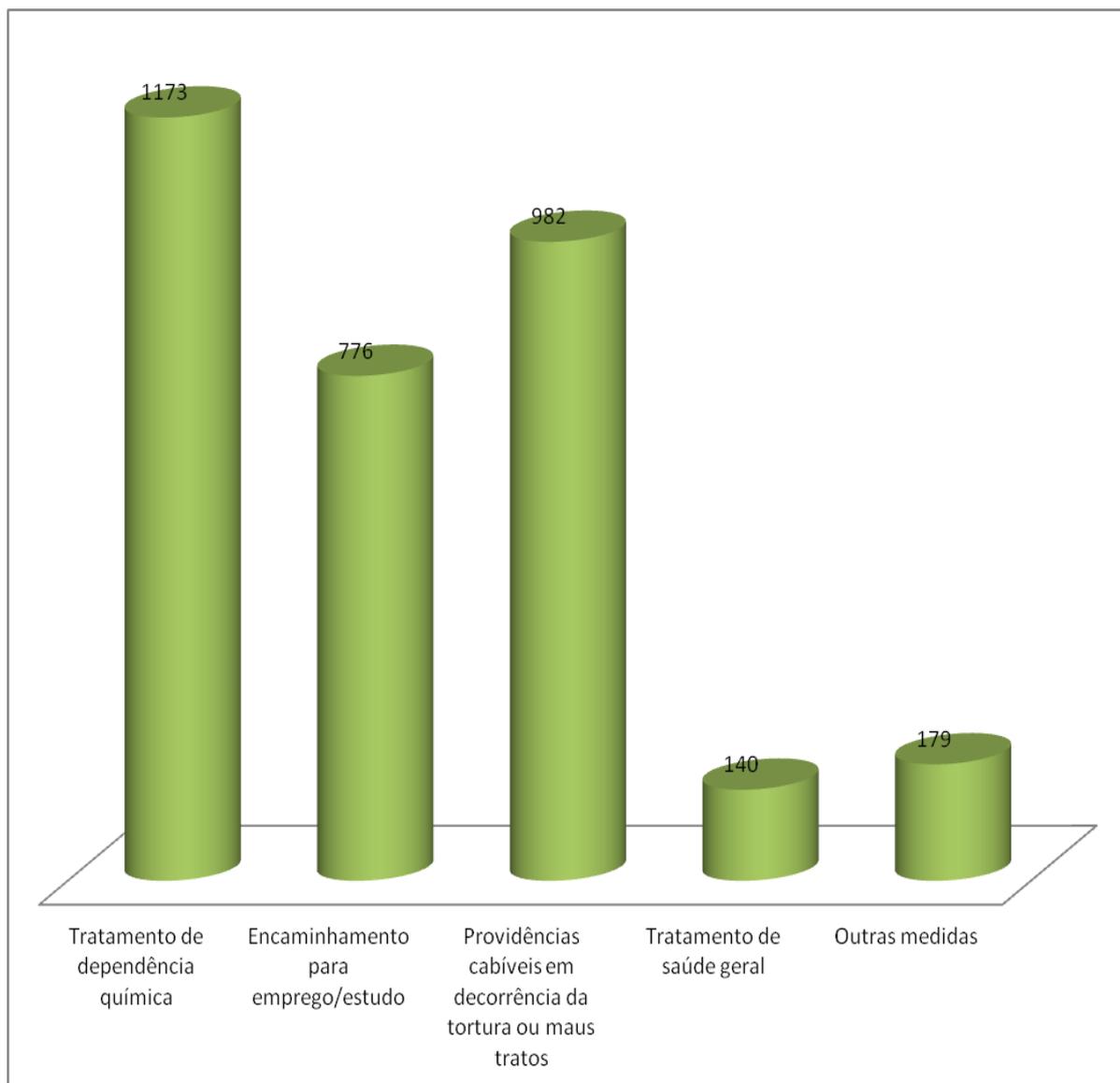
IX. Normalidade: *A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem ser delineadas a partir de cada situação concreta, em sintonia com os direitos e as trajetórias individuais das pessoas a cumprir. Assim, tais medidas devem primar por não interferir ou fazê-lo de forma menos impactante nas rotinas e relações cotidianas das pessoas envolvidas, limitando-se ao mínimo necessário para a tutela pretendida pela medida, sob risco de aprofundar os processos de marginalização e de criminalização das pessoas submetidas às medidas.*

X. Não penalização da pobreza: *A situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Especialmente no caso de moradores de rua, a conveniência para a instrução criminal ou a dificuldade de intimação para comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar, devendo-se garantir, ainda, os encaminhamentos sociais de forma não obrigatória, sempre que necessários, preservada a liberdade e a autonomia dos sujeitos².*

A audiência de custódia também tem por finalidade que o magistrado avalie a necessidade da prisão e adote outras medidas adequadas ao caso concreto. A presença física do acusado auxilia na personalização das providências adotadas. Além disso, a audiência de custódia é uma forte ferramenta no combate à tortura policial. O levantamento das medidas assistências e providências adotadas nas audiências de custódia demonstram o cumprimento dessas finalidades.

