

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**ALCIMARA PAES DE SOUZA CANAL**

**OS REFLEXOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO  
COM ÊNFASE NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017**

**ALCIMARA PAES DE SOUZA CANAL**

**OS REFLEXOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO  
COM ÊNFASE NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Monografia jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jeferson Ribeiro G.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017

**ALCIMARA PAES DE SOUZA CANAL**

**OS REFLEXOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO COM  
ÊNFASE NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como  
requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em

Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.:

---

Prof.:

---

Prof.:

Agradeço a Deus por mais essa Vitória e  
a toda minha família e amigos que  
sempre torceram por mim!

“Que todos os nossos esforços estejam sempre focados no desafio a impossibilidade. Todas as grandes conquistas humanas vieram daquilo que parecia impossível”

Charles Chaplin

## RESUMO

A presente monografia visa trabalhar o instituto jurídico denominado de Audiência de Custódia. Sendo este um projeto recente no ordenamento jurídico vigente, será mais bem detalhado e estudado a fim de que se revelem seus efeitos na população carcerária do estado do Espírito Santo, visto que foi o segundo estado do país a praticar o instituto. Para isso, realizou-se pesquisas bibliográficas, com a adoção do método dialético, comparando os entendimentos doutrinários divergentes a fim de alcançar uma síntese.

Palavras-chave: direito penal; audiência de custódia; sistema carcerário; Espírito Santo; penas; ministério público.

## LISTA DE SIGLAS

Abecrim-ES – Associação Brasileira de Criminalistas do Espírito Santo  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia Civil  
CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos  
CE – Código Eleitoral  
CNJ – Conselho Nacional de Justiça  
CP – Código Penal  
CPP – Código de Processo Penal  
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional  
EC – Emenda Constitucional  
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente  
IDDD – Instituto de Defesa do Direito a Defesa  
MP – Ministério Público  
PLS – Projeto de Lei do Senado  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia  
TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo  
TJ-ES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>01 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO</b> .....	<b>9</b>
1.1 Breve Histórico das Penas .....	9
1.2 Os contornos da crise carcerária no Brasil.....	11
<b>02 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</b> .....	<b>16</b>
2.1 Origem histórica e conceituação .....	16
2.2 Influência dos diplomas internacionais.....	19
2.3 Finalidades do instituto.....	22
2.4 Tentativas de implementação da audiência de custódia no Brasil .....	24
2.5 O cenário de implantação do expediente no estado do Espírito Santo .....	26
2.5.1 Atuação do Ministério Público nas Audiências de Custódia no ES .....	28
2.6 Procedimentos .....	29
<b>03 PRINCIPAIS CELEUMAS E DESAFIOS</b> .....	<b>31</b>
3.1 Possibilidade de extensão do expediente para as prisões preventiva e temporária .....	31
3.2 Garantia aos adolescentes suspeitos da prática de atos infracionais .....	32
3.3 Realização por videoconferência .....	33
3.4 Limites cognitivos .....	34
3.5 (Im)possibilidade de aproveitamento do conteúdo em eventual ação penal .....	35
3.6 Consequências da não realização da audiência de custódia.....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>41</b>



## INTRODUÇÃO

A Audiência de Custódia é um projeto recém-implantado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujo objetivo principal é a diminuição da população carcerária, a qual se torna populosa por sua grande quantidade de presos “rotativos”, nas quais adentram a uma cela e não sabem quando serão de fato julgados e/ou ouvidos.

A despeito de o projeto ser novo, não o é o instituto jurídico. O presente trabalho resgata a ideia primitiva da audiência de custódia, percorrendo a cronologia histórica, buscando a origem do instituto.

Ainda assim, o projeto também não é novo no atual ordenamento jurídico e democrático pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Destaca-se que a Audiência de Custódia é prevista no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, mas somente décadas depois da assinatura do tratado internacional o instituto passou a ser praticado pelo Poder Judiciário.

O trabalho visa questionar os efeitos promissores do instituto em tela, de modo que as dificuldades poderão ser apontadas e dialogadas dentro do mesmo.

## 01 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO

### 1.1 Breve Histórico das Penas

Desde a idade antiga, nas primeiras civilizações, mediante a necessidade de se socializar, foi necessário o ser humano estabelecer regras de convivência social, na medida em que ao se estabelecer em pequenos centros sociais, os indivíduos constantemente se colidem em suas liberdades. Com intuito de estabelecer limites, surge a ideia de coerção nesses mesmos centros.

A pena, um meio coercitivo, surgiu nas civilizações com o objetivo de punir aqueles que descumpriam essas regras sociais. Por muito tempo entendeu-se que punição deveria ser proporcional ao ofendido, costumeiramente de caráter físico. No entanto, surge durante a idade média a pena privativa de liberdade, onde o clérigo recolhia o apenado a fim de que ele meditasse, refletisse e arrependesse da infração cometida. A palavra “penitenciária” encontra suas origens nesse momento, pois o cárcere era a penitência e a meditação.

Com a evolução social, timidamente surge na idade moderna a individualização da pena, que consiste em tratar o réu como um ser humano, estabelecendo as primeiras ideias de dignidade da pessoa humana. Com fortes influências do capitalismo, na idade contemporânea a pena privativa de liberdade se amolda as novas perspectivas industriais, ainda que com o Iluminismo tenha dado a origem as visões humanitárias e a delimitação do poder estatal. O capitalismo passou a se interessar por presidiários, como Caldeira (2009, p. 268) assim se manifesta:

Por outro lado, já que se passava pelo período do desenvolvimento do sistema econômico do capitalismo, esses desafortunados e delinquentes passaram a ser aproveitados como mão-de-obra gratuita, o que permitia, ainda, a manutenção do controle sobre ela. A ideia de prisão como forma de privação da liberdade surge, na verdade, mais como uma ideologia do modo de produção capitalista do que com o propósito humanitário e idealista de reabilitação do condenado; havia uma necessidade urgente e emergente de mão-de-obra e, também, de controlar essa massa delincente que acabara de surgir. Desta forma, a prisão surge em razão da necessidade do regime econômico capitalista em crescente desenvolvimento, e também como forma de controle social da classe que dominava tal regime, possuindo, na verdade, finalidade de controle social (da classe dominante, burguesa, sobre a dominada, proletariado).

Neste momento, começava a delinear a ideia de livre arbítrio do homem, na qual entendia-se que ele tinha controle sobre seus atos, portanto, descumprido a lei,

o castigo imputado lhe era merecido. Neste período havia o entendimento da Escola Clássica, na qual o centro do Direito Penal era o crime, passando a estabelecer a pena não somente como castigo, mas como retribuição ao crime cometido, ou seja, o réu era ignorado durante a aplicação da pena, voltando-se a atenção somente para o crime e sua proporcionalidade.

Contudo, a Escola Clássica dá lugar a Escola Positivista, voltando o indivíduo a ser o centro do Direito Penal. Neste período a pena não foi encarada apenas um castigo, mas um instrumento para a ressocialização do preso. Após a Escola Positivista, surge a Escola Antropológica com a ideia de que o ser humano era um criminoso nato, de forma que não haveria livre arbítrio em suas escolhas conforme alude Caldeira (2009, p. 269):

O ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade, uma vez que o fundamento da punição era a defesa social e não o castigo; todos os homens são socialmente responsáveis por viverem em sociedade, razão pela qual a pena se justifica como um direito inalienável e natural da sociedade de se defender, inclusive na hipótese na qual o ser humano tenha uma anomalia congênita, hipótese em que o motivo para a defesa social seria ainda maior, pois por ser ele escravo das suas paixões, deve ser preso.

Por fim surge a Escola Eclética. Nos ensinamentos de Caldeira (2009, p. 271):

Também se desenvolvem sobre a ideia de que a pena funcionaria como uma forma de defesa social, mas diferenciam-se da Escola Positiva ou Antropológica, pois admitiam que os loucos sejam suscetíveis a mudanças bruscas nas atitudes, tendo em vista castigos ou recompensas. Se, por um lado, a sociedade odeia os delinquentes e vibra quando um é punido, por outro lado, os loucos deixaram de ser odiados como eram um século antes. Agora, eles passam a ser considerados irresponsáveis, ao contrário do que pregavam os clássicos, que diziam serem todos responsáveis, por causa do livre-arbítrio. A loucura passa a ser concebida como uma moléstia como outra qualquer. Portanto, o Direito Penal deve estudar o criminoso como espírito e matéria, como pessoa humana, em face dos princípios éticos a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material.

