

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SUA OBSERVÂNCIA E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gilcimar Carvalho dos Santos¹

Sergio Mitsuo Tamura²

RESUMO

A presente pesquisa visa tratar de um dos temas, de Direito Processual Penal, mais comentados e debatidos nos últimos anos, a audiência de custódia. Busca-se através deste trabalho, mostrar a origem, emprego e legalidade deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de quebrar paradigmas ainda existentes. Para tanto necessário se faz, inicialmente demonstrar a classificação e hierarquia das normas incutidas no nosso arcabouço jurídico, uma vez que, no âmbito da busca estatal pela resolução de conflitos penais, a audiência é dependente de tal validação, mais precisamente no artigo 306 do Código de Processo Penal. Será demonstrado, de forma clara, o percurso realizado para a implementação do instituto no Brasil, os enfrentamentos jurisprudenciais e por fim, adentraremos ao Projeto de Lei do Senado Federal - PLS 554 do ano de 2011 explanando as alterações que serão dadas ao Código de Processo Penal. À luz de toda a pesquisa verificou-se um avanço, que por enquanto está sendo sustendo pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, e que em breve será dado pela lei no tocante ao reconhecimento das garantias aos direitos humanos trazidos pela ratificação dos tratados internacionais, garantindo a quem for preso em flagrante delito à manutenção da sua integridade física e a de sua prisão apenas quando da sua real necessidade. Espera-se que o novo tratamento dado ao procedimento policial e judicial, quando da prisão advinda de flagrante delito, venha trazer a dignidade mais essencial existente - a humana.

Palavras-chave: audiência de custódia; PLS 554; preso em flagrante; Direito Processual Penal.

ABSTRACT

This research aims to address one of the themes of Criminal Procedural Law, the most talked about and debated in recent years, the Custody Hearing. Search It is through this work, to

¹ Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG).

² Professor do Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG) – Especialista em Direito Tributário.

show the origin, application and legality of the institute in the Brazilian legal system, in order to break even existing paradigms. Therefore we need to do initially show the classification and hierarchy of inculcated standards in our legal framework, since, under the state quest for resolution of criminal conflicts; the audience is dependent on such validation, more precisely in Article 306 of the Code of Criminal procedure. It will be demonstrated, clearly, the route taken for the implementation of the institute in Brazil, the jurisprudential clashes and finally we will get in to the Senate bill - 2011 Year PLS 554 explaining the changes that will be given to the Procedure Code criminal. Based on all the research there was a breakthrough, which for now is sustaining and by Resolution N°. 213 of the National Council of Justice, and soon to be given by the law regarding the recognition of guarantees of human rights brought about by the ratification of the treaties International, ensuring who is caught in the act to maintain their physical integrity and his arrest only when their real need. It is expected that the new treatment given to police and judicial procedure, when the arising of flagrante delicto arrest, will bring the most essential dignity existing, human.

Key-words: custody hearing; PLS 554; caught in the act; Criminal Procedural Law.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro vem sofrendo uma série de mudanças nos últimos anos. Percebe-se que tais alterações tornaram-se necessárias devido ao ideal humanitário presente na Constituição vigente no país.

Entretanto, uma das mais significativas alterações está próxima a ocorrer e antes mesmo de materializa-se no ordenamento, já se mostra em perfeita consonância com os itens relacionados à privação de liberdade na Constituição, pois, garante aos cidadãos, princípios fundamentais elencados, não só em nossa Bíblia Política, mas também nos diversos tratados internacionais, os quais nos tornamos signatários.

Para propiciar uma fácil leitura, o artigo foi dividido em três partes. Inicialmente é trazido ao leitor conceituação da audiência de custódia e como se deu sua implementação no nosso ordenamento jurídico. Na parte seguinte, será tratado do entendimento jurisprudencial e doutrinário que já é dado ao instituto. Por fim, em um terceiro momento, serão abordadas as mudanças que acontecerão com a aprovação final do projeto de lei PLS 554/11.