² Protocolo I, anexo à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Gráfico 3 - Medidas assistenciais e providências determinadas no período de 24/07/2015 a 30/06/2017



Fonte: Manifestação nº 0101638-06.2017.8.11.000 do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

O quantitativo de 982 providências cabíveis em decorrência de tortura ou maus tratos representa o percentual de 15% em relação ao total de audiências de custódia realizadas no período. Espera-se que esse percentual seja diminuído com a consolidação das audiências de custódia e efetivação das medidas de coibição da tortura e maus tratos por agentes públicos.

Oportunamente, cabe lembrar que o Conselho Nacional de Justiça apresentou no Protocolo II anexo à Resolução nº 213 os procedimentos que o magistrado deverá seguir para coleta do depoimento da vítima de tortura:

2. PROCEDIMENTOS PARA COLETA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA DE TORTURA

A oitiva realizada durante a audiência de custódia não tem o objetivo de comprovar a ocorrência de práticas de tortura, o que deverá ser apurado em procedimentos específicos com essa finalidade.

Sua finalidade é perceber e materializar indícios quanto à ocorrência de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, considerando as graves consequências que podem decorrer da manutenção da custódia do preso sob responsabilidade de agentes supostamente responsáveis por práticas de tortura, sobretudo após o relato das práticas realizado pela pessoa custodiada perante a autoridade judicial.

Na coleta do depoimento, o Juiz deve considerar a situação particular de vulnerabilidade da pessoa submetida a práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, adotando as seguintes práticas na oitiva, sempre que necessário:

I. Repetir as perguntas. *Questões terão que ser repetidas ou reformuladas uma vez que algumas pessoas podem demorar mais tempo para absorver, compreender e recordar informações.*

II. Manter as perguntas simples. *As perguntas devem ser simples, pois algumas pessoas podem ter dificuldade em entender e respondê-las. Elas também podem ter um vocabulário limitado e encontrar dificuldade em explicar coisas de uma forma que os outros achem fácil de seguir.*

III. Manter as perguntas abertas e não ameaçadoras. *As perguntas não devem ser ameaçadoras uma vez que as*

peessoas podem responder a uma inquirição áspera de forma excessivamente agressiva ou tentando agradar o interrogador. As questões também devem ser abertas já que algumas pessoas são propensas a repetir as informações fornecidas ou sugeridas pelo entrevistador.

IV. Priorizar a escuta. *É comum a imprecisão ou mesmo confusão mental no relato de casos de tortura, assim, eventuais incoerências não indicam invalidade dos relatos. Em casos de difícil entendimento do relato, orienta-se que a pergunta seja refeita de forma diferente. É importante respeitar a decisão das vítimas de não querer comentar as violações sofridas.*