Foi apenas no século XIX, após a segunda Guerra Mundial, que surgiram movimentos dogmáticos em uma nova defesa social, trazendo de volta a ideia de livre arbítrio, demonstrando que o crime é uma personalidade única do indivíduo, sendo impossível haver uma padronização. Nesse período entendia-se que a prisão

é um mal necessário – por não haver um substituto. Contudo o ineditismo duma nova visão punitiva logrou êxito em abolir a pena de morte, evitando a punição por bagatela e entre outros direitos de dignidade da pessoa humana.

É diante desta contextualização em que o Brasil se encontra que o país é o 4º maior em números de presos no mundo. Em 2014, chegou a 622.202 presidiários, aumentando, em relação ao ano anterior, 7% da população carcerária. Tem-se em dados de que 40% dos presos são provisórios, ou seja, estes indivíduos não foram nem julgados em 1ª instância. Diante desses dados é perceptível que a concepção da pena privativa de liberdade tem sido interpretada como punição meramente assegurada para a preservação do processo penal. Ou seja, a legitimidade do encarceramento e a análise próxima do caso concreto, não são requisitos avaliados diante de uma prisão, abandonando os ideais de justiça e preservação social, aumentando significativamente as prisões arbitrárias.

## **1.2 Os contornos da crise carcerária no Brasil**

É de conhecimento geral e notório que a superlotação é uma característica imanente ao sistema prisional brasileiro, o que, no entanto, não garante à população em geral maior segurança no meio social. Como anota Yarochevsky (2017):

Lamentavelmente, em razão do populismo penal, de uma criminologia midiática, da cultura do encarceramento e do falso discurso da impunidade, prisões preventivas são decretadas em afronta à Constituição da República e à lei processual penal. Além dos casos previstos em lei e da possibilidade de substituição da prisão preventiva por outras espécies de medidas cautelares menos gravosas, a prisão preventiva vem sendo utilizada como antecipação da tutela penal. Verifica-se, ainda, que juízes e tribunais de todo o país, atendendo a sanha punitivista do Ministério Público decretam a medida extremada e excepcional para fins completamente estranhos e diversos do que prevê a lei, a doutrina e a jurisprudência. Assim, prisões provisórias são decretadas em razão da: “gravidade do crime”, “clamor público”, “periculosidade do agente”, “obtenção da delação” e, como já dito, “antecipação da tutela penal”. Tudo em assalto ao princípio constitucional da presunção de inocência que acabou sendo mitigado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda nos dizeres de Yarochevsky (2017, apud Carvalho 2010):

O sintoma contemporâneo vontade de punir, atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos políticos-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância

zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo sistêmico).

Paiva (2017, p. 28, apud Sarmiento), traz uma reflexão sobre os contornos das celas brasileiras:

Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeiras o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde, à segurança social e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.

Sensível a essa realidade, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 12.403/2011, alterando as disposições do Código de Processo Penal (CPP), para nele inserir medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, facultou-se ao órgão julgador a aplicação, a depender do caso concreto, de alternativas outras que não o encarceramento do indivíduo, em uma clara tentativa de abrandar a crise penitenciária. Assim, buscou tornar a prisão cautelar uma espécie de “última *ratio*”, em detrimento de uma nova conjuntura, trazida pelas ditas medidas cautelares diversas da prisão.

Não obstante, o número de presos provisórios no Brasil ainda não diminuiu. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça em dez/2016, o Estado oferta em média 372 mil (trezentos e setenta e duas mil) vagas nos presídios espalhados pelo país, enquanto que o número de presos atinge aproximadamente a marca de 622 mil (seiscentos e vinte e dois mil), sendo que 40% (quarenta por cento) dessas pessoas ainda não foram julgadas.

Paiva (2017, p. 29) discrimina dados estatísticos, como a seguir transcrito:

Dados de 2014 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, comprovam que o Brasil ocupa o quarto lugar no ranking dos países com maior população prisional do mundo, já registrando mais de seiscentas mil pessoas presas. [...] o Brasil aposta cegamente na aceleração do encarceramento, sendo o único, entre os quatro países que mais prendem no mundo, que registrou uma elevação da taxa de aprisionamento nos últimos anos, enquanto os demais reduziram o número de presos por cem mil habitantes.

Tais dados e ilações denotam que as providências até então adotadas não foram suficientemente capazes de alterar o cenário calamitoso e inóspito dos cárceres pátrios.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião da ADPF nº 347 MC/DF, em 09/09/2015, acertadamente reconheceu que o sistema carcerário do Brasil passa por um “Estado de Coisas Inconstitucional”. Essa expressão foi cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia para referir-se à materialização de um quadro de violação endêmica de direitos e garantias fundamentais, originado da inércia ou falta de interesse do Poder Público em reverter situações degradantes.

É de se reconhecer o acerto da decisão da Suprema Corte, na medida em que o sistema penitenciário brasileiro desrespeita flagrantemente os direitos da pessoa presa por meio de condutas omissivas e comissivas, resultando em uma falha estrutural generalizada, atribuída aos três poderes dos entes federados. Ora, vivencia-se uma situação calamitosa e vexatória a que estão submetidos os presos no país, sendo-lhes diariamente retirado o mínimo existencial e conseqüentemente, tornando-os vulneráveis socialmente.

Além disso, ainda de acordo com entendimento do STF, não é cabível à administração pública invocar o argumento da reserva do possível frente à imposição de obrigação de fazer consistente na promoção de medidas em estabelecimentos prisionais para assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral. Explica-se.

A teoria da reserva do possível é comumente invocada na seara da efetivação dos direitos e garantias fundamentais chamados de segunda dimensão, contidos no bojo da CRFB/88, consubstanciados nos direitos sociais, que demandam a atuação estatal para que sejam assegurados aos jurisdicionados. Esse atuar do Estado, por sua vez, requer orçamento público, o que faz com que a administração pública invoque em juízo a teoria em comento, para que possa se abster de promover tais direitos aos cidadãos, face à precariedade de recursos financeiros. Entretanto, não pode o Poder Judiciário acolher integralmente a tese trazida pelo Estado senão sem antes proceder as adequações indispensáveis para tanto, a exemplo do mínimo existencial que deve ser garantido aos indivíduos.

Esse tema em muito se comunica com a crise penitenciária vivida pelo Brasil, na medida em que não é dado ao Poder Público alegar simplesmente a falta de aportes pecuniários para deixar de implementar medidas tendentes a minimizar a

problemática carcerária, como por exemplo a utilização da audiência de custódia. Nos dizeres de Oliveira et al (2015, p. 125):

Trata-se de argumento que não resiste a uma análise até mesmo perfunctória sobre o tema, pois no Brasil a péssima tradição de justificar práticas errôneas, desviadas e violadoras dos direitos humanos com fulcro na escassez de recursos. Isso ocorre, dentre outras situações, quando se pretende tutelar os direitos fundamentais de maneira adequada (por meio do fornecimento de serviços médicos, hospitalares, de educação, de segurança e de lazer de qualidade), o argumento da escassez de recursos sempre vem à tona. [...] **Utilizar a incompetência da máquina pública em gerir seu orçamento, para justificar flagrantes violações aos direitos humanos, permitindo-se que pessoas que não deveriam estar encarceradas mantenham-se com sua liberdade restrita, trata-se de absurdo que coloca o Estado numa posição de violador, ao invés de garantidor dos direitos fundamentais.** Trata-se da própria negação do conceito de Estado, nascido quando da Revolução Liberal e em desenvolvimento desde então, culminando com a ideia hoje vigente de Estado Democrático e Social de Direito. Ademais, a audiência de custódia tem potencial para reduzir a cultura do encarceramento e propiciar que os recursos orçamentários hoje consumidos pelo sistema carcerário sejam reduzidos e, conseqüentemente, aplicados para aparelhar os órgãos encarregados da persecução penal e o próprio judiciário, custeando os serviços acrescidos com a adoção da audiência de custódia e ainda melhorando os demais serviços relacionados com a segurança pública. (grifei).