2 DEFINIÇÃO E ORIGEM NORMATIVA

Para conceituar o instituto da audiência de custódia deve-se tomar por nota o que dispõem dois tratados interacionais ratificados pelo Brasil em 1992, por meio dos decretos executivos nº 592 e nº 678, quais sejam respectivamente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 traz em seu item 9.3 as notas básicas do instituto:

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.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH de 1969 tem como redação no seu item 7.5:

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

Logo temos que este instituto é o direito de que dispõe a pessoa presa em flagrante delito de ser exibida, o quanto antes, a autoridade judicial, para que este decida acerca da manutenção ou não da prisão do flagranteado. Em suma esta definição é a síntese básica do instituto, ao passo que os autores Gisele Souza de Oliveira, Sergio Ricardo de Souza, Samuel Meira Brasil e Willian Silva³ trazem em sua obra, uma denominação completa sobre a entrevista perante o juiz:

A denominada audiência de apresentação ou de custódia é um instrumento de natureza pré-processual que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo o indivíduo, preso, a ser conduzido, sem demora, à presença da autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender da incidência ou não do foro de prerrogativa) com o objetivo de que sua prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a sua constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou, ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa se cabível.

Observa-se que ambos os tratados tem como conteúdo a proteção dos direitos humanos, e foram pactuados com a intenção de dar força vinculante a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH de 10 de Dezembro de 1948 surgida no final da 2ª Guerra Mundial. A Declaração tinha como finalidade relativizar a soberania dos Estados para que

³ Gisele Souza de Oliveira, Sergio Ricardo de Souza, Samuel Meira Brasil e Willian Silva. Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). pag. 106. 2ª Ed 2015. Lumem Juris Desafios.

observassem os direitos fundamentais, os quais vinham sendo lesionados das mais diversas maneiras: através de guerras, perseguições políticas, controvérsias religiosas entre outras.

Em pleno Século XXI, passados quase setenta anos da elaboração da Declaração dos Direitos Humanos, lesões aos direitos tutelados pela declaração ainda ocorrem, pois os avanços e retrocessos são intrínsecos à natureza do homem. No Brasil, como não poderia deixar de ser, as agressões aos direitos humanos são eminentes sendo que uma das piores formas está presente no encarceramento inoportuno e nas constantes torturas sofridas por quem é preso em flagrante supostamente cometendo uma infração penal.

Tornava-se então necessária uma forma de mitigação das agressões às garantias fundamentais ocasionadas pela incipiente forma de condução nas prisões cautelares. Salienta-se que nossa legislação dispõe de um dispositivo que obriga apenas o envio, à autoridade judicial, quando da prisão de alguém, do auto de prisão em flagrante⁴, que relata as circunstâncias da restrição da liberdade. Contudo tal dispositivo não privava que o cidadão sofresse abusos de ordem física e procedimental na manutenção ou não de sua segregação.

Ai que, conforme visto na definição da audiência de custódia, esta poderia ser a saída para uma redução significativa dos males apontados. E o fato de extrema importância que deveria ser levado em conta era que a legislação ordinária deve estrita obediência, tanto ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, posto que, a força normativa dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, quando incorporados ao nosso ordenamento jurídico, seguindo a regra constante no §3º do art. 5º da Constituição Federal⁵, que foi acrescentada pela emenda constitucional nº 45 de 2004 – conhecida como reforma do judiciário-, equivalem-se as emendas constitucionais. Porém, devido à anterioridade dos tratados, ora estudados, em relação à emenda nº 45, surgira uma questão de dúvida quanto a seus posicionamentos em nosso ordenamento. Foi então decidido pelo Supremo Tribunal Federal que os tratados que versassem sobre direitos humanos que embora não atingissem o quórum de aprovação de emenda constitucional – §2º do art.

⁴ Código de Processo Penal - Art. 305. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo).

