

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DO OBJETIVO A QUE SE DESTINA À SUA EFICÁCIA QUANDO APLICADA NO PLANO CONCRETO

GILBERLEIDE DE LIMA MEDEIROS

Graduando em Direito. Universidade Potiguar (UnP). Servidor Público Federal

E-mail: gilberleidelm@gmail.com

Envio em: Agosto de 2016

Aceite em: Setembro de 2016

Resumo

Este trabalho aborda a institucionalização das Audiências de Custódia pelo Estado brasileiro, ferramenta oriunda de um Tratado Internacional no qual o Brasil é signatário, o Pacto de San Jose da Costa Rica. Objetiva expor, através da análise do modelo jurídico que o contempla, fazendo analogia ao Código de Processo Penal, a finalidade para a qual se destina. Apresenta a problemática trazida por fatores internos tais como a maneira que foi implantada, estrutura, normatização; e fatores externos associados aos fenômenos culturais e sociais alusivos com a segurança pública e à crise do sistema carcerário nacional. Por fim, conclui-se que diante de um cenário caótico existente hodiernamente no país, ocasionado pela incapacidade estatal de prover em todas as etapas previstas no direito o caminho para uma segurança pública eficiente, tem-se a audiência de custódia como medida paliativa com necessidade imediata, afastando-se assim da essência do direito subjetivo do acusado, trazendo consigo os riscos inerentes desse imediatismo. Utiliza, para alcançar o objetivo delineado, o método de análise normativa, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direitos Humanos. Devido processo legal. Sistema carcerário. Influências internas e externas

THE 231 SUMMARY OF STJ: A PRINCIPLED ANALYSIS

Abstract

This essay covers the institutionalization of Custody hearings by the Brazilian State, which is a tool originated from an international treaty in which Brazil is a signatory, the American Convention on Human Rights, also known as the Pact of San Jose, Costa Rica. It exposes, through the analysis of the legal model that it contemplates, the code of criminal procedure, the purpose for which it is intended. It also presents the problems brought by internal factors such as the way it was implemented, structure, regulation; and external factors associated with cultural and social phenomena related to public safety and to the crisis in the national prison system. Finally, we reach the conclusion that, before a current chaotic scene in the country nowadays, caused by the State's inability to provide, at all stages set forth in law, the path to efficient public safety, the custody hearings do not go beyond as being a palliative measure with immediate need, moving away, thus, from the essence of the subjective right of the accused, which brings risks inherent to this immediacy. It uses, in order to achieve the objective outlined, the normative, bibliographic and jurisprudential method of analysis.

Keywords: Custody hearings. Human rights. Due processo of Law. Prison system. Internal and external factors.

1 INTRODUÇÃO

Ao se analisar a motivação para que ocorra a criação, a transformação ou mesmo a adaptação de um sistema legal processual, faz-se necessário cercar-se de um arcabouço cultural, técnico e socioeconômico a ensejar tal ruptura do padrão antes utilizado.

Porém, não obstante mencionar que, em muitas ocasiões, tal motivação e/ou finalidade pode acabar sendo desvirtuada, essa desvirtuação não se refere à hipótese provocada pelo desvio de finalidade pública, vedada expressamente no direito administrativo, mas à desvirtuação ocasionada em decorrência de uma situação calamitosa que venha a produzir forte apelo na população e nas instituições públicas e/ou privadas, em torno da solução imediata de respectiva demanda, situação na qual a motivação desvirtuada não reveste-se em um manto de ilegalidade, mas incorre-se no risco de que seja drasticamente tomada de um caráter subsidiário à real intenção para a qual se proporia a implantação daquele instituto inovador.

Diante de tal perspectiva, esse trabalho busca, através de uma pesquisa qualitativa e quantitativa, traçar uma relação de causalidade e efeito após a implantação das audiências de custódia, as quais teriam como propósito maior a valorização da dignidade da pessoa humana.

Entretanto verificar-se-á uma possibilidade do distanciamento da exclusividade desse fim ao se fazer uma análise estatística das decisões proferidas pelos magistrados nestas audiências, observando-se um grande número de concessões de liberdade provisória neste novo modelo procedimental.

Corroborando ainda com tal premissa, através do método indutivo, considerando diversas opiniões particulares de operadores do direito, verificar-se-á em síntese uma latente preocupação quanto a utilização das audiências de custódia como solução paliativa do caos do sistema carcerário brasileiro, caos este exasperado diante de notória incompetência estatal na solução do problema.

A pesquisa em epígrafe, para alcançar os objetivos delineados, utiliza ainda o método de análise normativa, bibliográfica e da prática jurídica.

