

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

SÉRGIO AUGUSTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 – Rio Grande do Sul

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

Prof. 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Sérgio Augustin; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-715-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I” do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”, o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

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 aos (des)caminhos do processo penal: o silêncio dos intelectuais; estado de exceção: legitimidade estatal em crise no cenário da criminalidade; o espetáculo midiático do processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento; paradigmas e legados da operação lava jato para enfrentamento da cultura da corrupção, criminalização da política e crise de representatividade democrática; a importância do ofendido na relação processual penal; a proteção do patrimônio genético humano: por uma política criminal prospectiva; as relações entre compliance e a possível responsabilização da pessoa jurídica; cooperação jurídica internacional em matéria penal: noções fundamentais e paradigmas atuais frente a novas perspectivas globais; crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções; expectativas e jurisdição: dinâmica de poder e a atuação do julgador no processo penal; o crime continuado e a possibilidade de uma interpretação fraterna; a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de perturbação ao sossego e tranquilidade; a audiência de custódia e sua (in)capacidade de alteração do cenário prisional brasileiro; comissão técnica de classificação; o exercício de greve pelos militares: proibição, sanções penais e anistia; a execução provisória da pena e a presunção de inocência: notas sobre uma contenção democrática do poder punitivo; o sigilo das comunicações e o uso das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal: em busca da proteção da privacidade; e a

cadeia de custódia e a prova pericial: conectando aspectos inovadores ao direito processual 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, em especial, 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.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul

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.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA (IN)CAPACIDADE DE ALTERAÇÃO DO CENÁRIO PRISIONAL BRASILEIRO

THE CUSTODY HEARING AND ITS POWER/POWERLESSNESS TO CHANGE THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM SCENARIO

**Brunna Laporte Cazabonnet
Ana Carolina Filippon Stein**

Resumo

O presente trabalho se divide em três etapas. Na primeira seção se examina o uso da audiência de custódia por ocasião das prisões em flagrante. Posteriormente, estuda-se a sua não realização fora dessas hipóteses. Por fim, partindo da análise dos dois tópicos anteriores, realiza-se um diagnóstico do emprego da audiência de custódia desde a sua criação. O problema orientador da pesquisa pode ser definido nos seguintes termos: Por que a audiência de custódia, dentre outros mecanismos processuais penais de cunho minimalista, não tem atingido significativamente o núcleo de prisionalização no Brasil? A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica

Palavras-chave: Prisão em flagrante, Prisão preventiva, Audiência de custódia, Permanências autoritárias

Abstract/Resumen/Résumé

This paper is divided into three stages. The first one goes over the use of the custody hearing in the case of detention in flagrante delicto. Subsequently, it will be shown the non-use of the custody hearing when there is no case of detention in flagrante delicto. Lastly, it will be analyzed the use of the custody hearing since its origin. The guiding problem of the research is: Why has not the custody hearing, among other criminal procedural mechanisms of minimalist nature, been significantly applied to the main crimes that lead to prison in Brazil? The methodology used: bibliographic review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Detention in flagrante delicto, Provisional detention, Custody hearing, Authoritarian remnants

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a examinar a problemática que cerca a implementação das audiências de custódia, desde a sua previsão, na resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, até o presente momento. Com a pesquisa se pretende investigar aquilo que há de mais caro à linha minimalista presente no Brasil: a permanência da centralidade do cárcere e, conseqüentemente, os agigantados números de vidas aprisionadas no país, apesar da inserção, nos últimos anos, de uma série de mecanismos forjados na sua ótica.

A questão que orientou o trabalho foi definida assim: por que a audiência de custódia não logrou atingir, significativamente, o número de pessoas privadas de liberdade cautelarmente?

Estabeleceu-se como hipótese a colonização desse novo mecanismo pelo efficientismo penal, afinado num modelo escrito e burocratizado, travestido de oralidade, que garante a centralidade do uso da prisão cautelar. Ao que se soma, como regra, a não realização de audiências quando da decretação de prisão fora das hipóteses de flagrante ou no curso do processo penal.