60º da Constituição Federal⁶ - ou os que fossem recepcionados pela Constituição, teriam posição supralegal, ou seja, estando em consonância com a Lei Maior, se sobrepõe a legislação ordinária. Tal decisão deu-se em sede do Habeas Corpus 96967/MS.

No entanto, observa-se que, passados onze anos da emenda nº 45 e sete anos do posicionamento da Suprema Corte, sobre a hierarquia dos tratados em nossa legislação, apenas com o advento da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ pôde-se fazer prevalecer à garantia contida nos tratados, oportunizando a proteção aos direitos humanos em cumprimento a legislação internacional humanitária, que explicitamente determina a apresentação, pessoal, do preso, com o fim de assegurar-lhe o direito de ser ouvido pela autoridade judicial e sem demora.

Números exorbitantes trazidos pelo Sub Comitê de Prevenção de Tortura da ONU e do Grupo de Trabalho Sobre Detenção Arbitrária da ONU, mostraram as autoridades brasileiras o descaso que pairava nos procedimentos que iniciavam a persecução penal. Revelou-se que as prisões cautelares passaram a ser a regra e que também estavam ocorrendo inúmeros casos de agressões aos custodiados.

O poder Judiciário atento aos números exibidos pelos organismos externos e impulsionados pelas alterações trazidas pela lei 12.403 de 2011⁷ ao Código de processo Penal, que dava nova roupagem ao procedimento judicial quando da prisão em flagrante, publicou a Resolução nº 213 em dezembro de 2015, a qual atendia os mandamentos legais dos tratados ratificados pelo Brasil e as decisões proferidas pela Suprema Corte ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5240.

⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁷ CPP - Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

3 CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

Implementada através de uma resolução e amparada por tratados internacionais, a audiência de custódia transformou-se em um dos mais acirrados temas no âmbito jurídico e por que não no meio social. O que todos queriam saber era se tal “entrevista sem demora” estava de acordo com a Constituição e como a legislação ordinária deveria se portar diante desse incipiente instituto.

Dissecando os dispositivos constitucionais que tratam de direitos da humanidade e de procedimentos que cuidam da restrição da liberdade, visualizamos a total consonância que permite a plena utilização deste instituto. Basta observar o que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos III, XXXV, XLIX, LXII, LXIII, LXV, LXVI.

Extrai-se da imperatividade constitucional, que perante o ordenamento jurídico todos devem ser tratados com dignidade, devendo toda e qualquer norma, antes de impor restrições, observar os limites impostos pela própria Constituição Federal, e a audiência de custódia, ao garantir a dignidade da pessoa presa, mostra-se perfeitamente uníssona aos ditames estabelecidos na nossa Carta Mãe.

O STF em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 apurou a constitucionalidade da audiência de custódia no tocante a procedibilidade da prisão em flagrante, firmando posicionamento de que a própria legislação federal – Código de Processo Penal – traz em seu bojo a possibilidade da “audiência de apresentação”, quando da deflagração do procedimento legal do habeas corpus (artigo 647 e ss. do CPP).

Superado o sincronismo constitucional, resta a “entrevista humanitária” estar em conformidade com a legislação ordinária. Mas não seria a legislação ordinária que deveria estar em conformidade com a audiência de custódia?

Conforme entendimento já superado pela Suprema Corte e a pacificidade entres os mais respeitados doutrinadores sobre o tema, temos que a equivalência às emendas constitucionais ou a supralegalidade dos tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos, os colocam numa posição superior as normas ordinárias. Fato este que determina amplo respeito destas ao que dispõe os pactos internacionais. O nosso ordenamento jurídico passara a ter então um novo controle de legalidade, o controle de convencionalidade.

Tal controle tem como finalidade catalisar as leis ordinárias com base nos acordos sobre direitos humanos que o país se tornou signatário. Logo, as leis ordinárias deverão ter compromisso fiel aos pactos ratificados.