2 CONCEPÇÕES PRELIMINARES: A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 CONTEXTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema penitenciário no Brasil atravessa uma crise sem precedentes, acarretada por um número crescente da população carcerária em detrimento a uma capacidade prisional precária em vários sentidos, quais sejam: estrutura física debilitada, concernente tanto ao número limitadíssimo de vagas para albergar os presos quanto à situação deficitária daquelas existentes; material humano escasso e desvalorizado responsável pela guarda e administração dos estabelecimentos prisionais; mecanismos de reeducação dos apenados insatisfatórios; programas de readaptação e de ressocialização dos presos ineptos, dentre outros.

O Brasil tem atualmente a terceira maior população carcerária em números absolutos do mundo, segundo estudos recentes do CNJ, com cerca de 700 mil presos, existindo uma carência de algo em torno de 354 mil números de vagas.

Estes dados tornam-se ainda mais calamitosos se levarmos em consideração que existiam, à época, quase 400 mil mandados de prisão em aberto.

Atentando-se para o assunto deste tópico, não se faz necessário rigoroso exercício de imaginação para que se possa presumir a situação desumana a que são submetidos os presos no Brasil. Nota-se claramente que a aplicação da pena privativa de liberdade no nosso país, limita-se a asseverar as teorias retributivas: respondendo ao mal causado pelo autor do delito, com outro mal imposto pelo Estado, ignorando e violando a função preventiva da pena, preconizada pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro, que atua induzindo tanto no indivíduo autor do delito (preventiva especial) quanto nos outros indivíduos (preventiva geral) temor para que não volte a praticar novo delito ou para que todos os indivíduos não o cometam sob pena de serem castigados duramente da mesma forma.

Entretanto, a finalidade da prevenção geral e especial da pena privativa de liberdade, que seria prevenir a prática de novas infrações penais, bem como reeducar e ressocializar o apenado, perde seu objeto “Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.” (BECCARIA; CESARE, 1764, p. 30).

Diante deste quadro caótico do nosso sistema prisional, destaca-se a incapacidade estatal na busca de meios contundentes que venham a resolver ou ao menos amenizar tamanha barbárie. Urge a adoção de

mecanismos imediatos, tais como a construção de novas unidades carcerárias, tem-se desta forma o risco de que, diante de enorme pressão institucional velada sobre o judiciário, as audiências de custódia sejam tratadas como uma destas medidas imediatas visando solucionar, ainda que de forma paliativa, tal problema.

2.2 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Os tratados internacionais de direitos humanos são oriundos de um ramo do direito bastante recente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, conhecido também como direito pós-guerra, em resposta às atrocidades cometidas no movimento nazista durante a Segunda Guerra Mundial.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme definido por Richard B. Bilder, consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas com a finalidade de implementar a concepção acerca da obrigação que toda nação teria de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos, além do direito e responsabilidade de cada uma das nações em protestar quando um Estado descumprisse tais obrigações, promovendo o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial (BILDER, 1992).

Por todo o mundo ainda se observam situações de maus tratos, de miséria, de exploração do ser humano, em virtude disto, um tema que de tempos recentes pra cá ganhou imensa proporção mundial insurge-se: os Direitos Humanos. Convenções e Tratados Internacionais acerca do assunto são constantemente discutidos, elaborados, ratificados pelos países signatários, aplicados e rigorosamente supervisionados, tendo gravíssimas repercussões punitivas aos países signatários que descumprem suas premissas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José de Costa Rica, realizada entre países-membros da Organização dos Estados Americanos, foi assinada em 1969, na cidade de San José, em Costa Rica, e é hoje um dos principais pilares do sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. O Brasil o ratificou em setembro de 1992, sendo signatário de um Tratado que tem como objetivo consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, respeitando os direitos humanos essenciais.

Dentre diversas medidas protetivas, o referido pacto prevê a necessidade de apresentação “sem demora” do preso em flagrante à presença do juiz, tal apresentação

ensejariam as denominadas audiências de custódia. Nos tópicos seguintes será abordada de forma pormenorizada a maneira que se deu sua inserção no procedimento penal brasileiro, ponderando a respeito das dificuldades encontradas na adequação procedimental, os institutos utilizados para suprir lacunas buscando a adaptação ao nosso ordenamento jurídico. Também será feita uma análise comparativa com o Código de Processo Penal, desde a prisão em flagrante até a decisão cabível pelo magistrado após sua provocação, seja diante da apresentação do laudo de prisão em flagrante, seja da apresentação do preso.

2.3 A UTILIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A audiência de custódia está prevista no Tratado de San José da Costa Rica, no seu artigo 7º, item 5, consistindo na possibilidade de levar à presença do juiz, em breve espaço de tempo, o indivíduo preso em flagrante, e teria como maior finalidade, maior salvaguardar a incolumidade física do preso e a proteção de direitos individuais.