Dito isso, na primeira etapa do artigo, será explorada a realização de audiências de custódia quando ocorrem prisões em flagrante, já que esta foi a principal funcionalidade que lhe foi atribuída. Serão analisados os dados já disponíveis dos resultados das audiências e os mesmos serão confrontados com os objetivos buscados pelo instituto, que seriam a redução da população carcerária provisória e a identificação de possíveis maus tratos e violência policial no momento da prisão.

Na segunda parte da pesquisa será estudado o emprego dessas audiências quando da decretação de prisão cautelar. Pode-se dizer que esta parte da resolução supracitada restou em segundo plano, contudo, é tão relevante quanto a previsão em caso de flagrante delito. Veja-se que a prisão em flagrante pode ou não ocorrer, se ocorrer, após a audiência, estará vencida essa etapa. Já as medidas cautelares pessoais, propriamente ditas¹, podem ser aplicadas desde a investigação policial até antes do trânsito em julgado de sentença penal, ou seja, a extensão procedimental na qual cabe seu uso é absolutamente maior. Ou seja, estabelecer-se-á como fulcral a sua realização nessas hipóteses. Por fim, na última etapa do trabalho, será feita uma análise crítica do emprego das audiências de custódia.

¹ Coloca-se “propriamente ditas”, pois há que se destacar que a prisão em flagrante cuida de medida que antecede a cognição cautelar, um prelúdio ao possível emprego da tutela cautelar na seara penal. Ou seja, é uma medida de natureza administrativa que, necessariamente, deverá ser examinada por um juiz.

A metodologia usada foi a pesquisa bibliográfica.

2. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA QUANDO OCORRE A PRISÃO EM FLAGRANTE

A audiência de custódia adentra o cenário processual penal brasileiro com a resolução nº 213, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, tendo como finalidade secundária cumprir com diretriz internacional de direitos humanos, através da aderência às normas do Pacto de San José da Costa Rica, e com o objetivo primevo de redução do passivo carcerário do País, que em 2015 já superava a marca de 600 mil presos.

Muito embora a apresentação de pessoa presa, de forma imediata, a um juiz competente, ser determinação que emerge em forma de princípio geral da Declaração Universal dos Direitos do Homem datada de 1948 (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2012), e a previsão legal dela decorrente, ter surgido através de disposição do art. 6º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujas normas entraram em vigor no Brasil em 1992, através do Decreto nº 678, dispondo que: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz [...]” (CONVENÇÃO AMERICANA DOBRE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 424), o Brasil levou mais de 23 anos para conceber e receber a audiência de custódia em seu âmbito normativo.

Conforme Andrade e Alfen (2016), em que pese que em algumas legislações esparsas já havia a previsão de apresentação imediata de pessoa presa ao juiz competente², os legisladores brasileiros quedaram-se inertes quanto à regularização de uma audiência de apresentação do custodiado ao juiz. Uma oportunidade que restou perdida, inclusive, quando da alteração do Código de Processo Penal, realizada em 2011, no capítulo que tratava das prisões.

A expressa e cogente norma constitucional, prevista no art. 5º, LXII da Constituição Cidadã, se mostrou sem aplicação prática até o reconhecimento do efetivo colapso do sistema penitenciário brasileiro, sendo, até então, mera argumentação a fundamentar *habeas corpus* ao longo do tempo.

Ainda que no ano de 2011, através do Projeto de Lei nº 554/2011 (BRASIL, 2011), houve concreta movimentação no sentido de introduzir a audiência de custódia no CPP, com a reforma

² Como exemplo, citam-se o Código Eleitoral, lei 4737/65, artigo 236, parágrafo 2º; LOMAN, LC 35/79, art. 33, II; anterior à CF/88, o Código de Menores então Lei 6697/79, artigo 99.

do art. 306, o surgimento do referido instituto se deu somente no ano de 2015, com a resolução referida, a qual determinou a implantação das audiências de custódia pelos Tribunais dos Estados e Regiões, e estabeleceu diretrizes de postura aos magistrados que fossem realizá-las.