Observamos nitidamente o controle de convencionalidade no próprio texto da CADH, mais precisamente em seu artigo 2º que dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Portanto, os tratados ratificados pelo Brasil devem estar em conformidade com a Constituição Federal e exigem total respeito das normas ordinárias, as quais devem seguir o seu fiel cumprimento, ainda que haja aparente conflito infraconstitucional. Corroborando o entendimento posto, nas entrelinhas, o autor GIACOMOLLI leciona que ao torna-se signatário dos pactos, que abordamos nesta pesquisa, o Brasil garantiu a tais dispositivos equivalência aos direitos fundamentais:

Mesmo que não tenham sido recepcionados pela EC nº 45 e não sejam equivalentes às emendas constitucionais, os direitos e garantias, conformadores do devido processo, integram, materialmente, a normatividade constitucional, no mesmo patamar dos demais direitos e garantias fundamentais, integram materialmente o “bloco de constitucionalidade”, com aplicação imediata, incidindo, em caso de conflito, a regra pro homine. Essa perspectiva é a que outorga maior proteção, constituindo-se na tutela mais efetiva dos direitos fundamentais. (2015, p. 20).

4 EMBATES JURISPRUDENCIAIS

A audiência de custódia tornou-se instrumento necessário ao bom andamento da persecução penal, conseqüentemente, discussões sobre a sua aplicação vieram à tona. E como os direitos tutelados tratavam-se de garantias constitucionais, os meios de apreciação do tema deram-se pelo controle de constitucionalidade através da ADI 5240 e da ADPF 347.

A primeira decisão a cerca do tema, teve origem na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5240/SP, com pedido de medida cautelar, ofertada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil⁸, que questionava a constitucionalidade da disposição nº 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a qual fixava o prazo de 24 horas para

⁸ Disponível em <http://www.adepoldobrasil.org.br/stf-adi-5240-audiencia-de-custodia/#comments> STF – ADI 5240 (AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA). Acessado em 24 de setembro de 2016.

que a autoridade policial apresentasse o cidadão preso em flagrante, ao juiz competente, para a entrevista de custódia.

O objetivo da ação era afirmar que o Provimento nº 3 usurpou o devido processo legislativo – competência da União através do Congresso Nacional – o qual poderia tratar do instituto da audiência de custódia. A ADEPOL também questionava a invasão da norma, ao que dispõe o artigo 144, parágrafos 4º e 6º da Constituição⁹. Contudo, tais requerimentos não prosperaram, visto que fora decidido pelo STF que o Provimento não ajustou matéria de Direito nem tampouco influenciou o limite dos outros Poderes, pois apenas veio a regular organização administrativa interna.

Na acertada decisão da Suprema Corte tomada no dia 20 de agosto de 2015, a audiência de custódia passou a ter o status de eficiente meio atenuante da superpopulação carcerária. Exalta-se o eminente ministro Fux¹⁰, pois este registrou que a audiência de custódia reflete positivamente na mazela do superpovoamento carcerário brasileiro e assinalou ainda a construção de uma ideia, que ampara o instituto, com base no direito decorrente do procedimento da ação de habeas corpus (artigo 656 do CPP), o qual permite que o juiz entreviste pessoalmente paciente da ação impetrada. A decisão do colegiado¹¹, em plenário, trouxe o mesmo entendimento do Ministro Relator Fux.

Já em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal julgou no dia 27 de agosto de 2015 a Medida Cautelar de declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional face o perverso complexo penitenciário brasileiro. Tal declaração reconheceria que a violação dos direitos conferidos as pessoas presas estaria sendo oportunizada por distintas autoridades públicas, seja de forma omissiva ou comissiva.

Ferramenta de intervenção em atos lesivos generalizados aos direitos fundamentais, emprestada da Corte Constitucional Colombiana, o Estado de Coisas Inconstitucional tem como base três vertentes que possibilitam a disformidade constitucional, conforme relata em

⁹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

¹⁰ Relator da ADI nº 5240 Ministro do Supremo Tribunal Federal LUIZ FUX.