Como ainda se trata de um instituto recente, carece, portanto, de regulamentação legal específica, tendo sido utilizado, por analogia, o Código de Processo Penal, que prevê o intervalo de 24 horas para tal apresentação, uma vez que este é o prazo para comunicar a prisão em flagrante ao juízo competente através da apresentação do auto de prisão em flagrante, conforme artigo 306, §1º, CPP, levando-se em consideração ainda que destes dois procedimentos, decorrem as mesmas possibilidades, que seriam: o relaxamento da prisão ilegal; conversão da prisão em flagrante em preventiva; e a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nos termos da Convenção Norte Americana de Direitos Humanos, registre-se que:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

5.Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a 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. (Artigo 7, item 5, Convenção Norte Americana de Direitos Humanos)

O Código de Processo Penal Brasileiro, por sua vez, estabelece que:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 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. (Artigo 396, §1º, CPP)

Ocorre que o CNJ, percebendo a necessidade de regulamentação da audiência de custódia, edita a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que passaria a vigorar a partir de 01 de fevereiro de 2016, na qual prevê expressamente em seu artigo 1º, o prazo de 24 horas para a referida apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial.

A característica principal da audiência de custódia e que trará azo para a discussão do presente trabalho, gira em torno da finalidade para a qual as audiências de custódia se destinam, ou deveriam destinar-se. A partir da audiência de custódia o magistrado decidirá sobre manutenção ou não da prisão, e em que moldes isso ocorrerá, porém a maior finalidade da audiência de custódia é ser garantidora dos princípios básicos dos direitos humanos, verificando primordialmente se houve maus tratos ao preso desde o momento da sua prisão em flagrante até aquele instante.

Prova disso é que nesse ato nada relacionado ao mérito é discutido, mesmo estando presentes todas as partes envolvidas na lide, juiz, defesa e Ministério Público, o juiz plantonista que presidir esta audiência, quando for o caso, conforme exalta o Promotor da Justiça Militar da União e professor de Processo Penal, Renato Brasileiro de Lima, sequer torna-se preventivo quanto ao processo (LIMA, 2013), o que chama a atenção em virtude do princípio da identidade física do juiz, pelo qual o juiz que é acionado no primeiro ato do processo tornar-se-á preventivo, o que dá a esta ferramenta contornos de ato extraprocessual específico para a finalidade a que se destina. Esse comparecimento pessoal do preso perante o juiz, daria maior segurança e embasamento ao magistrado sobre qual decisão tomar quanto a verificação da legalidade da prisão, a concessão da liberdade provisória ou a manutenção da prisão, convertendo-a em prisão preventiva.

Ocorre que alguns pontos necessitam ser melhor analisados a partir da adoção desta prática. Como já

foi observado, verifica-se um caos no sistema prisional brasileiro e, diante dessa situação, é indispensável uma reflexão quanto à eficácia de tal medida, o seu real propósito e os impactos advindos de tal mudança procedimental.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL

Segundo o Código de Processo Penal, o procedimento imediato após a realização da prisão em flagrante, é a comunicação ao juiz competente, Ministério Público, defesa constituída ou, na sua ausência, à Defensoria Pública e à família do preso ou pessoa por ele indicada no prazo de 24 horas, conforme §1º do artigo 306 do referido instituto.

Recebido o auto de prisão em flagrante pela autoridade judiciária, ao juiz caberá, dentre três possibilidades, qual procedimento deverá ser adotado. O relaxamento da prisão, na ausência dos requisitos de legalidade exigíveis para sua ocorrência; conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; ou a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança. Sobre as duas últimas possibilidades trataremos mais adiante.

A partir de fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, deram início ao procedimento da audiência de custódia, previsto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, Tratado Internacional ratificado pelo Brasil em 1992, que, a diferenciar do procedimento descrito no Código de Processo Penal, existe a necessidade da apresentação pessoal, no lapso temporal para o qual o texto do Tratado utilizou a expressão “sem demora”, do preso em flagrante à autoridade judiciária.

Da audiência de custódia serão intimados Ministério Público e a defesa, muito embora nada relacionado ao mérito será tratado no ato, tendo como finalidades:

- Analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação;
- Evitar prisões em decorrência de flagrantes equivocados ou manipulados;
- Avaliar eventuais ocorrências de tortura, maus tratos ou outras irregularidades, cumprindo assim as normas de direitos humanos e das garantias constitucionais em relação à pessoa presa.

Uma vez realizada a audiência de custódia, caberá ao magistrado decidir, tal qual o procedimento previsto no Código de Processo Penal, se haverá o relaxamento da prisão no caso de ilegalidade, se a converterá em prisão

preventiva ou se concederá a liberdade provisória.

A diferença entre os procedimentos tem como objetivo, além de resguardar a integridade física do preso em flagrante, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, tão larga e amplamente amparado e difundido em todo o mundo nos tempos atuais, trazer maior segurança ao magistrado a partir da entrevista pessoal com o preso, robustecendo o seu convencimento sobre a decisão mais adequada a proferir.