A justificativa do PL nº 554 assim relatava:

O presente projeto objetiva determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a prisão, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica. O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Ressalte-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse contexto, o item 3 do artigo 9º do referido Pacto, estabelece que: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (grifo nosso) Da mesma forma, nosso País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que traz igual determinação no item 5 do seu artigo 7º. A prática mundial vai nesse sentido. A Alemanha determina que o preso seja apresentado no dia seguinte à prisão. Constituições mais modernas, como a da África do Sul, preveem medidas idênticas. É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz. Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como 3º parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. Essa definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário. Finalmente, cumpre observar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil. Confiantes de que a proposta contribui para aprimorar a esfera criminal de nosso sistema de Justiça, contamos com o apoio das senhoras e dos senhores senadores para sua aprovação. (BRASIL, 2011).

Neste contexto, as audiências de custódia foram previstas para atender casos de prisões em flagrante, cabendo ao juiz por ela competente questionar sobre alguma violência praticada no momento da detenção e analisar os requisitos do flagrante, verificando não só a legalidade da apreensão efetuada, mas também a necessidade de manutenção da segregação do custodiado ou a concessão de sua liberdade. Esse é o teor dos artigos 1º e 8º da resolução:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. [...] Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Apesar de a teoria aplicada e as boas intenções que fundamentam a regulamentação e aplicação do instituto da audiência de custódia em solo brasileiro, os números de presos provisórios só faz aumentar, cabendo ao Brasil ostentar o triste terceiro lugar mundial em número de custodiados, contando com um contingente de mais de 726 mil presos, dos quais quase 50% cuidam-se de presos provisórios. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

Os números das audiências de custódia coletados pelos Tribunais de Justiça dos Estados mostram realidades diferentes conforme o comprometimento de cada justiça local com a efetividade do instituto. A média nacional de prisões preventivas decretadas em audiência de custódia, até junho de 2017, foi de 55,32%, enquanto que o percentual de liberdade provisória concedida ficou em 44,68%. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Entre os Estados que produziram melhores resultados em percentuais de liberdade provisória concedidas, comprometendo-se, portanto, com o real objetivo das audiências de custódia, que seria de reduzir o contingente de presos provisórios, está a Bahia, com 61,25% de liberdade provisória concedida e 38,75% de decretação de prisão preventiva.

Ainda que se pretenda dar às audiências de custódia um viés utilitário, de colaboração na redução dos números de presos provisórios, certo é que o instituto reveste-se de caráter humanista, uma vez que a apresentação imediata de pessoa presa a um juiz competente visa o reconhecimento pessoal das partes, a aproximação do magistrado com o custodiado, a fim daquele perceber a real necessidade e motivação da prisão realizada, e assim decidir pela manutenção ou não da segregação cautelar, lembrando sempre o norte da prisão como *ultima ratio*.

No relatório realizado pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (2017), a conclusão traz que as audiências de custódia têm contribuído para a redução de decretação de prisões preventivas, em face dos percentuais apresentados, muito embora a liberdade provisória plena

não está sendo contemplada na maioria dos casos onde ela é concedida, visto que vinculada a fixação de cautelares diversas.

Há que se destacar uma resistência dos magistrados em decretar a liberdade plena dos conduzidos, tendo em vista que, do total das 590 decisões analisadas, o maior resultado obtido foi o de liberdade com fixação de cautelares, totalizando o número de 286 decisões. Tal fato indica que houve um desvio de finalidade quanto ao escopo da Lei n. 12.403/2011, fazendo com que as medidas cautelares se tornassem, em verdade, alternativas à liberdade plena, e não à prisão provisória, como esperado. (INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2017).

Há, ainda, no imaginário não só judicial como social brasileiro, a premissa de que a prisão regenera e produz efeito pedagógico nos demais cidadãos, isto é, produz-se com a prisão a ilusão de segurança e punibilidade que se imputa ao sistema criminal. Como alerta Zaffaroni (2009, p. 76-77): “o direito penal sempre “aspira”, “tende”, “procura”, mas não realiza “magicamente”. A construção, a realização virá do confronto do dado real com soluções concretas, visando sempre a intervenção mínima e menos violenta do direito penal.