Nessa seara então, o STF, em medida cautelar, determinou, dentre outras providências, que juízes e tribunais implementem a audiência de custódia, reconhecendo a importância desse expediente. Veja-se:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. [...] Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Nesse contexto, portanto, é que emerge o debate sobre a implantação das chamadas audiências de custódia, uma medida estimulada pelos diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, dentre eles o Pacto de São José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 678/92.

Antes de adentrar no tema proposto, colaciona-se dados oriundos do estado de São Paulo, expostos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD):

O relatório “Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo”, que apresenta os principais aspectos observados pelo IDDD durante dez meses de acompanhamento do projeto no Fórum Criminal da Barra Funda, onde o Instituto esteve presente desde o primeiro dia de realização dessas audiências (24 de fevereiro de 2015), analisou dados processuais referentes a 588 pessoas que passaram pelas audiências de custódia, além de entrevistas com juízes, promotores de justiça e defensores públicos que atuam nessas audiências. **Em 39% dos casos, a prisão em flagrante não foi convertida em prisão preventiva e os acusados foram soltos** (grifei).

As audiências de custódia são altamente recomendadas porque, dentre outros diversos motivos, visam impedir ou evitar a prisão ou a sua manutenção nos casos em que os indivíduos não devam permanecer encarcerados ao longo da instrução processual penal.



## 02 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

### 2.1 Origem histórica e conceituação

A prisão arbitrária ou fraudulenta não é uma situação nova no cenário jurídico. O Direito Romano, no tempo da Lei das XXII (doze) tábuas, já se preocupava com a irregularidade. Portanto, ao analisar a funcionalidade da Audiência de Custódia, encontra-se paridade em institutos jurídicos antigos.

A objetividade da audiência de custódia surge com as origens do *habeas corpus*. Havia-se um interdito chamado *Homine Libero Exhibendo*, segundo o qual, quando uma pessoa livre era presa arbitrariamente, imediatamente deveria ser levada à aparição pública. Como expõe Holanda (2004, p. 38):

[...] após prévio exame da capacidade processual, o Pretor determinava que o coator exibisse o paciente em público e sem demora. [...] O paciente, colocado em público, era visto, apreciado e, acima de tudo, ali, expurgava-se o segredo da prisão.

O procedimento romano era de realmente expor o preso, de forma que a prisão não ficasse em segredo, portanto a apresentação do “corpo” ao magistrado garantia a legalidade da prisão. Após o direito romano, o *Habeas Corpus* se aperfeiçoou com o tempo, como leciona Camargo (2004, apud Grinover et al, 2011, p. 269):

Por sua vez, o desenvolvimento do *habeas corpus*, propriamente dito, se insere em um longo processo de lutas político-jurídicas que se desenrolaram desde a Magna Carta de 1215 – tendo passado pela *Petition of Rights* de 1628 – até finalmente ganhar sua feição atual através dos *Habeas Corpus Acts* de 1679 e de 1816.

Foi apenas em *Habeas Corpus Acts* de 1679 que o instituto jurídico tomou o nome dado até hoje. Originariamente o instituto jurídico era aplicado de forma que a prisão de um réu só era legítima depois de passado pela apresentação ao juiz, conforme expõe Massaú (2008, p. 08):

O *habeas corpus* “original” era, então, uma fórmula que significava uma ordem do juiz à autoridade policial que detinha uma pessoa. Essa ordem demandava a apresentação do corpo do detido ao juízo. Assim, se podia avaliar a legalidade da prisão.

No Brasil o *Habeas Corpus* não se inseriu no ordenamento jurídico por lutas revolucionárias contra o estado absolutista. Em 1891, a primeira constituição brasileira, com o estado ainda monárquico (imperialista), passou a discutir a inserção do instituto jurídico *habeas corpus* no ordenamento jurídico pátrio. O debate foi denominado *doutrina brasileira do habeas corpus*, contudo, ao final, a visão acerca do instituto foi bruscamente cerceado a ideia da legalidade da prisão na violação do direito de ir e vir.

Esse rompimento com o âmago do instituto se deu aos interesses dos envolvidos. A burguesia atrelava seus interesses ao estado, ainda que absolutistas, contrariando até mesmo a evolução histórica europeia. Wolkmer (2002, p. 101) assim se manifesta:

No bojo das instituições [do Império], amarrava-se, com muita lógica, o ideário de uma camada profissional comprometida com o projeto burguês-individualista, projeto assentado na liberdade, na segurança e na propriedade.

Portanto, ainda que pareça evoluído o instituto jurídico, no Brasil a concepção rompeu-se com seu sentido originário. A audiência de custódia é a retomada do sentido primitivo do instituto de início no direito romano.

É perceptível que o direito brasileiro negligenciou a aplicabilidade do *habeas corpus*. Nesse caminho, em 2015, o CNJ em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), divulgou o projeto de Audiência de Custódia, com o objetivo de garantir ao preso em flagrante a rápida apresentação ao juiz a fim de averiguação da legalidade da prisão. O projeto, em sua síntese, se propõe a resgatar a ideia originária “*Toma-se, exhiba-se*”. Desse modo, traduz em importante avanço na finalidade de ser dirimir as prisões ilegais, garantindo a efetiva aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, como se verá a frente.

A audiência de custódia exsurge no contexto de contenção do poder punitivo estatal, como forma de assegurar os direitos humanos no decorrer da marcha processual penal.

Como defende Masi (2015, p. 04):

Entendemos que, a despeito dos argumentos metajurídicos que possam surgir, a audiência de custódia visa ao necessário resguardo dos direitos fundamentais do preso, sendo o seu desrespeito um inaceitável ilícito por parte do Estado. Afora isso, é uma medida que trará eficiência, celeridade e transparência ao processo, prevenindo ilegalidades e

assegurando a correta aplicação da lei penal, sem desconsiderar a pessoa do imputado. Portanto, as finalidades da audiência de custódia vão ao encontro dos fins almejados por um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Em sede de conceituação, pode-se dizer que a audiência de custódia consiste em um expediente judicial pré-processual assegurado ao preso em estado de flagrância, consubstanciado em ser apresentado à autoridade judicial em prazo razoável, para que sejam aferidos aspectos relacionados à sua prisão, tais como a legalidade do ato, sua integridade física e psíquica, bem como para esclarecer-lhe acerca de seus direitos constitucionalmente previstos.

Durante a audiência de custódia, também denominada de audiência de garantia e de apresentação, caberá ao juiz, desembargador ou ministro, a depender da origem do processo, analisar apenas as questões concernentes ao cárcere, não podendo fazer juízo de valor acerca das circunstâncias do crime, ou seja, a princípio, lhe é vedado adentrar no mérito da ação.

Brasileiro (2017, p. 921) assim conceitua o instituto estudado:

[...] a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com Ministério Público. Em prática em inúmeros países, dentre eles Peru, Argentina e Chile, a audiência de custódia tem 2 (dois) objetivos precípuos: 1) coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos; 2) no caso específico da prisão em flagrante, conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para fins de convalidação judicial (CPP, art. 31 O), é dizer, para ter mais subsídios quanto à medida a ser adotada- relaxamento da prisão ilegal, decretação da prisão preventiva (ou temporária), ou imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 31 O, I, H e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.

Ainda em sede conceitual, confira-se a visão de Oliveira et al (2015, p. 106):

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 indivíduo preso, a ser conduzido, *sem demora*, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender da incidência, ou não, de foro por prerrogativa) com o objetivo de que a sua prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou, ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível. Na mesma ocasião ainda é possível exercer o controle judicial sobre prática nefasta e ainda vigente, consistente em submeter o custodiado a atos de maus tratos ou de tortura.

Além disso, Oliveira et al (2015, p. 101) brilhantemente pontuam que a audiência de custódia pode ser utilizada como um instrumento para conferir maior credibilidade ao novo modelo de medidas cautelares trazidos a partir do advento da Lei nº 12.403/11, já mencionada no presente trabalho, a fim de imprimir-lhes maior efetividade.

## 2.2 Influência dos diplomas internacionais

Há que se reconhecer que a implementação da audiência de custódia no Brasil em muito foi influenciada por tratados internacionais, em especial pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Por isso, não se torna fastidioso tecer breves considerações sobre a incorporação de tais diplomas ao sistema jurídico brasileiro.