3.1 APLICAÇÃO E EMPREGO DA PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão provisória é um gênero de prisão classificada como prisão processual, pela qual o autor, ou potencial autor de um delito, tem sua liberdade de locomoção cerceada de forma transitória. Trata-se de medida cautelar, sendo necessária para sua ocorrência a presença dos pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, assim denominados na esfera do direito processual penal.

Espécie deste tipo de prisão é a prisão em flagrante delito, que se materializa, nas palavras de Plácido e Silva (2005, p. 625), “quando o criminoso está cometendo, ou quando, após sua prática, pelos claros vestígios de o ter cometido, é surpreendido no mesmo local, ou é perseguido, quando foge, pelo clamor público”.

Uma crítica contumaz que se faz quanto à aplicação da prisão provisória no Brasil, é que seu uso se daria de forma sistemática, abusiva e desproporcional, em detrimento sobretudo da adoção de medidas alternativas, existindo, conforme declarado pelo ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, uma verdadeira “cultura do encarceramento”. Manifestação disso apresenta-se quando analisamos o número de presos provisórios no nosso sistema prisional, sobre o qual estudos recentes do CNJ apontava para mais de 40% dos presos no país, sem levar em consideração as prisões domiciliares, levando-se em consideração também esta modalidade punitiva, o número de presos provisórios reduz-se para cerca de 32%, mas que ainda representa um número bastante significativo, mais de 200 mil presos.

3.2 PRISÃO PREVENTIVA x LIBERDADE PROVISÓRIA

A partir das alterações proporcionadas pela lei 12.403/2011, que alterou as regras relativas à prisão e a liberdade provisória, ao magistrado cabe decidir ques-

tão de grande valor subjetivo através de pressupostos objetivos, ao receber o auto de prisão em flagrante ou após a apresentação do preso na audiência de custódia, quando a prisão é legal. De acordo com a nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal, cabe, ao magistrado, decidir por duas vias procedimentais distintas, conceder a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão, ou 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.

À luz do garantismo, existe verdadeira relação paradoxal quando envolvidos o poder do Estado e o direito à liberdade, devendo ser estendido ao máximo esse direito, albergado sobretudo pelo Estado Democrático de Direito, em detrimento de uma diminuição ao mínimo possível do poder estatal. Tal medida utilizada para tolher no todo ou em parte direito tão precioso do indivíduo deveria apenas ser tomada em caráter *ultima ratio*. Esta teoria encontra amparo constitucional se observarmos o inciso LXVI, artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º...

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

De outra perspectiva, existe verdadeiro clamor da sociedade pela adoção, por parte do Estado, de medidas que coibam a violência, que façam cessar a sensação de perigo e medo bem peculiar nos tempos atuais. Para um leigo, chega a ser inadmissível que um juiz conceda a liberdade provisória a uma pessoa que acabara de ser preso em flagrante, vulgarmente analisado por ele, o leigo, como “colocar na rua” o bandido. Tem-se imensa reprovação da sociedade à concessão da liberdade provisória, uma vez que, já claramente evidenciada a incapacidade do Estado para prover tais medidas assecuratórias da segurança através da prevenção, aspira-se que pelo menos se mantenha preso aquele que já cometeu o delito.

Diante de situação na qual não estejam presentes o binômio necessidade e urgência, nenhuma medida restritiva deverá ser imposta, devendo o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Situação interessante configura-se nas infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas, entre outros. Nestes casos, a vedação legal da cobrança da fiança, não torna defeso ao magistrado a concessão da liberdade provisória sem a necessidade do pagamen-

to de fiança, obviamente quando não for o caso de conversão em prisão preventiva.

3.3 NORMATIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Há que se fazer uma ressalva à aplicação deste procedimento mesmo quando inexistia sequer previsão administrativa no ordenamento jurídico brasileiro quanto à sua instrumentalização. Observância maior desta lacuna, percebia-se quanto ao prazo para apresentação do preso em flagrante ao juiz. O texto do Tratado diz que o: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz [...]”; ocorre que, objetivamente, não se tinha como mensurar a razoabilidade de um prazo sem demora senão por analogia ao Código de Processo Penal no tocante ao prazo para encaminhamento ao juiz competente do auto de prisão em flagrante, dada a similaridade das finalidades a que se propõem.

Acerca disso tramita projeto de lei do senado, de nº 554 de 2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, já em fase de deliberação no plenário, propondo a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, que passaria a 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 oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Para melhor instrumentalização na ausência de legislação específica, foi editada pelo CNJ a Resolução nº 213 de 15/12/2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Medidas semelhantes vem sendo adotadas por alguns tribunais, como por exemplo o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que em 16 de março de 2016, publicou a Resolução de nº 04 acerca do mesmo tema. Nota-se a incipiência do assunto dadas as datas de publicação das citadas Resoluções.