Neste contexto, apesar dos bons números produzidos pelo Estado da Bahia, o relatório aponta problemas nas fundamentações das decisões, as quais demonstram certo “receio” em enfrentar de forma pontual e objetiva a legalidade/ilegalidade do flagrante realizado e a real necessidade de implementação de medidas cautelares junto com a concessão da liberdade provisória, em confronto com o caso concreto. Nesse sentido:

Diante da pouca expressividade de decisões proferidas em audiências de custódias que tenham concluído pela concessão de liberdade plena, aliada à ausência de fundamentação concreta para a aplicação das cautelares previstas no art. 319 do CPP na maioria dos casos analisados, recomenda-se maior estímulo por parte do TJ/BA à utilização efetivamente excepcional de quaisquer medidas cautelares de natureza pessoal, ainda quando menos gravosas ao indivíduo autuado. Ainda no tocante à fundamentação das decisões, entende-se como imprescindível que a abordagem judicial sobre a legalidade/ilegalidade da situação de flagrância e da lavratura do APF seja realizada a partir da concretude de cada caso. A referência a elementos meramente genéricos e a dispositivos normativos não supre as exigências da audiência de custódia. (INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2017).

Existe, por parte dos magistrados, forte resistência em aceitar a prisão ou a concessão de liberdade com restrições como medidas excepcionais a serem impostas, as quais, inclusive, demandam uma análise mais profunda do caso concreto a justificá-las.

Seguindo com os números das audiências de custódia, muito embora a Capital do Estado do Ceará, Fortaleza, mantenha seus percentuais próximos à média nacional, sendo 40,57% de liberdade provisória concedida e 59,43% de prisão preventiva (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017), a estruturação para a realização das solenidades de custódia se mostra

diferenciada e, ao que parece, busca cumprir com os objetivos de aproximação do preso em flagrante com o magistrado com competência para apreciação do caso. A concentração da realização das audiências de custódia na Capital Cearense, desde 2017, se dá em instalação específica, qual seja a Vara Única e Privativa de Audiências de Custódia, preparada para a recepção do preso em flagrante e realização imediata da audiência com o custodiado. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, 2017).

Tal preocupação vem a demonstrar que, em que pese o longo caminho a ser trilhado com relação ao enfrentamento de prisões e do contingente carcerário, há locais onde houve efetivo comprometimento com as audiências de custódia e sua real efetividade.

Contudo, há Estados que possuem os piores percentuais quando o assunto é audiência de custódia, como é o caso do Rio Grande do Sul. Em solo gaúcho, são 84,83% de decretações de prisão preventiva, contra apenas 15,17% de concessão de liberdade provisória (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Através da resolução nº 1087 de 2015, do Conselho da Magistratura, o Tribunal de Justiça deste Estado regulamentou a implantação do projeto-piloto para realização de audiências de custódia na Comarca de Porto Alegre.

A norma atribui competência para processamento das audiências de custódia ao serviço de plantão do Foro Central da Capital, onde as audiências ocorrem em salas do complexo prisional, da Cadeia Pública de Porto Alegre (homens) e Penitenciária Feminina Madre Peletier (mulheres). Abaixo o teor da resolução:

O conselho da magistratura, no uso de suas atribuições legais e dando cumprimento à decisão deste órgão tomada na sessão de 07-07-15 (proc.themis admin nº 0010-15/000975-2) resolve: art. 1º fica instituído o projeto-piloto para realização de audiências de custódia pelo serviço de plantão do foro central da capital do estado do Rio Grande do S

ul, com prazo inicial de 120 dias, a contar de 30-07-15, abrangendo os autos de prisão em flagrante da comarca de porto alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato. art. 2º a audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 9 horas do mesmo dia. parágrafo único. nos casos excepcionais, não sendo possível a realização da audiência de custódia no dia indicado no caput, a sua realização não excederá o prazo de 48 horas contados da efetiva prisão do flagrado, ressalvada a hipótese de força maior. art. 3º as audiências de custódia serão realizadas em salas de audiências instaladas no posto avançado da 2ª vara de execução criminal de porto alegre, junto ao presídio central de porto alegre, e na penitenciária feminina madre peletier, iniciando os trabalhos naquele local. art. 4º a audiência de custódia terá como objeto o exame da legalidade da prisão e da necessidade da prisão cautelar ou a sua substituição por medida diversa da prisão, bem como a prevenção à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante, e, ainda, a atos constitutivos de abuso de autoridade. art. 5º o ministério público e a defensoria pública do estado serão cientificados sobre a rotina estabelecida, horário, bem como locais de realização das solenidades previstas no presente provimento. parágrafo único. na hipótese de defesa técnica constituída pelo flagrado, a comunicação sobre o local, a data e o horário de