¹¹ O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado.

artigo o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹²: violação de direitos de forma difusa; falta de sincronismo multi-institucional; e exigência de políticas conjuntas dos Poderes.

O STF utilizando-se desse instrumento inovou na ordem constitucional, fixou os chamados “remédios estruturais” voltados à reestruturação e efetivação de políticas públicas, devido ao atrofamento dos Poderes Legislativo e Executivo.

Embora da utilização do Estado de Coisas Inconstitucionais, pelo seu país idealizador, Colômbia, não tenha surtido os resultados esperados, no Brasil esse remédio vem mostrando-se satisfatório devido a flexibilização imposta pela Suprema Corte aos entes públicos envolvidos e a fiscalização do fiel cumprimento do que ficou acordado para a trabalho de redução das mazelas carcerárias.

Uma das formas plausíveis de se mitigar a inconstitucionalidade supracitada, segundo o STF, na decisão da referida ADPF, passava pela adoção das entrevistas feita pelo juiz em conferência aos presos em flagrante, por todos os Estados da federação. Tais audiências de apresentação, com prazo de 24 horas da comunicação do flagrante, como já citado, tornaram-se obrigatórias devido à publicação da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, que tinha sua vigência estipulada para 1º de fevereiro de 2016. E, segundo relatam dados do CNJ, o instituto da audiência de custódia já é a principal política criminal da atual gestão do Conselho¹³.

Conclui-se, portanto, que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, no julgamento da ADPF 347, pelo STF, tomou um rumo diferente daquele oportunizado pela corte colombiana, dado que no Brasil a efetuação dos seus mandamentos, ou seja, a prática da exibição do preso revelou-se um importante instrumento de mitigação de violação de direitos fundamentais dos custodiados. Logo qualquer suposição de restrição do acesso à entrevista, será um retrocesso inimaginável.

¹² Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2015. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: (<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acessado em 20 de setembro de 2016.

¹³ Conselho Nacional de Justiça: “As audiências de custódia já evitaram a prisão desnecessária de mais de 45 mil pessoas que, segundo a legislação brasileira, não precisavam aguardar o julgamento no cárcere. Dados fornecidos pelos tribunais até junho de 2016 mostram que, entre as 93,4 mil audiências de custódia realizadas, 47,46% resultaram em liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares. Já a taxa de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva ficou em 52,54% (50 mil casos)”. Disponível em (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoos-desnecessarias-2>). Acesso em: 25 setembro 2016.

5 ASPECTOS NECESSÁRIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Embora siga os ditames previstos nos tratados internacionais, o padrão de audiência filiado pelo Brasil, tem sutis diferenças quando comparado aos modelos adotados em outros países. Tais distinções buscam a adequação ao sistema jurídico-administrativo existente sem que haja restrição aos direitos fundamentais amparados pelo instituto. Não obstante é o que dizem Gisele Souza de Oliveira, Sergio Ricardo de Souza, Samuel Meira Brasil e Willian Silva¹⁴:

A audiência de custódia apresenta-se como uma experiência nova, para dar cumprimento a uma garantia processual que está prevista no ordenamento interno brasileiro desde 1992, haja vista sua inserção através do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas é um modelo ainda em construção e que deve ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade, principalmente é um modelo em construção [...]

Apesar de estar em construção, a entrevista com a autoridade judicial, já está sendo realizada em todos os estados do Brasil, e seu resultado, segundo o Mapa de Implantação¹⁵, são satisfatórios e evidencia que anteriormente a aplicação desse inovador instituto, de fato, havia uma exacerbada afronta a dignidade das pessoas presas em flagrante.

Ultrapassado as polêmicas quanto a legitimidade e implementação da audiência de custódia, torna-se necessário analisar alguns aspectos importantes a cerca deste instituto. Os mais relevantes pontos, no tocante a apresentação do preso, traduzem-se em critérios de temporariedade (quando se dará a apresentação?); da subjetividade (a quem apresentar o preso?); e do procedimento (quem é o responsável pela condução?).