Existe uma corrente que critica a viabilização prática da audiência de custódia alegando que sua efetivação só seria possível a partir de previsão decorrente da atuação legislativa, sendo vedado ao poder judiciário a implementação deste direito no Brasil. Entretanto, outro viés deve ser observado, em virtude inclusive da multidisciplinariedade e pela vastidão dos diplomas legais multiformes em todo o mundo, fez-se necessária uma receptividade diferenciada para tratados internacionais que tratem de direitos humanos, até pela premência de

sua aplicação, em torno disso leciona Mazzuoli:

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.). Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 33).

Assim sendo, de encontro ao pensamento dos que defendem a necessidade da atuação legislativa para respaldar a implantação das audiências de custódia, conforme Mazzuoli, as normas oriundas de Tratados que versem sobre Direitos Humanos têm firmada previsão de eficácia plena e imediata.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

É comum a necessidade de ajustes sempre que um Estado torna-se signatário de um Tratado Internacional haja vista a infinidade de possibilidades legais intrínsecas no ordenamento de cada um dos sujeitos de direito internacional. Para tais possibilidades são previstas ferramentas tais como o direito de reserva, que seria, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, uma declaração unilateral da parte contratante, expressa no momento do consentimento, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de uma ou mais disposições do tratado em relação àquela parte contratante.

Ocorre que quando não se exerce o direito de reserva, mas mesmo assim determinado dispositivo verifica-se omissivo, ineficaz ou mesmo divergente do ordenamento jurídico daquele país signatário, há que sopesar tal dissonância desde que não acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio e à soberania nacional.

Além das críticas a seguir elencadas, alguns operadores do direito apontam o fato do primeiro ato processual ser a apresentação do preso ao juiz, como ferimento ao devido processo legal, pois, mesmo não existindo a análise de mérito nas audiências de custódia, aquele ato não deixaria de ser visto como um interrogatório do réu, acontecendo assim uma inversão das fases procedimentais, e que mesmo não tendo peso valorativo para a instrução, tal ato possuiria certo valor probatório

a influenciar o futuro julgamento.

4.1 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Este princípio consiste na vinculação do juiz que teve contato direto com a instrução probatória para proferir a sentença. Apesar do novo CPC ter suprimido o artigo 132 do antigo Código, artigo este que tratava diretamente deste princípio, a doutrina ainda o considera como princípio vigente dada sua relevância na atividade jurisdicional, alegando que do artigo 366 do novo código processual civil exista a possibilidade de se extrair fundamento para sua manutenção: “Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias”.

Assim como o artigo suprimido, que dizia que o juiz que concluísse a audiência julgaria a lide, observa-se a ligação deste princípio com ato da audiência, entretanto, na audiência de custódia, existe a possibilidade desta ser presidida por juiz plantonista, muito embora não tornaria este magistrado preventivo para o restante da demanda processual, conforme se verifica no §1º do artigo 7º da Resolução nº 04/2016, do TRF da 5ª Região:

Art. 7º...

§1º - A realização da audiência de custódia pelo juiz plantonista deverá seguir as determinações previstas nos artigos antecedentes, devendo o mesmo, após sua finalização, determinar a remessa dos autos respectivos à distribuição.

Porém não há que existir óbice por ferimento deste princípio processual, uma vez que a audiência a que se refere o princípio aqui tratado, refere-se à audiência de instrução, na qual são colhidas as provas que subsidiarão a lide. Como já foi aludido, na audiência de custódia nada relacionado ao mérito processual é abordado.

4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Na esfera penal e processual penal, talvez este seja o princípio de maior relevância, afinal, o bem jurídico que pode aqui estar sendo posto em disponibilidade, é uma das mais sagradas garantias, o direito à liberdade. Isso posto, chama a atenção o fato da possibilidade da ocorrência da audiência de custódia sequer com a presença

da defesa, desde que regularmente intimada para o ato. Assim trata o §4º do artigo 2º também da Resolução nº 04/2016, do TRF da 5ª Região:

Art. 2º...

§4º - Devidamente intimados o Ministério Público Federal e a defesa, a audiência realizar-se-á independente de suas presenças.

Não obstante o caráter garantista da audiência de custódia, aqui já entendo existir uma incongruência em virtude da importância da presença da defesa em qualquer etapa do processo, o que faz evidenciar mais ainda o caráter extraprocessual sobre o qual este ato é abalizado no nosso ordenamento. Apesar de ter como maior finalidade a garantia de direitos ao preso em flagrante, a presença da defesa seria indispensável para orientar o preso, que por desconhecimento técnico poderia deixar de expor algo necessariamente relevante para o seu direito, além de ser também este momento oportuno para pleitear a concessão da liberdade provisória.