realização das audiências de custódia será cumprida pelo serviço de plantão do foro central, se não cientificado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante. art. 6º a audiência de custódia será gravada em sistema audiovisual, lavrando-se termo sucinto que conterà o inteiro teor da decisão. parágrafo único. a mídia será encartada em envelope, que acompanhará o auto de prisão em flagrante. art. 7º todos os autos de prisão em flagrante, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato delitivo, serão distribuídos diretamente no serviço de plantão judiciário do foro central de porto alegre. parágrafo único. após a realização da audiência de custódia, o serviço de plantão judiciário providenciará o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao cartório de distribuição e contadoria, para distribuição às varas criminais de porto alegre. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2015)

A realidade aponta o caminho do custodiado em flagrante como o mais complexo possível. Após a prisão em flagrante efetuada pela Polícia militar em algum local da Capital gaúcha, o preso é conduzido a uma delegacia, onde será lavrado seu flagrante. Após, os autos da prisão em flagrante são encaminhados para o serviço de plantão do Foro Central, enquanto que o custodiado segue para a penitenciária, onde aguardará na triagem a chamada para a sua audiência de custódia. Importante ressaltar que neste momento, o preso em flagrante já se encontra dentro do sistema prisional, a aguardar solenidade onde sua prisão cautelar, inclusive a em flagrante, deveria ser analisada pelo juiz competente.

Não obstante, em sendo o mesmo magistrado que homologa o auto de prisão em flagrante e que realizará a audiência de custódia, aquele se dirigirá à penitenciária com a decisão de homologação e decretação de preventiva já definidas, restando à audiência de custódia as questões sobre possíveis maus tratos e violência policial no momento da prisão.

Não será (re)analisada a legalidade e necessidade da decretação de prisão, frustrando, assim, pressuposto de nascedouro da audiência de custódia. Talvez, a estruturação das solenidades seja um dos motivos pelos quais os números do Estado do Rio Grande do Sul se mostrem tão distantes da média nacional.

Necessário e urgente, portanto, questionar a efetiva (in)eficácia das audiências de custódia implantadas no Brasil. O discurso humanitário permanece em patamar quase que abstrato. Cediço que trabalhar diretrizes de direitos humanos em sede de processo penal é algo que vem se tornando proibitivo na cultura social brasileira.

É desalentador perceber, postura tão refratária à audiência de custódia, que é instituto consagrado em muitos países, inclusive latino-americanos, o que faz crer que, malgrado as misérias do sistema processual penal e sociais sejam parecidas com a brasileira, estão em nossa frente no que pertine ao respeito aos mais básicos direitos de qualquer cidadão acusado da prática de crime. (LEONARDO et al., 2015).

Regularizou-se o instituto a fim de justificar o comprometimento com a normas aderidas pelo Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e só. A não realização correta das solenidades só reafirma a resistência no trato das liberdades provisórias, bem como no reconhecimento da decretação de prisão preventiva e medidas cautelares para a concessão da liberdade como medidas excepcionais que demandam fundamentação pontual e objetiva a justificar a sua aplicação, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

3. DA PRISÃO PREVENTIVA: A PARTE NÃO EXPLORADA DA RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Falar em contraditório, em sede cautelar, até pouco tempo atrás, caracterizava um disparate, dada a crença de que o perigo decorrente da liberdade do indivíduo não poderia ser compatibilizado com um ato que permitisse o contra-argumento.

Esse raciocínio ainda não foi totalmente vencido. A previsão do art. 282, §3, do CPP, como a seguinte redação: “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo” (BRASIL, 1941), trazida pela reforma de 2011, permaneceu muito aquém do esperado. O que se respaldou no “histórico modelo administrativista da adoção dessas medidas” (CHOUKR, 2018, p. 647) e foi reforçado, inclusive, pela sua redação incerta, que não determina a necessidade de uma audiência para possibilitar a reação da defesa, tampouco estabelece prazo, apenas fala em “intimação da parte contrária”. Ademais,

o automatismo das medidas cautelares penais, desvinculadas que estão de um processo cautelar em que medidas são incidentais, sempre sujeitas a um contraditório ainda que posterior, e obedientes a determinada procedimentalização, soa incompatível com a ideia de cognição e contraditório prévios à decretação. Sob esse enfoque, a norma em vigor parece, realmente, desnecessária e ilógica. (CHOUKR, 2018, p. 647).