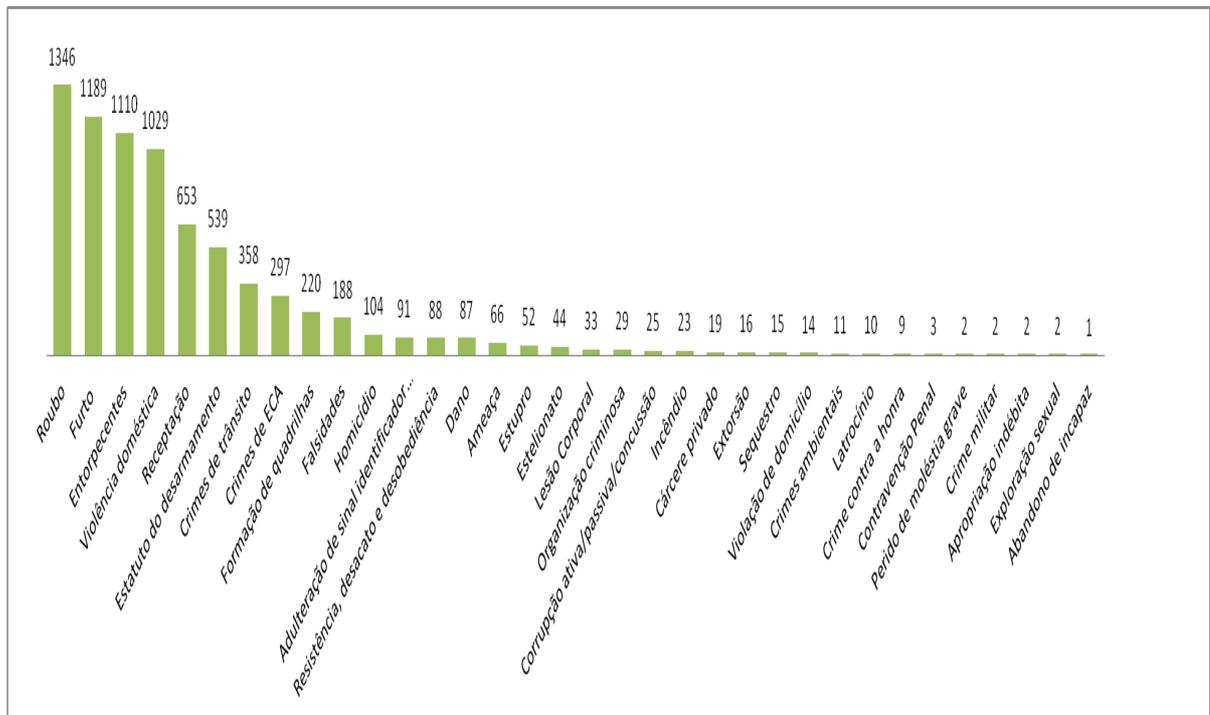
V. Adotar uma postura respeitosa ao gênero da pessoa custodiada. *Mulheres e pessoas LGBT podem se sentir especialmente desencorajadas a prestar informações sobre violências sofridas, sobretudo assédios e violência sexual, na presença de homens. Homens também podem sentir constrangimento ao relatar abusos de natureza sexual que tenham sofrido. A adequação da linguagem e do tom do entrevistador, bem como a presença de mulheres, podem ser necessários nesse contexto.*

VI. Respeitar os limites da vítima de tortura, *já que a pessoa pode não se sentir a vontade para comentar as violações sofridas por ela, assegurando, inclusive, o tempo necessário para os relatos³.*

De forma ilustrativa, foi feito o inventário das audiências de custódia por tipo de crime, conforme segue no Gráfico 6. Os cinco crimes mais recorrentes em audiências de custódia são: roubo (art. 157 do Código Penal), furto (artigo 155 do Código Penal), tráfico de drogas (Lei 11.343/2006), violência doméstica (Lei 11.340/2006) e receptação (art. 180 do Código Penal). Esses cinco crimes representam cerca de 70% das pautas das audiências de custódia levantadas.

³ Protocolo I, anexo à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 12 de julho de 2017.

Gráfico 4 -Tipos de crimes nas audiências de Custodia



Fonte: Manifestação nº 0101638-06.2017.8.11.000 do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Pelo exposto, considera-se que na comarca de Cuiabá a implantação da audiência de custódia está se consolidando, já alcançando, até junho de 2017, cerca de 80% das prisões em flagrantes realizadas.

2.1 Audiências de custódia realizadas em todas as comarcas do estado no período de 23/08/2017 a 29/11/2017

Com o provimento nº 12/2017, disponibilizado no dia 23 de agosto de 2017, foi determinada a realização de audiência de custódia em todas as comarcas do estado.

Assim, foi procedido o levantamento das audiências de custódia ocorridas nesse período, bem como o quantitativo dos autos de prisão em flagrante, com o intuito de verificar se a implantação se consolidou.

Conforme dados da Secretaria, ocorreram 7.006 prisões no período de julho a outubro de 2017, distribuídas na forma apresentada na Tabela 1.

Para verificação do nível de maturidade da implantação das audiências de custódia, foi feito um comparativo da média de prisões em flagrante com a média de audiências de custódia realizadas em cada um dos polos do estado. O resultado do cruzamento demonstrou que em Cuiabá 100% das prisões em flagrantes são submetidas à audiência de custódia. No interior os percentuais são menores, sendo 76% no polo de Nova Mutum, 61% no polo de Vila Rica, 51% no de Sinop, 46% no de Pontes e Lacerda e os demais polos com menos de 40%, chegando Primavera do Leste com apenas 12% das prisões em flagrantes com realização de audiência de

CONCLUSÃO

O instituto da Audiência de Custódia tem sua previsão normativa em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, porém a implantação da audiência de custódia no Brasil ocorreu tardiamente, sendo iniciada somente após normatização do procedimento pelo Conselho Nacional de Justiça e das decisões das cortes superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) que reconheceu a obrigatoriedade do Brasil de cumprir as imposições de realização desse ato procedimental por conta da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas.