Muito se discutia sobre o verdadeiro *status* normativo dos tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, havendo 04 (quatro) principais correntes acerca do tema. A primeira corrente afirma que tais normas possuem *status* legal, isto é, equiparam-se à legislação infraconstitucional brasileira, em nada complementando a CRFB/88. O segundo entendimento coloca tais normas em posição supralegal, sendo intermediárias entre a legislação e a Constituição da República, estando abaixo desta, sendo incapaz de atingir o texto constitucional, mas capaz de influenciar no texto legal, o que em muito reflete nas normas de eficácia limitada. A terceira tese sustenta que os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos possuem *status* normativo equivalente a própria CRFB/88, podendo atingi-la diretamente. Neste último caso, havendo conflito entre ambas as normas, prevalece aquela de interpretação mais favorável à pessoa humana. Por fim, a terceira corrente afirma que tais normas possuem *status* supraconstitucional, o que demandaria a releitura de toda a pirâmide kelseniana, porquanto quebra-se a ideia da supremacia da Constituição Federal.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, que ficou conhecida como a responsável por promover uma reforma no Poder Judiciário, os tratados que versam sobre direitos humanos passam a entrar em vigor imediatamente, ganhando força de verdadeiras normas constitucionais. Para tanto, é

necessário que a norma seja aprovada em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Reza o princípio da supremacia da Constituição que o Estado-Juiz deve exercer um juízo de compatibilidade das leis, valendo-se não apenas da Constituição Federal como norte, mas também dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, notadamente aqueles que versem sobre direitos humanos, que fazem parte do chamado Bloco de Constitucionalidade, o qual constitui um modelo para o controle de convencionalidade. Nesse contexto, quaisquer normas que violem ou vão de encontro aos tratados internacionais sobre direitos humanos devem ser afastadas de pronto pelo órgão julgador. Para tanto, é preciso que ele – órgão julgador – se inteire ao cenário internacional e aplique os tratados internacionais aos casos de sua competência, seja de ofício ou a requerimento da parte.

Como pontifica Paiva (2017, p. 39):

É hora de admitirmos que a nossa pirâmide normativa não mais se esgota na Constituição Federal, que a centralidade dos direitos humanos internacionalizou a jurisdição, obrigando a que todos os juízes façam não somente o controle de constitucionalidade das normas, mas também o controle de convencionalidade.

Exemplo do que se afirma é o Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 22/11/1969 e incorporado à ordem jurídica pátria por intermédio do Decreto nº 678/92, visando, precipuamente, a consolidação da liberdade pessoal e de justiça social, arrimado no respeito aos direitos humanos. Outro exemplo é o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 19/12/1966, ratificado pelo Brasil através do Decreto-Legislativo nº 226/1991, quando o país se tornou responsável pela implementação e proteção dos direitos fundamentais previstos no diploma.

Especial destaque deve ser dado aos artigos 7º, nº 5, do Pacto de São José da Costa Rica e 9º, nº 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, que abaixo se transcreve:

Art. 7º, nº 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.

Art. 9º, nº 3. Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infração penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário

autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença.

Como se visualiza pelas datas citadas, as tratativas internacionais não constituem novidade legislativa. Pelo contrário, há muito já foram internalizadas pelo Brasil. O que ocorria, na verdade, era a não implantação de qualquer modelo processual nos moldes do quanto proposto.

Os dispositivos legais de ambas as normas guardam íntima relação com a audiência de apresentação ao demandarem que todo preso deve ser conduzido sem demora à presença de juiz ou de outra autoridade habilitada ao exercício de funções jurisdicionais. Nesse particular, cumpre ressaltar que autores de renome que rechaçam a plausibilidade da audiência de custódia por diversos motivos, sustentam que a autoridade que trata os artigos não necessariamente é um juiz, podendo tal ato ser perfeitamente realizado por um delegado de polícia. Essa posição, entretanto, não se sustenta, na medida em que se deve realizar uma interpretação sadia e verossímil do texto legal, como advogam Oliveira et al (2015, p. 121):

Ora, a finalidade dos arts. 9º, nº 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU e do art. 7º, nº 5 do Pacto de San José da Costa Rica é garantir ao preso em flagrante o direito de ter audiência, ou seja, de ser pessoalmente inquirido ou entrevistado por juiz ou por agente público que, nos diversos Estados signatários de tais pactos internacionais, exerça funções análogas. Qualquer interpretação de texto jurídico necessita primar pela lógica e coerência, pois não se concebe que a norma jurídica careça de logicidade. A partir do momento em que se colocou o magistrado como o primeiro dentre os agentes públicos a quem se deve conduzir o preso, é obvio que a “outra autoridade habilitada a exercer funções judiciais” necessita ser alguém que ostente as mesmas competências de um magistrado, em um eventual estado signatário do pacto que possua um peculiar ordenamento jurídico. Ter-se-ia norma injustificavelmente assimétrica se fosse admitido que, para cumprimento da norma prevista nos Pactos Internacionais citados, em certo Estado o preso devesse ser levado à presença de uma autoridade judiciária e, em outro, ao delegado de polícia ou agente sem poder jurisdicional, por exemplo. A ratio essendi da norma é, claramente, a de fazer com que o Estado-juiz tenha contato imediato – e não somente mediato, por meio de palavras escritas – com os fatos e com o sujeito a quem se imputa a prática de um ilícito penal.

Abaixo o entendimento de Lopes Jr. & Rosa (2015):

[...] o que se entende por “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”? A intervenção da autoridade policial, do delegado, daria conta dessa exigência? Entendemos que não. Primeiro porque o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente ‘funções judiciais’. É uma autoridade administrativa despida de poder

jurisdicional ou função judicial. Em segundo lugar a própria CIDH já decidiu, em vários casos, que tal expressão deve ser interpretada em conjunto com o disposto no artigo 8.1 da CADH, que determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”. Com isso, descarta-se, de vez, a suficiência convencional da atuação do Delegado de Polícia no Brasil.

Logo, vê-se que seria desarrazoado imaginar que a autoridade a que o preso deva ser apresentado quando de sua prisão poderia variar conforme o ordenamento jurídico de cada pátria signatária dos tratados internacionais. Ora, há de haver uma correlação e simetria no momento de aplicação da norma, e a interpretação mais coerência é aquela que envereda para a apresentação do encarcerado à autoridade judicante, na medida em que se busca priorizar o contato entre ambos, não se limitando apenas aos escritos sobre o caso que chegam às mãos do magistrado.

### **2.3 Finalidades do instituto**

Paiva (2017, p. 45) ensina que a primordial função da audiência de custódia é adequar o processo penal pátrio aos diplomas internacionais sobre direitos humanos, na medida em que “pouca ou nenhuma importância teria o DIDH se cada país dispusesse de uma margem de apreciação a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos tratados a que – voluntariamente – aderiram”.

Demais isso, é cediço que o retrato da jurisdição deve buscar ser o mais fidedigno possível. Nesse panorama, a audiência de custódia representa um forte instrumento legitimador das características do processo penal, velando, ainda, pela garantia dos direitos humanos, por buscar reduzir arbitrariedades e torturas por parte das autoridades policiais. Távora & Rodrigues (2016, p. 1344) assim se manifestam:

A audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual penal. Trata-se de um modo de humanização da persecução penal estatal, apta à sua democratização tendente tanto a coibir a tortura, quanto a promover o debate sobre a necessidade da prisão.