Então, não se avançou na inserção do contraditório, quando da aplicação de medidas cautelares pessoais, dada a ausência de uma procedimentalização cautelar penal própria, “que materialize, com o emprego substancial do devido processo legal, o caminho cognitivo a ser percorrido pelo Magistrado para que alcance seu provimento.” (CHOUKR, 2018, p. 645).

Foi apenas com a resolução nº 213 do CNJ que o direito do preso provisório, de ser levado à presença de um juiz, começou a tomar forma, o que pode ser extraído, de forma mais detalhada, na primeira parte deste trabalho.

Não obstante, apesar do avanço já logrado em termos de aplicação da audiência de custódia aos presos em flagrante (art. 1º), o art. 13º da resolução não ganhou o mesmo destaque. Veja-se o seu teor: “a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Se se observam as pesquisas apresentadas anteriormente, que tem acompanhado a implementação das audiências, percebe-se que o enfoque destas tem sido as prisões em flagrantes e o controle da sua execução. Ou seja, como regra, permanece-se sem contraditório, anterior ou contemporâneo, à decretação de prisão cautelar.

Com esse panorama, portanto, se reduz o *input* ao sistema prisional em razão do menor índice de conversão de flagrantes em prisão cautelar, mas permanece intocado o *input* em razão dos mandados de prisão cautelar decretados fora dessa hipótese.

O *output* também se mantém inalterado, pois os presos já acautelados não passam por uma audiência para a revisão da permanência da necessidade da segregação, reavaliando-se os fundamentos cautelares dispostos no CPP, quais sejam: conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; garantia da ordem pública e de ordem econômica.³

Dito isso, é fundamental, para se falar em contraditório no âmbito da tutela cautelar, a extensão das hipóteses de cabimento da audiência de custódia. Esta deve preceder sempre a aplicação de medida cautelar de natureza pessoal, bem como estabelecer-se um prazo para utilizá-la para fins de exame de permanência de necessidade de medidas já aplicadas.

É a única forma de garantir a paridade de armas na questão, a humanização do exercício da jurisdição cautelar, abandonando efetivamente o tratamento do preso como objeto, dando-lhe um lugar de fala, o lugar que corresponde a um sujeito de direitos. Para ampliar o reduzido espaço hoje dado à liberdade provisória, é imperativo alargar o uso da audiência de custódia.

Todavia, romper com a lógica inquisitorial que permeia a prisão *ante tempus* e sua aplicação administrativizada, que lhe garante o espaço de instrumento central do modelo persecutório penal contemporâneo, exige não apenas uma alteração no plano normativo, administrativo, mas fundamentalmente no plano cultural. Nesse sentido, Leite (2018) é precisa quando apregoa que:

³ Por não ser objeto do presente artigo, não se analisará a crítica quanto à presença da garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos processuais aptos a embasar o encarceramento cautelar.

O aperfeiçoamento de um sistema jurídico exige iniciativas diversas e interconectadas. A primeira delas é a alteração legislativa, a fim de que haja o ajustamento dos dispositivos legais à realidade social e à necessidade de resguardar direitos e garantias fundamentais em níveis cada vez mais avançados. No entanto, criação de novas leis ou modificação das já existentes não acarreta necessariamente melhorias concretas no âmbito em que se pretende intervir. Nesse sentido, o segundo aspecto importante é a mudança cultural, a disponibilidade dos agentes que atuam em determinado segmento jurídico de incorporar novos paradigmas, conferindo-lhes efetividade. O terceiro ponto é o interesse do Poder Público em destinar recursos suficientes para implementar a reforma. (LEITE, 2018, p. 137).

Dito isso, as estratégias para inserir com efetividade o contraditório no âmbito da tutela cautelar penal são de ordens diversas, o que torna mais árduo o caminho que se tem pela frente. Não obstante, para que se possa falar em processo penal democrático e medidas de fato cautelares, deve-se manter a busca por mecanismos aptos a romper as lentes autoritárias que leem o processo penal e seus institutos.