As audiências de custódia trazem em seu bojo uma finalidade de suma importância que é a prevenção à tortura e aos maus tratos, assim como a finalidade de evitar prisões ilegais ou desnecessárias impedindo que o preso adentre ao sistema prisional.

Embora a posição oficial atual é de que a não realização de audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, entende-se que essa posição não contribui para a consolidação do instituto no país, pelo contrário, faz com que sua implantação seja mais lenta. Considerar a prisão ilegal por não cumprir direitos e garantias previstos em tratados internacionais de direitos humanos ratificados é valorizar a dignidade da pessoa humana e fazer valer as normas e princípios do ordenamento jurídico vigente.

A pesquisa demonstra a diferença da implantação da audiência de custódia em dois Estados do Brasil, em Mato Grosso onde temos já efetivada a realização das mesmas, em local próprio e adequado, principalmente na comarca da capital, e no Rio Grande do Sul que ainda não estão sendo respeitadas as normativas para a realização da audiência de custódia sendo essas ainda realizadas dentro do presídio, não garantindo assim sua efetividade.

Ressalte-se, por fim, a importância da realização da audiência de custódia para que suas finalidades tão nobres sejam cumpridas e registre-se a esperança de que em breve tal procedimento tenha assento expresso no Código de Processo Penal, bem como a sua ausência seja fundamento para declarar a prisão ilegal e consequentemente possibilitar o relaxamento imediato. Enfim, espera-se que a efetivação da audiência de custódia contribua com o respeito à pessoa presa e aos direitos humanos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ALFEN, P. R. Art. 1º. In: ANDRADE, M. F.; ALFEN, P. R. (Org.). *Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BADARÓ, G. H. R. I. *Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9457415/Parecer - Pris%C3%A3o em flagrante delito e direito %C3%A0 audi%C3%Aancia de cust%C3%B3dia](http://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia)>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BBC. *Brasil lidera ranking de medo de tortura policial*. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140512_brasil_tortura_vale_rb. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A audiência de custódia está prevista no Projeto de Lei no Senado nº 554/2011 e nas Propostas de Emendas Constitucionais nº 112/2011 e 89/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Voto nº 6276 - Desembargador Sergio Pitombo*, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 054.432.5/0-00. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2273/prisao-ilegal-a-responsabilidade-civil-do-estado-e-o-decorrente-dever-de-indenizar-pelos-danos-morais>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. *Garantismo Penal Integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Bahia: JusPodivm, 2010.

CHOUKR, F. H. *Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico –práticas*. Disponível em: <http://www.academia.edu/18010764/Audi%C3%Aancia_de_Cust%C3%B3dia_-_Resultados_preliminares_e_percep%C3%A7%C3%B5es_te%C3%B3ricas>. Acesso em: 30 out. 2017.

COLEN, G. C.; GUILHERME, L. S. G. Audiência de Custódia: efetivação do direito fundamental ao contraditório como legitimação da decisão judicial. *Revista DUC In Altum Cadernos de Direito*, v. 8, n. 14, jan.-abr., 2016.

DARLAN, S. *Audiências de custódia, um direito a ser respeitado*. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2015/02/27/audiencia-de-custodia-um-direito-a-ser-respeitado/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FISCHER, D. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 5 dez. 2017.

GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOFFI, M. A. G. *Audiência de custódia: necessário controle de convencionalidade*. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=22358>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

GOMES, L. F. Limites do “Ius Puniendi” e Bases Principiológicas do Garantismo Penal. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13513-13514-1-PB.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

LIMA, R. *Nota do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania posicionando-se a respeito da matéria publicada no site Consultor Jurídico por Sérgio Rodas*. Disponível em: <http://ittc.org.br/nota-defensoria-so-pode-ajuizar-acao-coletiva-em-nome-de-hipossuficientes-diz-juiz/>. Acesso em: 23 out. 2017.

LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, V. O., GOMES, L. F. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 32-33.

NUCCI, G. S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, D. J. C. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., F. (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador, Jus Podium, 2007, p. 159-177.

PAIVA, C. C. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PAIVA, C. C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

RAMOS, A. C. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, A.; LOPES JR., A. *Processo Penal no Limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SARLET, W. I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.