Urge trazer à baila o entendimento de Oliveira et al (2015, p. 123):

A audiência de custódia em nada altera a realidade atual, qual seja, a de que o juiz terá como material para sua análise tudo o que foi produzido pela autoridade policial (documentação do flagrante e outros). Mas, diferentemente do que podem alegar os contrários, a audiência de custódia permitirá ao juiz avaliar os elementos que hoje não lhe são apresentados e

que se colhem da presença física do preso pré-cautelar: suas expressões; seu tom de voz; sua forma de agir e de se portar quando confrontado a uma alegação; suas mãos sujas de graxa ou de tinta, rachadas ou repletas de calos, a evidenciar a sua condição de trabalhador; a presença de sua família na audiência, a evidenciar o seu vínculo familiar, dentre outras impressões só coletadas no contato pessoal. Além disso, a humanização que o contato imediato permite faz com que o magistrado não precise, pura e simplesmente, “elucubrar” sobre alguém que nunca viu, cuja história e características que fogem aos simples registros criminais, não podem ser descritos e avaliados pela descrição fria aposta no papel. O magistrado, que presidir a audiência de custódia, terá plenas condições de exercitar um juízo cautelar muito mais completo e fidedigno do que aquele que decorre da intermediação de um agente policial, que, por conta da crueza e aridez do serviço que desempenha, termina por não mais possuir, na prática e em todos os casos que lhe são apresentados, a real isenção que deveria ter no trato daqueles a quem se imputa a prática de um crime.

Na linha do que preceitua Paiva (2017, p. 46, apud Weis, 2013), a audiência de custódia “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência.

Nas palavras de Paiva (2017, p. 49):

Garantindo-se a apresentação imediata, ou, ainda, “sem demora”, a audiência de custódia pode eliminar – pelo menos – a violência policial praticada no momento da abordagem no flagrante e nas horas seguintes, pois os responsáveis pela apreensão/condução do preso terão prévia ciência de que qualquer alegação de tortura poderá ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, da defesa (pública ou privada) e do Ministério Público, na realização da audiência de custódia. Para se avançar na proteção da integridade física e psíquica do cidadão conduzido para a audiência de custódia, o ideal seria que, finalizada a audiência, não havendo liberação imediata (por relaxamento da prisão ou não conversão do flagrante em preventiva, ou, ainda, por pagamento de fiança), aquele fosse levado para unidade prisional “adequada”, e não retornar para carceragens ou cadeias públicas supervisionadas pela Polícia Civil.

Ainda, como preceituam Oliveira et al (2015, p. 102):

Trata-se de relevante instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais, que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade e as instituições policiais hoje fragilizadas pela desconfiança de que são protagonistas de abusos e torturas por ocasião da realização de prisões em flagrantes e da documentação. Mesmo que não se justifique essa desconfiança sobre o trabalho policial, a certeza de que o preso será apresentado de imediato a uma autoridade judiciária cumpre uma importante função preventiva contra os possíveis abusos [...].

É de se alertar que não se está a condenar a atividade policial como um todo, a crítica não é generalizada. No entanto, de fato existe uma parcela de policiais que ainda hoje não respeita a integridade física e psíquica da pessoa presa, como



manda a CRFB/88, e a atitude desta é que deve se buscar repelir através da audiência de custódia, quando se faz uma atividade retrospectiva sobre a prisão e seus contornos, avaliando se os direitos e garantias fundamentais foram devidamente observados no caso concreto.

Por essas razões há que se afastar a ideia de que a audiência de apresentação poderia representar certa desconfiança em relação à ação das autoridades policiais. Esse argumento não é verossímil, visto que a função da audiência de custódia é justamente legitimar a atuação dos agentes policiais.

Oliveira et al (2015, p. 126) apontam outras benesses trazidas com a audiência de custódia:

[...] a audiência de custódia tem potencial para reduzir a cultura do encarceramento e propiciar que os recursos orçamentários hoje consumidos pelo sistema carcerário sejam reduzidos e, conseqüentemente, aplicados para aparelhar os órgãos encarregados da persecução penal e o próprio judiciário, custeando os serviços acrescidos com a adoção da audiência de custódia e ainda melhorando os demais serviços relacionados com a segurança pública.

Com efeito, a realização desse ato solene permite que sejam resguardados os direitos da pessoa presa, dentre eles, em especial, a integridade física e psíquica, prevenindo ou corroborando para a redução de práticas de tortura, as quais são, infelizmente, vivenciadas nesse meio com constância.

Dessa forma, para além de garantir a dignidade da pessoa humana, evita-se, em última análise, que eventuais nulidades processuais sejam arguidas em momento posterior, maculando todo o processo penal deflagrado, o que feriria diversos princípios constitucionais, a exemplo da economicidade, e retardaria ainda mais a marcha processual, contribuindo para a mora do Poder Judiciário.

## **2.4 Tentativas de implementação da audiência de custódia no Brasil**

No que diz respeito à legislação e a prática forense brasileira, a audiência de custódia ainda carece de positivação no CPP. Entretanto, convém ressaltar que tal regulamentação revela-se até mesmo despicienda, na medida em que os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário preveem a realização desse ato pré-

processual, e tal previsão, por si só, permite que o país implante a medida no âmbito de seus tribunais.

Além disso, a título de curiosidade, alguns autores apontam que o Código Eleitoral (CE), já em 1965, previa uma espécie de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial nos casos em que o cárcere ocorresse entre 05 (cinco) dias antes e 48 (quarenta e oito) horas depois das eleições, como se transcreve abaixo:

Art. 236, § 2º, do CE. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

A doutrina considera a previsão do CE como sendo uma forma de audiência de custódia, como explicam Barbosa & Córdova (2015, p. 07):

Esse ato pode ser considerado uma audiência de custódia pela sua vinculação expressa à finalidade de apreciação pelo juiz da legalidade da prisão, o que não parece excluir que por ocasião da audiência o juiz verifique, também, a necessidade da prisão, assim como exerça um controle de custódia/proteção do direito à integridade física do cidadão conduzido.

Não obstante, o tema tramita no Congresso Nacional por intermédio do Projeto de Lei nº 554, que visa a alteração do art. 306 e seus parágrafos do diploma processual penal para regulamentar a audiência de apresentação.

Demais disso, o CNJ regulamentou a matéria através da Resolução nº 313 e os tribunais pátrios também passaram a prever a matéria por meio de provimentos e resoluções, tendo o estado do Maranhão se sagrado pioneiro na realização desse primeiro expediente no Brasil. O assunto, inclusive, gerou polêmica no âmbito policial, a ponto de a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) perante o STF que, por sua vez, entendeu que a regulamentação das audiências de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça (ou mesmo dos Tribunais Regionais Federais) não constitui violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (art. 5º, II, e art. 22, I, respectivamente, todos da CRFB/88), tendo, por essa razão, julgado improcedente a demanda. Nos comentários de Brasileiro (2017, p. 922):

Para o Supremo, não teria havido, por parte dos referidos provimentos, nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, § 5º), dotada de *status* normativo supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 656, que dispõe que, recebida

a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, poderá determinar que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

De fato, não se vislumbra, sob o ponto de vista legislativo e doutrinário, razões que sustentem o argumento apresentado pela ADEPOL. Isso porque, o direito do preso de ser apresentado, sem demora, à presença do juiz já existe na ordem jurídica pátria mesmo antes da edição do ato normativo impugnado, de forma que não se mostra razoável dizer que este tratou de inovar no sistema jurídico.

Cumprido ressaltar que o tema da audiência de custódia foi brevemente mencionado também na Suprema Corte por ocasião do julgamento do HC 119.095/MG, especificamente no trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que ora se transcreve:

Eu gostaria de ressaltar, Presidente, que esse é um caso emblemático do abuso da prisão cautelar e talvez nós devêssemos – eu imagino que em casos como este, especialmente, do tráfico de drogas – começar a exigir, talvez, aquilo que está já na Convenção Interamericana de Direitos Humanos: a observância da apresentação do preso ao juiz. A mim, parece-me que se esses casos, desde logo, começassem com essa apresentação, talvez evitássemos situações deste tipo. *Ictu oculi*, é evidente que não cabia, aqui, prisão preventiva. Quer dizer, como qualificar essa pessoa como traficante? E, não obstante, quer dizer, no fundo, o juiz, nesse processo, acaba sendo a polícia; faz as imputações e, a partir daí a demora no processo. Então, parece-me que tem que haver uma reação a essa situação. Eu tenho a impressão de que nós precisamos dar uma resposta a esse quadro de abusos.

De se notar que em seu voto o eminente Ministro da Corte Suprema qualificou como abusivas algumas decisões judiciais por manter a prisão em casos em que ela se mostra flagrantemente desnecessária, o que vai de encontro às próprias disposições constitucionais e processuais penais, violando os direitos da pessoa humana que se encontra encarcerada quando poderia responder em liberdade ao processo movido contra si.