Observando os tratados internacionais, que cuidam da audiência de custódia, percebe-se que ao adotar a expressão “sem demora”, vislumbrou-se uma discricionariedade, por parte dos países signatários, em relação ao tempo de apresentação do preso para a devida entrevista. Tal possibilidade decorre do aparato jurídico-administrativo disponível em cada localidade, contudo exige-se um prazo razoável entre os procedimentos e na maioria dos países europeus utiliza-se o termo “prontamente” para a apresentação do preso. Nas palavras

¹⁴ Gisele Souza de Oliveira, Sergio Ricardo de Souza, Samuel Meira Brasil e Willian Silva. Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). pg. 111. 2ª Ed 2015. Lumem Juris Direito.

¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. 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: 29 setembro 2016.

de Gustavo Badaró ¹⁶ (2014, p. 09) “na jurisprudência internacional, prevalece o posicionamento no sentido de que o termo prontamente deve ser interpretado caso a caso, de acordo com suas características particulares”, vemos que, conquanto a legislação expresse o desejo de extrema rapidez na audiência, esta depende de esforços de diversos seguimentos dos poderes dos Estados.

O Brasil, conforme a Resolução nº 213 do CNJ, adotou o prazo de 24 horas, como vemos em seu artigo 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.

Em relação à pessoa que irá entrevistar o preso, os tratados trazem como competentes “o juiz ou outra autoridade habilitada”. No Brasil, qualquer forma de manutenção de privação da liberdade, deve ser feita pela autoridade judicial, e como uma das finalidades da audiência de custódia é a avaliação dos critérios que possibilitem a tal manutenção, exclusivamente o magistrado, e sendo competente um tribunal, a este, é permitido realizar a entrevista da pessoa presa. Essas atribuições se extraem da própria Constituição Federal¹⁷. Logo não detém competência nem o Ministério Público e muito menos a autoridade policial.

Para se atingir a finalidade da audiência de custódia, deve haver um esforço dos múltiplo envolvidos na realização da persecução penal. A instrumentalização realizada pelos poderes executivo e judiciário, para a efetivação da entrevista, deve ser aperfeiçoada, com vista a apresentação num espaço de tempo que além de evitar possíveis agressões a integridade física do preso, permita que a autoridade judicial realize o controle, de imediato, quanto a prisão cautelar e suas particularidades. Logo, percebe-se que a condução do procedimento estudado demanda o esforço comum das autoridades policiais e judiciárias. Tal

¹⁶ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Pg.09.Disponível em:(https://www.academia.edu/9457415/Parecer_Prisão_em_flagrante_delito_e_direito_audien_cia_de_custodia) Acessado em 29 de setembro de 2016.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

entendimento mostra-se consonante á posição do autor Gustavo Badaró¹⁸ quando trata do procedimento que efetiva a audiência de custódia, (2014, p. 11): “Assim, a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz, que deverá ouvi-lo, de viva voz, implementa um importante mecanismo dialético de controle da legalidade e justiça da prisão cautelar”.

6 O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL - PLS 554/11 E A ALTERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O projeto de lei nº 554 do ano de 2011 que tramita no Senado Federal de autoria do senador Antonio Carlos Valadares, visa alterar a redação do § 1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)¹⁹, determinando o prazo de vinte e quatro horas para a entrevista do preso com o magistrado competente, quando da sua prisão em flagrante.

Tal alteração visa regulamentar a legislação ordinária, o CPP, ficando esta em consonância com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Para tanto o Projeto de Lei do Senado²⁰ dispõe que deseja:

Alterar o §1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para dispor que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

De acordo com a pesquisa de movimentação do processo legislativo, o projeto de lei 554/11 está na Secretária Legislativa do Senado Federal e seu último estado é o de Incluído em Ordem do Dia²¹.