4. DO DIAGNÓSTICO PRELIMINAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PORQUÊ NÃO SE LOGRA REDUZIR O NÚMERO DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

É sabido que o controle penal se revela como uma ramificação central do controle social no capitalismo globalizado e, dada a sua complexidade, não pode ser compreendido como uma tendência unidirecional, mas como um conjunto delas, que se ocupam da sua expansão quantitativa e qualitativa, bem como da expansão do controle social informal e da redução de garantias. (ANDRADE, 2012, p. 163).

Ainda, não transitam sozinhas as tendências de recrudescimento e expansão penal. Ao seu lado, no Brasil, há um minimalismo reformista, que se pauta em uma série de reformas em matéria penal, processual penal e penitenciária. Em apertada síntese, engloba propostas despenalizadoras e de intervenção mínima, com o objetivo final da substituição do uso do cárcere. (ANDRADE, 2012, p. 258).

De forma bastante clara, pode-se perceber que a implementação da audiência de custódia se inseriu nesse último discurso: o de redução do uso do cárcere no Brasil. Não é outro o posicionamento do CNJ quando se manifesta contrário à cultura do encarceramento, à crença de que a prisão resolve a criminalidade, de modo que a audiência de custódia se insere numa mudança de paradigma. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Para fins de contextualização, destaca-se que o país ocupa a posição de um dos maiores encarceradores do mundo. Já em 2011, quando se atingiu o número de mais de meio milhão de pessoas presas, sobreveio a Lei nº 12.403/2011, com um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão. Mais uma vez, estava-se frente a mecanismos permeados pelo discurso minimalista reformista, de redução do emprego da prisão, ou seja, uma tentativa de colocá-lo como última hipótese.

Todavia, a sua utilização não logrou tocar de forma significativa o núcleo duro da seletividade prisional, formado por crimes de tráfico de drogas e contra o patrimônio. Dessa forma, o discurso de alteração de centralidade do cárcere cautelar foi frustrado, de modo que não se alcançou uma mudança significativa do quadro prisional brasileiro e se aparatou ainda mais o braço da seara penal, já que “há um excesso de expectativa em relação à prisão preventiva, como se fosse o principal instrumento de política de segurança pública eficaz, o que naturalmente é um equívoco.” (LEITE, 2018, p. 129).

Nesse panorama delineado, facilmente, pode ser levantado o discurso estéril de que tudo se tenta, mas nada logra alterar a centralidade do controle penal mediante o uso da prisão cautelar. Não obstante, essa não parece ser uma saída produtiva em qualquer sentido. Veja-se.

A audiência de custódia, assim como as medidas cautelares alternativas, foram inseridas como mais um mecanismo a ser utilizado no âmbito da Justiça Criminal, mas nenhum estudo de impacto as precedeu. Não se estipulou como realizar essa implementação; por onde iniciá-la; qual a capacitação necessária dos atores envolvidos; quais aparatos estão disponíveis ou devem estar para garantir a efetividade das suas funções declaradas.

Diante desse atropelo, retornando ao objeto audiência de custódia, com enorme facilidade, esta foi colonizada pelo discurso efficientista saneador, relegitimando a expansão do controle pelo viés penal. O que era para ser um mecanismo humanizador das decisões judiciais, de controle da arbitrariedade policial, de oportunidade de fala do preso e contato do preso com o juiz e com o seu defensor, se tornou mais uma etapa burocratizada e escrita, que se traveste de oralidade. Contudo,

se a oralidade deve nortear toda a persecução penal, também o ato de decreto de prisão, como medida cautelar, há de inserir-se nessa lógica, de modo que as partes sejam as protagonistas das informações trazidas ao juiz e que a decisão se produza em audiência, a partir do debate em que se garanta a paridade de armas. (LEITE, 2018, p. 133).

Ademais, a resolução não se limita a tratar da audiência de custódia para as prisões em flagrante. Há previsão para o seu emprego nas hipóteses de decretação de prisão preventiva. Este é outro ponto fulcral para a não diminuição do número de pessoas presas, pois apesar dos dados estimulantes de alguns Estados do país, que garantiram a liberdade provisória de 40/50% dos presos em flagrante, permanece intocada a situação de pessoas já presas ou com prisão decretada após o flagrante ou no curso do processo penal.