Esta possibilidade demonstra com clareza a insegurança jurídica que ainda emana sobre este novo ato procedimental.

5 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA GARANTIDORA DOS DIREITOS HUMANOS OU SOLUÇÃO PALIATIVA COM OUTRA FINALIDADE?

Neste tópico, adentraremos mais profundamente no problema sugerido no presente artigo, fazendo uma análise comparativa de duas situações contemporâneas, que relacionam-se diretamente, o sistema prisional e os direitos humanos. Entretanto esta relação evidencia a possibilidade de uma aplicação errônea da audiência de custódia, ferramenta garantidora dos direitos humanos, introduzida através de Tratado Internacional, passando esta a ter um cunho muito mais garantista que o objeto que pretendia atingir, não por uma mudança uníssona no entendimento dos nossos magistrados, mas em decorrência de uma verdadeira pressão institucional interna e externa, muitas vezes velada, sobre o judiciário, com a pretensão de se amenizar o caos enfrentado no sistema prisional.

Vimos que nosso sistema prisional enfrenta a maior crise de todos os tempos, e que a busca por uma solução demanda de medidas emergenciais urgentíssimas. A superlotação é uma realidade em quase toda instituição carcerária do país, inclusive nos de detenção provisória, fugas e rebeliões acontecem diuturnamente, o

que implica ainda altíssimos custos para os estados e para o distrito federal; mesmo que houvesse destinação imediata de verba para construção de novos presídios, vencidas as etapas legais e burocráticas, ainda assim demoraria um tempo bastante considerável para utilização das novas vagas, pois ainda demandaria uma série de processos licitatórios relativos à parte administrativa destas novas instituições e concursos públicos.

Em outra esteira, abordamos tema relativo aos direitos humanos e sua importância como guardião e garantidor dos direitos individuais e da dignidade da pessoa humana. Vimos a forma como as ferramentas de um tratado internacional que verse sobre direitos humanos tem a sua aplicação prática no ordenamento de um país signatário.

Ao se fazer uma abordagem fática do emprego da prisão provisória no Brasil, além das possibilidades de concessão de liberdade provisória ou conversão de prisão em flagrante para prisão preventiva por parte do magistrado quando a prisão for legal, procurou-se situar o leitor do que ocorre na prática após a prisão em flagrante ser levada ao conhecimento do magistrado, antes pela apresentação do auto de prisão em flagrante e agora mediante as audiências de custódia. Verifica-se a similaridade dos atos mesmo com a mudança procedimental, entretanto essa similaridade não se repete nos resultados verificados após a implantação das audiências de custódia.

Um estudo realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) no período compreendido entre 2008 a 2012, ressalte-se, antes da implantação das audiências de custódia, nos traz uma ideia destes números.

Um elemento da empiria que importa considerar para efeito de problematizar os limites e as condições dessa discussão é que a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória – como já se destacou acima – mostra-se banalizada e quase automática. Nos casos presentes, lembre-se que mais de 90% dos réus presos em flagrante por tráfico na Bahia e em Santa Catarina continuam presos após a homologação do APF, sendo maior que 80%, em ambos os Estados, a taxa de conversão de flagrante em preventiva para o conjunto dos crimes. Esta transmissão automática entre flagrante e preventiva indica que o controle judicial do flagrante é “meramente formal”, e que as prisões derivadas do flagrante são resultado direto da ação policial e não de um controle judicial motivado, como já concluíra Barreto em relação à mesma situação quando examinara os crimes de furto. Somem-se a esta situação as limitações de assistência jurídica

dos réus que não contam com pedido formal de liberdade provisória. Na Bahia, apenas 39% dos réus em flagrante têm pedido de liberdade formalizado. Em Santa Catarina, esse número sobe para 67%, mesmo se considerado que, à época dos processos analisados, o Estado não contava com a atuação da Defensoria Pública. (BRASIL, 2015, p. 78).

Neste estudo constata-se uma crítica ao controle judicial exercido após as prisões em flagrante, atribuindo a este um caráter meramente formal de controle. Nota-se que a conversão em prisão preventiva ocorria em apenas 20% dos casos das prisões em flagrante, reduzindo este número para 10% quando se tratava de prisão em flagrante decorrente de tráfico de drogas, números estes apresentados nos estados da Bahia e de Santa Catarina.

Grande divergência se observa quando analisados os números de concessões de liberdade provisória determinadas pelos magistrados em audiências de custódia, conforme mostra o site do CNJ no espaço “Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil”, em 48,44% dos casos, quase a metade, a liberdade provisória foi concedida. Em São Paulo, a taxa de soltura dos suspeitos de tráfico de drogas foi de 60%. Números apurados até o mês de janeiro de 2016.