¹⁸ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Pag.11.Disponívelem:(https://www.academia.edu/9457415/Parecer_Prisão_em_flagrante_delito_audiencia_de_custodia).

¹⁹ § 1o Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁰ PROJETO DE LEI DO SENADO nº 554/2011.Disponívelem:(<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/-/materiais/materia/102115>). Acessado em 29 de setembro de 2016.

²¹ Consulta realizada no dia 29 de outubro de 2016 Disponível em: (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/>

7 CONCLUSÃO

A realização do presente estudo oportunizou inferir que a audiência de custódia desde a ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo Brasil, já garantia plena observância dos direitos fundamentais aos cidadãos presos em flagrante delito. Contudo, como todo direito que guarda princípios da dignidade da pessoa humana, apenas se cristalizou com a ocorrência de eventos que causam repúdio a qualquer ser dotado de sensibilidade racional. Estes eventos aliados a pressões internas e externas fizeram com que o Estado saísse da inercia, com vista, ainda que tardiamente, a dar efetividade ao que fora pactuado com a assinatura dos tratados.

O instituto da audiência de custódia mostra-se, dia a dia, como um remédio para o fim da cultura do encarceramento inoportuno e como medida de humanização da persecução penal do Estado, não podendo deixar de ser realizada a nenhum pretexto, visto que a áurea da inconstitucionalidade, pretendida por alguns, fora afastada pela mais alta Corte do país.

A audiência de custódia se tornou a principal política criminal do país, segundo o CNJ. O seu aperfeiçoamento através da integração das leis, das estruturas administrativas e dos aplicadores das normas, fará com que a entrevista pessoal do preso seja mais que uma política criminal, oportunizará que ela quebre paradigmas sociais que de alguma forma influenciam nosso modo de ver e pensar sobre aqueles que por algum motivo postam-se a margem da Lei.

Não podemos deixar de mencionar que a audiência de custódia foi um passo fundamental para que passemos a enxergar o cidadão preso não apenas como um delinquente, mas como um ser humano que tem necessidades, desejos, deveres, direitos e família assim como nós mesmos. Logo, ao tratar deste tema devemos nos despir do senso comum e rememorar todos os sacrifícios realizados para a garantia do mais essencial dos direitos – os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O LITÍGIO ESTRUTURAL**. Disponível em (<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acesso em 24/09/2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **DIVULGA DADOS SOBRE NOVA POPULACAO CARCERARIA BRASILEIRA**. Disponível em: (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>). Acesso em: 20/09/2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA JÁ EVITARAM 45 MIL PRISÕES DESNECESSÁRIAS**. Disponível em: (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoos-desnecessarias-2>). Acesso em: 25/09/2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO Nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: (<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>). Acesso em: 20/09/2016.

BRASIL. **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. (1969). Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acessado em 20/09/2016.

BRASIL. Jusbrasil. **HABEAS CORPUS 96967/MS**. Disponível em: (<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/11853037/pg-1264-judicial-1-instancia-interior-parte-ii-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-09-09-2010>). Acesso em: 20/09/2016.

BRASIL Presidência da República. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: (www.planalto.gov.br).

BRASIL. Presidência da República. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941**. Disponível em: (www.planalto.gov.br).

BRASIL. STF – **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5240: (AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA)**. Disponível em (<http://www.adepoldobrasil.org.br/stf-adi-5240-audiencia-de-custodia/>). Acesso em 25/09/2016.

CANÇADO, Antonio Augusto Trindade. **DESAFIOS E CONQUISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO INÍCIO DO SÉCULO XXI**. Disponível em: (<https://www.oas.org/dil/esp/40790cancadotrindadeoacj.def.pdf>). Acessado 24/09/2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015.

GISELE Souza de Oliveira, et al. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 2ª Ed 2015. Lumem Juris Direito.

PAIVA, Caio. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**
Florianópolis: Empório do Direito, 2015.