## **2.5 O cenário de implantação do expediente no estado do Espírito Santo**

Conforme mencionado anteriormente, com o projeto do TJSP juntamente com o CNJ, o estado do Espírito Santo foi o segundo a implantar o programa de Audiência de Custódia. Este fato foi noticiado pela imprensa e em seus primeiros dias alcançou números surpreendentes.

Segundo noticiado no site G1, em 31 de maio de 2015, após uma semana em funcionamento da audiência de custódia, dos 152 (cento e cinquenta e dois) presos que foram submetidos a ela, 60 (sessenta) tiveram a prisão preventiva decretada e outros 53 (cinquenta e três) respondem em liberdade provisória portando tornozeleiras eletrônicas, além de 30 (trinta) que foram liberados e 9 (nove) que foram colocados em liberdade.

Destarte, posto em prática, o programa tem tido resultados significativos em todo território nacional, em especial no estado do Espírito Santo. De acordo com o site do CNJ, o período compreendido desde o primeiro dia do projeto, 22 de maio de 2015, até a data de 18 de maio de 2017, estima-se que foram realizadas 13.748 (treze mil setecentos e quarenta e oito) expedientes.

Do total de audiências de custódia realizadas, 53,78% (cinquenta e três vírgula setenta e oito por cento), que correspondem a 7.393 (sete mil trezentos e noventa e três) delas, aplicou-se a prisão preventiva aos réus. Já outros 46,22% (quarenta e seis vírgula vinte e dois), que correspondem a 6.355 (seis mil trezentas e cinquenta e cinco) audiências, os réus lograram êxito em obter a liberdade provisória. Em cerca de 44,87% (quarenta e quatro vírgula oitenta e sete) das audiências realizadas ao todo, os réus foram encaminhados para o serviço social. Outra estatística abordada pelo site do CNJ é referente a reclamação de violência no ato da prisão, que corresponde 4% (quatro por cento), sendo 602 (seiscentos e dois) casos de prisão em flagrante.

Ao analisar a estatística, pode-se verificar que a audiência de custódia tem desempenhado seu papel de forma fundamental na tentativa de diminuição da população carcerária que ali se encontra de forma desnecessária ou ao arrepio da lei. Tal iniciativa traz um marco importante na ordem jurídica pátria e estadual, de forma que é possível a correta aplicação de institutos jurídicos clássicos, não apenas isto, também a consonância do ordenamento jurídico brasileiro as tendências jurídicas atuais, pondo em pratica o Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário.

### 2.5.1 Atuação do Ministério Público nas Audiências de Custódia no ES

Pouco tempo depois de implantado o expediente, a sua execução foi objeto de diversas críticas. Uma delas se tratava da ausência do Ministério Público nas audiências. Conforme noticiado no site G1, a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas do Espírito Santo (Abecrim-ES) realizou a reclamação da ausência do acionamento dos advogados juntamente com a ausência do Ministério Público.

A implantação da audiência de Custódia no Espírito Santo se deu por meio da resolução n° 13/2015. No que tange a atuação do Ministério Público, é citado no art. 7º, §2º, *in verbis*:

§2º Após a entrevista do autuado, **o Juiz ouvirá o Ministério Público, se presente**, que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com ou sem a imposição das medidas cautelares prevista no art. 319, do CPP. (Grifo Nosso)

O artigo em tela deixa clara a faculdade da participação do Ministério Público nas audiências de custódia. Não obstante, por meio do comunicado n° 28, do dia 22 de setembro de 2015, o Conselho Nacional do Ministério Público, motivado pela a implementação do programa em todo território nacional, publica a seguinte recomendação ao *Parquet*:

O Ministério Público brasileiro, observadas as disposições constitucionais e legais, adote medidas administrativas necessárias para assegurar a efetiva participação de seus membros nas audiências de custódia, objetivando garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade, aderindo, ainda, aos termos de cooperação técnicas firmados pelos respectivos tribunais.

Destarte, conforme a reportagem vinculada na imprensa supracitada, constatado a precariedade do sistema, buscou respostas dos órgãos jurídicos Segundo a matéria, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) informou que a ausência do MP, ainda que seja o autor da ação penal, não infringe a resolução. Contudo, o próprio *Parquet* não se posicionou até a publicação da matéria.

Com isso, ainda não há justificativas plausíveis que acarretam a ausência do Ministério Público, apenas pode-se concluir que tais medidas não infringem ou obstam a plena execução da audiência de custódia.

## 2.6 Procedimentos

Para tratar acerca dos procedimentos da audiência de custódia, é preciso ter enquanto diploma de regência a Resolução 213/2015 do CNJ e os dois protocolos que a acompanham.

Os procedimentos que existem em torno do expediente pré-processual em estudo podem ser divididos, de forma didática, em atos preparatórios para a sua realização e em atos realizados no momento da própria audiência, sobre os quais se passa a tratar.

À pessoa presa em flagrante será assegurado o direito de optar por constituir um advogado de sua confiança e, não o havendo, será assistida pela defensoria pública correspondente. A defesa do custodiado será notificada pela autoridade policial para que compareça à audiência de custódia, nos termos do art. 5º, caput, da Res. 213/2015 do CNJ, o que é criticado por parte da doutrina, a exemplo de Paiva (2017, p. 126), que considera incumbência do Poder Judiciário tal comunicação, e não do delegado de polícia. O doutrinador sugere, então, que a autoridade policial cumpra o papel de tão somente contatar o advogado do preso, comunicando-lhe que o Judiciário emitirá intimação para comparecimento ao ato.

Devem participar do ato o Ministério Público e a defesa técnica do encarcerado, os quais devem ser comunicados acerca da data, hora e local de realização. Nesses casos, dada a urgência do procedimento, não se mostra verossímil a intimação pessoal dos membros do *Parquet*, bastando que se utilize meios comuns de comunicação em um prazo razoável de tempo. Caso o MP não se faça presente no ato, a sua ausência será considerada como renúncia à possibilidade de manifestação sobre os pedidos da defesa, sobre os quais haverá concordância tácita. A ausência da defesa técnica gera diversas consequências, na medida em que o preso não pode restar desamparado juridicamente para o ato, devendo, em última análise, ser-lhe nomeado um defensor *ad hoc*. De toda forma, o que não se pode aceitar é o adiamento do ato face às ausências do MP ou da defesa, sob pena de se transgredir a garantia de o preso ser apresentado sem demora à autoridade judicial.

O mister de conduzir o preso ao local de realização da audiência de custódia é imputado ao Poder Executivo, através das Secretarias da Administração

Penitenciária ou de Segurança Pública. Caso esse Poder crie embaraços, caberá ao Judiciário agir de ofício ou mediante provocação a fim de deslocar o custodiado.

Momentos antes do início do ato, ao preso deve ser franqueado um momento reservado com seu defensor, sob pena de ser considerada nula a audiência de custódia. Sobre a privacidade garantida, são as lições de Paiva (2017, p. 132):

Importante ressaltar que, para que a entrevista reservada cumpra a sua finalidade, de assegurar ao defensor público ou ao advogado e à pessoa presa o sigilo sobre o conteúdo da conversa e também a necessária confiabilidade sobre a definição da estratégia defensiva, ela deve ser verdadeiramente reservada, sem a presença de outras pessoas dentro do campo de audição, permitindo-se apenas que fiquem dentro do campo de visão. [...] assim, o juiz que preside a audiência de custódia deve assegurar o atendimento prévio e reservado entre a defesa técnica e a pessoa presa. A não observância deste procedimento poderá resultar na nulidade do ato.

Findados os atos que precedem o ato, deverá o órgão julgador declarar iniciada a audiência de custódia, valendo-se do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC). Deverá o magistrado esclarecer ao custodiado os fins a que se destina o ato, especialmente sobre o controle de legalidade de sua prisão e verificação de eventuais torturas, informando-lhe que não se trata propriamente de audiência de instrução e julgamento. Ainda, o juiz cientificará o preso sobre o seu direito ao silêncio. Demais disso, obviamente se buscará a principal função da audiência de custódia: aproximar o órgão julgador da pessoa presa, a fim de garantir maior humanidade no processo penal.