Diante das circunstâncias apresentadas, reforçadas ainda pela disparidade entre os números entre dois procedimentos com funções semelhantes, a diferenciar apenas o caráter garantidor da integridade física no momento da prisão até a apresentação do preso em juízo, proporcionado pelas audiências de custódia, há que se procurar estabelecer e fundamentar a real motivação da implantação das audiências de custódia assim como da sua correta aplicação, levando-se em conta qual seria o propósito de tanta urgência na implantação de um procedimento diverso do já utilizado sem sequer existir à época normatização específica nem a nível dos tribunais. Deve ser feito um questionamento se estaríamos, com este ato, agindo com aquiescência ao apelo mundial sobre o tema dos direitos humanos ou se seria simplesmente uma medida que tornaria o judiciário proativo, visando inibir a inépcia do executivo na gestão do sistema prisional.

Essa suposta proatividade incentivada por um apelo velado dos órgãos estatais pela busca de uma solução imediata para o problema do sistema prisional, acabaria por acarretar uma pressão sobre o judiciário que poderia vir a interferir nas decisões relacionadas à determinação da prisão preventiva, tendo reflexo direto no problema suscitado. Pressão esta inclusive interna, ora, se o próprio presidente do Supremo Tribunal Fe-

deral, Ricardo Lewandowski, um dos maiores entusiastas das audiências de custódia, sempre que concede entrevistas acerca do tema faz questão de enaltecer a imensa economia gerada em decorrência das pessoas que deixaram de ser presas. Infere-se, portanto, nessa observação do Ministro, que existiria então outra motivação para as audiências de custódia, uma vez que da aplicação de uma ferramenta voltada unicamente para assegurar a integridade física do preso em flagrante, não caberia uma análise da economia que esta ferramenta propiciou.

Esta visão de subsidiariedade da finalidade das audiências de custódia percebe-se intrinsecamente incluíve na opinião de alguns operadores do direito:

A audiência de custódia pode ser considerada um mecanismo que busca a promoção da democracia, uma vez que combate a superlotação carcerária devido à possibilidade de o juiz analisar a legalidade da prisão, imediatamente após a detenção, e inibe a execução de atos de tortura e crueldade que degradam o ser humano em interrogatórios policiais. Além disso, assegura o respeito às garantias constitucionais e a proteção dos Direitos Humanos, se adequando aos ordenamentos internacionais (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2014).

A presença do preso diante do juiz após a sua prisão em flagrante, por pessoalizar e humanizar o ato, o que não ocorria com a simples apresentação do auto de prisão em flagrante ao juízo competente, pode vir a interferir na decisão do magistrado, mas nada ao ponto de prejudicar o seu livre convencimento, aliado a isto a maior possibilidade de uma defesa efetiva e diligente no caso da audiência de custódia. São situações peculiares que certamente apresentariam reflexos na divergência dos números entre os dois procedimentos de provocação do juízo, porém não acredito que de forma tão ampla, outros fatores externos também poderiam estar influenciando tal discrepância, como observado pelo Juiz de Direito do Estado de Goiás, Dr. Lázaro Alves Martins Junior:

Em outro diapasão, que me parece coerente, muitos justificam que a audiência de custódia tem como finalidade primordial evitar o aumento das populações carcerárias diante da omissão flagrante do Poder Executivo que não investe na melhoria da infraestrutura pertinente. Então, evita-se o colapso com o incentivo à impunidade. Crime, que merece prisão, apenas se for muito grave e reiterado. Eventualmente podemos ter fatores complicadores. A mistura dos ingredientes é preo-

cupante. Vejamos: a infraestrutura carcerária faliu, então soltamos os autores de crimes; não se investirá em presídios, segurança pública e educação, portanto, diante da impunidade e mantido o ritmo crescente da criminalidade, mesmo com as audiências de custódia logo os estabelecimentos penais retornarão a situação atual. Qual será a próxima medida? Talvez a descriminalização do uso e venda de drogas, pois, uma grande parcela de presos está envolvida nesta conduta. E depois? (MARTINS JÚNIOR, 2015).

Percebe-se nas palavras do juiz Lázaro Alves um claro receio com a possibilidade da banalização das audiências de custódia, tornando-se instrumento puro e simples da concessão de liberdade provisória, apenas com a maquiagem de um suposto cuidado que o Estado teria antes de conceder tal liberdade, podendo advir novamente ao judiciário o que ocorria no procedimento antigo com relação ao grande número de conversões em prisões preventivas, passando uma imagem de controle judicial meramente formal, só que desta vez com grande número de decisões de caráter inverso ao daquelas, com consequências mais gravosas para a sociedade.

6 CONCLUSÃO

O livre convencimento motivado do magistrado possibilita-o aplicar a discricionariedade na análise de questões subjetivas nas quais caibam uma margem de interpretação legal. Também é comum que entendimentos outrora tido como pacíficos, mudem radicalmente de interpretação em decorrência de fato superveniente que afetou o referido entendimento ou ainda que ocorreram alterações nos textos legais como forma de adaptação aos costumes da época.