Não se ignora que, em alguns Estados, a Justiça Federal tem realizado audiências de custódia que antecedem as prisões cautelares como um todo, mas também se sabe que esses crimes não são os grandes responsáveis pela superlotação carcerária brasileira, conforme dados disponibilizados pelo Infopen (2017).

Portanto, pode-se afirmar que se reduz, em parte, o *input* ao sistema prisional com a realização das audiências de custódia, mas o *output* permanece intocado. Não se nega que foi um enorme passo a implementação dessas audiências, mas ainda tem se mostrado um passo tímido e insuficiente, dada a forma com que é realizada e em quais oportunidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Do todo exposto é possível afirmar, sem qualquer pretensão de esgotar o mais que necessário debate sobre a implementação das audiências de custódia no Brasil, que o seu aporte na legislação atende à necessidade de adequação à normativa internacional protetiva de direitos humanos. Ainda que com significativo atraso, passados mais de vinte anos da aderência à CADH e sua efetiva inserção em ambiente legislativo pátrio, o Brasil avançou, mesmo que timidamente, por meio de ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça.
2. No cenário apresentado no trabalho, através dos dados e realidades regionais expostos, é possível concluir que a audiência de custódia se apresenta, ainda, como um instituto (in)eficaz frente aos objetivos buscados.
3. Isso se deve à centralidade da segregação cautelar como mecanismo de controle penal, respaldada na ausência de compreensão da excepcionalidade da restrição de liberdade através de medidas cautelares de natureza pessoal. Ao que se soma a forma com que são realizadas essas audiências, muitas vezes, produzidas apenas para convalidar decisão já tomada pelo julgador.

4. Há um déficit em termos de inserção da oralidade e de contraditório na seara das medidas cautelares pessoais, apesar do emprego das audiências de custódia. Deficitárias também são as hipóteses de realização (prisão em flagrante), de modo que o seu uso é reduzidíssimo, quando não inexistente, em outras situações de segregação cautelar propriamente ditas.

5. Entretanto, sustenta-se que há futuro na inserção de uma audiência de custódia. Para seu aprimoramento necessário será superar a resistência dos atores processuais (juízes, promotores, e porque não, defensores públicos e advogados) não só com o novo instituto, mas também em reconhecer que a prisão é medida de caráter excepcional, e como tal deve ser justificada como última opção, dentro da proposta de um processo penal democrático e um direito penal menos violento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. 2ª edição. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2016.

BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em 04 de set. de 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei nº 554 de 7 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>.> Acesso em: 31 de ago. de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiência de custódia. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: 27 de jul. de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mapa de implantação: audiência de custódia. 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: 30 de jul. de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> > Acesso em: 31 de ago. de 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto San José Da Costa Rica – Capítulo II, Artigo 6º, item 5. Legislação de Direito Internacional. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – Resolução n. 217-A – Assembleia Geral da ONU – 1948. Legislação de Direito Internacional. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. Relatório final de atividades: grupos de pesquisa sobre audiências de custódia – Convênio de Cooperação Técnico-Científico TJ/BA e IBADPP - 2017. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/2139/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado>>. Acesso em: 15 de jul. de 2018.

LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. *In*: Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Dir. Leonel González. Vol II. Chile: CEJA, 2018.

LEONARDO, Hugo; VIEIRA, Renato Stanzola; KEDHI, Andre Pires de Andrade; BEZERRA, Andre Augusto Salvador. Não há qualquer esquizofrenia na implantação da

audiência de custódia. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/nao-qualquer-esquizofrenia-implantacao-audiencia-custodia?>> Acesso em: 31 de ago. de 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Infopen. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>.> Acesso em: 8 de dez. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Notícia: TJCE e Governo inauguram nesta segunda-feira novas instalações da vara de custódia de Fortaleza. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-e-governo-inauguram-nesta-segunda-feira-novas-instalacoes-da-vara-de-custodia-de-fortaleza/>.> Acesso em 20 de ago. de 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1. Porto Alegre: Editora RT, 2009.