Às partes será concedido o direito de falar nos autos, em um primeiro momento para realizar perguntas, e em um segundo momento para tratar questões relativas à prisão do custodiado. Em seguida, decidirá o juiz sobre a manutenção da prisão durante a audiência, não podendo determinar que sejam os autos conclusos para tanto. Caso seja determinada a soltura do custodiado, ele deve ser imediatamente posto em liberdade.

## 03 PRINCIPAIS CELEUMAS E DESAFIOS

### 3.1 Possibilidade de extensão do expediente para as prisões preventiva e temporária

Questão interessante que se põe circunda em torno da possibilidade de estender a previsão da realização da audiência de custódia nos casos de prisão por mandado. Em outras palavras, indaga-se se o expediente é aplicável para além da prisão em flagrante, isto é, para as demais espécies de prisão previstas no ordenamento jurídico. A doutrina processualista penal diverge sobre o assunto.

Em recente artigo, os doutrinadores Marçal & Masson (2016) rechaçam tal possibilidade, por considerá-la contraproducente. São suas razões:

Conforme o regramento do CNJ, a audiência de apresentação do preso em flagrante terá dupla finalidade: a primeira (protetiva) consiste na tutela de sua integridade física; a segunda (meritória) impõe a aferição da necessidade da prisão do autuado. [...] Em nossa visão, a audiência de custódia realizada em razão do cumprimento de mandado de prisão temporária, preventiva ou definitiva somente é compatível com o “escopo protetivo”, mas não com o viés “meritório”. Assim é que, em regra, deverão ser indeferidos eventuais pedidos de relaxamento/revogação da prisão por mandado ou mesmo de sua conversão em medida cautelar diversa da segregação da liberdade (art. 319, CPP). E dessa forma nos parece porque atentaria contra a lógica do razoável o fato de um mesmo juiz (parágrafo único do art. 13 da Res. 213/2015-CNJ), reconhecendo o “perigo da liberdade” do sujeito da medida (*periculum libertatis*), decretar sua prisão temporária ou preventiva e revogar a sua própria decisão tão logo cumprida a ordem, antes, pois, da produção de qualquer efeito em benefício da investigação.

Defensor da plena possibilidade de extensão da audiência de custódia para as demais espécies prisionais, Paiva (2017, p. 91) explica que, embora não se avalie a legalidade do encarceramento, por ser decorrência de prévia e fundamentada decisão judicial, a audiência de custódia se revela como um instrumento para que o juiz enfrente a real necessidade de manter preso o indivíduo, na medida em que as circunstâncias fáticas ou processuais se modificam ao longo do tempo, sendo o expediente uma ótima oportunidade para o órgão julgador verificar tais peculiaridades.

Távora e Rodrigues (2016, p. 1344) defendem que a audiência de custódia deveria ganhar maior aplicabilidade no sistema jurídico pátrio, como uma forma de salvaguarda dos direitos humanos, nos seguintes termos:



Melhor seria que o projeto deixasse expresso o amplo cabimento da audiência de custódia, vale dizer, não só para os casos de prisão em flagrante, mas para toda e qualquer prisão provisória (preventiva e temporária). Aliás, também para os casos de imposição de medida cautelar, haja vista que ela geralmente é providência subsequente à prisão, persistindo os mesmos objetivos do interrogatório de garantia, especialmente a prevenção de infrações penais relacionadas à tortura. Em síntese, haverá maior incidência da dignidade humana se a audiência de custódia não se limitar aos casos de possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva (art. 310, II, CPP). O artifício de conceder medida cautelar diversa da prisão antes de decorridas as 24 horas da prisão em flagrante, para evitar a realização da audiência de custódia mitiga, indevidamente, o alcance do Pacto de São José da Costa Rica, resvalando em inconstitucionalidade (para quem entende que se trata de norma constitucional) ou ilegalidade (para os que reputam tratar-se de norma suprallegal, na esteira do STF).

É de se concordar com o entendimento que alarga a aplicação da audiência de custódia, na medida em que a apresentação da pessoa presa ao magistrando garante-lhe proteção à integridade psíquica e física, além de poder o juiz reavaliar a manutenção ou não da prisão, atentando-se aos seus fundamentos.

Não obstante, no âmbito da legislação interna, cabe frisar que o PLS 554/11 em trâmite no Senado Federal apenas prevê a realização da audiência de apresentação nas situações flagranciais, a despeito de ter sido sugerido posição diversa, que não foi englobada.

O CNJ, de seu turno, no art. 13, *caput*, da Resolução 213/2015, previu que a pessoa presa será apresentada à autoridade judicial caso seja levada ao cárcere por cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva.

### **3.2 Garantia aos adolescentes suspeitos da prática de atos infracionais**

Sabe-se que crianças e adolescentes não estão sujeitos à disciplina do CP e do CPP, sendo-lhes aplicável o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse contexto, surge a indagação sobre a aplicação de audiência de custódia aos que pratiquem atos infracionais não capitulados como crimes ou contravenções penais. Desde logo, esclarece-se que no presente trabalho adota-se a vertente segundo a qual é perfeitamente extensível aos atos infracionais a audiência de custódia. Explica-se.

Segundo inteligência do art. 175 do ECA, o adolescente que cometer ato infracional será encaminhado ao órgão ministerial, e não ao juiz. Há quem defenda que, como a CADH permite que a apresentação do indivíduo pode se dar à

autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, irregularidade nenhuma há na previsão de encaminhamento do adolescente ao MP, na medida em que o Parquet seria considerado autorizado a exercer funções judiciais. Apesar de respeitável, não há como sustentar tal posição. Paiva (2017, p. 98) expõe interessante contra argumentação, a saber:

[...] tendo em conta, ainda, o princípio da vedação do tratamento mais gravoso ao adolescente do que o conferido para o adulto, o adolescente apreendido em flagrante ou por cumprimento de mandado deve ser submetido à realização de audiência de custódia presidida por juiz, e não por membro do Ministério Público, ocasião em que a restrição da sua liberdade será imediatamente apreciada, ouvidos o adolescente, o MP e a defesa técnica.

Além disso, o exposto ao longo do tópico 2.2 deste trabalho sobre a expressão contida na CADH, cuja fundamentação se reporta nesse momento, não permite que se coadune com o posicionamento de que o MP se mostra como órgão legítimo de apresentação do adolescente infrator.

### 3.3 Realização por videoconferência

Há aqueles que reconhecem a necessidade da audiência de custódia, mas defendem a possibilidade de sua realização através do sistema de videoconferência. Essa tese, que desde logo se pretende afastar, não se apresenta verossímil. Ora, a intenção da audiência de custódia é justamente provocar o encontro e o contato físicos entre o órgão julgador e o custodiado, modelo que seria distorcido por completo caso se admitisse a sua feitura por meio de imagens.

Na inteligência de Paiva (2017, p. 107):

A normativa internacional a respeito da audiência de custódia é bastante clara ao estabelecer que o preso deve ser *conduzido à presença* da autoridade judicial, de modo que conluo, portanto, que se o preso é ouvido por sistema de videoconferência, ambas as expressões destacadas são violadas, pois não houve *condução* nem tampouco o ato se realizou na presença do juiz. [...] É inconcebível crer, por exemplo, que o preso teria alguma condição, sem colocar ainda mais em risco a sua integridade física e psíquica, de narrar a ocorrência de tortura ou maus tratos praticados por policiais estando *dentro* de um estabelecimento prisional, que em muitos lugares é administrado por forças policiais ou por empresas de alguma forma ligadas ao setor de segurança pública.

Em posição oposta, Pacelli & Fischer (2016, p. 678) consideram possível a realização do expediente sem o contato físico e direto entre o preso e o órgão julgador, veja-se:

Registramos compreensão de que este contato do juiz com o preso não necessariamente precisa ser físico – no mesmo ambiente –, pois entendimento plenamente possível a realização da audiência de custódia, de forma excepcional, por intermédio de videoconferência, mesmo que ausente previsão expressa quanto ao tema, já que hoje regulamentada sua utilização quanto ao interrogatório judicial – art. 185, § 2º, CPP.

No presente trabalho, como dito acima, a possibilidade de utilização do sistema de videoconferência para a realização da audiência de custódia é rechaçada, na medida em que se busca com o ato a humanização do processo penal, o que somente é plenamente possível nos casos em que o juiz tem contato direto com o preso, avaliando as peculiaridades de sua prisão e sua integridade física e psíquica.