Entretanto, a problemática trazida ao presente artigo, traz à tona uma drástica alteração, num curto espaço de tempo, no sentido das decisões referentes ao estado em que deverá permanecer o preso em flagrante durante a marcha processual, sem que, para embasar esta repentina mudança, tenha advindo qualquer alteração legal de mérito ou mudança de entendimento jurisprudencial. A única alteração que ocorreu foi procedimental, e ainda assim, mantendo-se neste novo procedimento as mesmas opções as quais o magistrado estaria vinculado.

Apesar de existir pressupostos legais a serem observados para que se conceda a liberdade provisória em detrimento da conversão da prisão em flagrante em preventiva, tais pressupostos permitem interpretação subjetiva, por exemplo, aos olhos de determinado juiz, a conduta de um indivíduo pode não aparentar risco à

instrução criminal contra ele imposta, mas na interpretação de outro magistrado seria possível.

Ainda assim, é bastante difícil explicar um aumento repentino em torno de 30% das decisões concedendo a liberdade provisória sem, como já foi dito, ter ocorrido nenhuma alteração legal ou coisa do gênero.

Aparentemente, motivações dissociadas do processo penal per se estariam influenciando nesta mudança de entendimento. É certo que não ocorreu nenhum fenômeno social que alterasse drasticamente o perfil dos criminosos, portanto, por todos os argumentos trazidos, pode-se acreditar que exista uma influência institucional interna e externa sobre o judiciário para que adote uma postura proativa visando amenizar o caos do sistema penitenciário, interferindo diretamente ou indiretamente nas decisões de alguns magistrados, que passariam a adotar uma postura muito mais garantista.

O judiciário estaria utilizando as audiências de custódia como forma de externar para a sociedade que, apesar do grande aumento do número de concessões de liberdades provisórias, existiu zelo para justificar tais decisões, uma vez que diante da apresentação pessoal do preso seria possível o juiz conceder a liberdade provisória se cercado de maiores cuidados, ainda assim, corre-se o risco de trazer para o judiciário perante a população leiga a reputação de protecionista.

Conforme exposto no presente artigo, verifica-se assim que há um desvio da finalidade das audiências de custódia no contexto do Processo Penal, vislumbrado através do crescimento abrupto no número de concessões de liberdade provisória, sem que tenha havido qualquer alteração legislativa ou jurisprudencial, liberdade essa concedida nas referidas audiências de custódia.

Registre-se ainda o fato de concentrar no juiz a responsabilidade de observar violações na prisão do indivíduo, imputando-lhe ainda a formação de um juízo de valor sem a devida instrução processual e compreensão probatória, exacerbando dessa forma o subjetivismo.

Se configurada e posteriormente avultada esta tendência, uma maneira de reduzir o risco de um prejuízo maior para a sociedade seria a adoção imediata de medidas alternativas, como a implantação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, já previstas pelo CNJ.

Muito embora a garantia real que fatores externos não estariam interferindo nas decisões proferidas nas audiências de custódia, seria possível dirimir tais fatores a partir da atuação firme e diligente do poder público sobretudo no tocante ao caos que hoje se instalou no sistema prisional, passando ainda pela necessidade premente da normatização das audiências de custódia.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (internet). Milão: Quartier Lantin; 1764. 30 p. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf> Acesso em: 28 maio.2016.

BILDER, Richard B. **Uma visão geral do direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código Civil**, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código de Processo Penal**, Decreto-lei n. 3.689, de 03 de Outubro de 1941. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código Penal**, Decreto-lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213**, de 15 de Dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 01 jun.2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Resolução n. 04**, de 16 de Março de 2016. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/documento/?arquivo=RESOLU%C7%C3+N.04.2016.pdf&tipo=res>>. Acesso em: 01 jun.2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: RT, 2013, 33 p.

_____. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos – SAL. **Excesso de prisão provisória no Brasil**: um estudo empírico sobre as duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. Brasília: IPEA, 2015, 78 p.
CNJ. **Cidadania nos presídios**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 18 maio. 2016.

_____. CNJ. **Mapa da Implantação da audiência de custódia no Brasil**. 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: 01 jun.2016.

_____. CNJ. **CNJ, TJSP e Ministério da Justiça lançam Projeto Audiência de Custódia**, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30506-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 01 jun.2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DPU. Audiência Pública: **Audiência de Custódia**, 2014. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia_folder_final2.pdf>. Acesso em: 10 nov.2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, Volume único. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **artigo ASMEGO**, 2015. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2015/08/05/em-artigo-juiz-lazaro-alves-critica-a-adocao-da-audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 28 maio.2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san-jose.htm>>. Acesso em: 28 maio.2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.