### **3.4 Limites cognitivos**

Considerando que o tema tratado no presente trabalho constitui uma novidade jurídica, naturalmente inúmeras dúvidas e dissensos doutrinários o permeiam. Dentre eles, a (im)possibilidade de se proceder um aprofundamento nas questões probatórias durante a audiência de custódia.

Defensores da proibição da atividade probatória durante a audiência de apresentação sustentam suas teses com base em dois pilares. O primeiro é o de que a antecipação do interrogatório do acusado representa um retrocesso, uma vez que a Lei nº 11.719/08 cuidou de alocar o interrogatório como sendo o último ato de instrução, nos termos do art. 400, *caput*, do CPP. O segundo diz respeito à máxima processual penal de que inexistente contraditório na fase investigativa.

É de se frisar que no momento da audiência de custódia, o custodiado será devidamente assistido, ou seja, terá defesa técnica, materializada por meio de seu advogado contratado ou pela defensoria pública, a depender da sua situação econômica, de forma que em momento algum o preso ficará desamparado. Além disso, ser-lhe-á franqueado o direito constitucional ao silêncio. Por fim, a obviedade demonstra que a instrução probatória neste ato solene se limitará ao estado de flagrância e nada mais, não havendo empecilhos para que as palavras ditas sejam

corrigidas ou ratificadas em momento posterior, o que de forma alguma pode ser utilizado em seu prejuízo.

Paiva (2017, p.114) é um grande refutador dessa tese, e tece a seguinte crítica:

[...] surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.

Ademais, não se pode conceber a ilógica ideia de que a possibilidade de o preso se comunicar e apresentar à autoridade judicial a sua versão dos fatos seja prejudicial para ele mesmo. Pelo contrário, a sua manifestação por ocasião do expediente solene é de todo importante para o esclarecimento da situação fática em que se encontrava quando do flagrante. Na linha do que ensina Paiva (2017, p. 116):

A pessoa presa deve ter total liberdade de comunicação na audiência de custódia para influenciar no convencimento do juiz, dizendo, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não foi ela quem praticou o crime ou, ainda, admitindo a autoria do fato, agregar uma tese defensiva que possa contribuir para a sua liberação, dizendo, por exemplo, que realmente trazia droga consigo, mas que era para consumo próprio. Enfim, a pessoa presa deve ter o direito de confrontar a “versão oficial” trazida pela polícia na audiência de custódia.

Embora a maioria da doutrina e também os diplomas normativos sobre o tema – Resolução 213 do CNJ e PLS 554 – sejam a favor da vedação da atividade probatória durante a audiência de custódia, no presente trabalho defende-se a possibilidade de exercício *probandi*, o qual não traz nenhum malefício à situação processual da pessoa presa, mas sim permite-lhe manifestação sobre os fatos, sobretudo para que o juiz não se limite às alegações unilaterais das autoridades policiais.

### **3.5 (Im)possibilidade de aproveitamento do conteúdo em eventual ação penal**

Outro tema que gera controvérsias práticas e acadêmicas gira em torno da possibilidade ou não de se utilizar ao longo da instrução processual o que foi dito por ocasião da audiência de apresentação. Essa discussão provém diretamente da anterior. Significa dizer que aqueles que enveredam pelo entendimento segundo o qual não cabe instrução probatória no momento da audiência de custódia, por via de

consequência considerarão como ilícita eventual confissão do custodiado. Lado outro, os defensores da tese de que é possível que se aprofunde nas questões probatórias também admitirão que a confissão do acusado no momento da audiência sirva como prova futura.

Sobre o assunto, ressalta-se que o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554, aprovado naquela Casa Legislativa em 13/07/2016, prevê, de forma expressa em seu art. 306, § 6º, que a oitiva do flagranteado será realizada em autos apartados, não podendo funcionar como meio de prova contra o acusado. Confira-se a íntegra do parágrafo:

A oitiva a que se refere o § 5º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

De seu turno, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a despeito de ter aprovado a resolução nº 213, em nada disciplinou a matéria, restando silente quanto à vedação ou não de se utilizar como matéria *probandi* o depoimento do réu quando da audiência de custódia.

De igual modo, na seara da doutrina inexistente consenso. Brandalise (2016, p. 139) é um dos que não vislumbram óbices para que se considere como prova as palavras proferidas pelo custodiado. Lopes Jr. & Rosa (2015) inadmitem a utilização do conteúdo prolatado na audiência de custódia como prova futura nos autos do processo penal.

É de se concordar com Paiva (2017, p. 118), que pontua que a confissão do acusado não constitui prova irreptível, isto é, poderá novamente ocorrer, o réu será ouvido em outro momento, quando então poderá ratificar ou retificar os termos de suas palavras.

### **3.6 Consequências da não realização da audiência de custódia**

Curiosamente, o legislador não estabeleceu qualquer consequência face a não realização da audiência de custódia.

Há entendimento no sentido de que caso não efetivada a audiência de custódia, deve-se impetrar *habeas corpus* para que o tribunal competente determine

a apresentação do encarcerado ao magistrado. Entretanto, não se reputa verossímil tal pensamento, na medida em que deturpa a função do instituto analisado e, além de colocá-lo em segundo plano, a apresentação da pessoa presa de forma intempestiva não se presta à análise de eventuais ilegalidades perpetradas quando de sua prisão.

Defende-se que em casos tais a prisão se tornará ilegal, devendo, portanto, ser objeto de relaxamento. É a única consequência prática vislumbrada como efetiva para que se torne coercitiva a realização da audiência de apresentação.

Do mesmo modo, se tornará ilegal o cárcere nos casos em que o expediente for realizado intempestivamente, pois, nesse caso, como anota Paiva (2017, p. 123):

[...] não terá havido o controle judicial imediato da legalidade e da necessidade da prisão, além de que a fiscalização do respeito à integridade da pessoa presa, sobretudo a integridade física, ficará inevitavelmente prejudicada se não efetivada a apresentação sem demora.

Nesse contexto, não se torna fastidioso colacionar as lições de Cani (2015, p. 14):

[...] havendo prazo estabelecido para encaminhar o preso para realização da audiência de custódia e não sendo essa realizada no prazo de 24 horas, estabelecido no Código de Processo Penal, impossível refazer o ato defeituoso. Além disso, também é impossível ignorar que a não realização da audiência de custódia inviabiliza que o imputado e o defensor manifestem-se, ou seja, viola o princípio constitucional do contraditório. Ignorar o direito constitucional ao contraditório é, em última análise, negar validade à Constituição. O imputado não pode ser responsabilizado pela desídia do Estado com o descumprimento de normas. O Estado cria normas (inclusive as normas constitucionais), estabelecendo obrigações para si e para os cidadãos. Não pode, depois de criar as obrigações para si, imputar aos cidadãos a responsabilidade pelo próprio descumprimento. [...] A única solução, obviamente, é determinar a revogação da(s) medida(s) cautelar(es) eventualmente fixada(s) ao arripio do contraditório.

Não obstante, as 5ª e 6ª Turmas do STJ já tiveram oportunidade de se manifestar sobre o tema, não tendo considerada ilegal a prisão nos casos em que a audiência de custódia não é realizada. Abaixo a transcrição das respectivas ementas:

..EMEN: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319

DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. **2. A não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante. Precedentes.** 3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 4. Na hipótese, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando, sobretudo, a elevada quantidade de drogas apreendida com o acusado - mais de 1 kg de crack - o qual foi flagrado fazendo o transporte dos entorpecentes para outro estado, circunstâncias essas que evidenciam a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do acusado, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública. 5. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 7. Habeas corpus não conhecido. ..EMEN: (HC 201503254708, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/06/2016 ..DTPB:.) (grifei)

..EMEN: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR, QUE INDEFERIU MEDIDA IDÊNTICA EM MANDAMUS ORIGINÁRIO. SÚMULA 691/STF. APLICABILIDADE. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS. AUTOS REMETIDOS, NA MESMA DATA, AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, QUE, FUNDAMENTADAMENTE, DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA DO IMPUTADO, MEDIANTE ELEMENTOS CONCRETOS, CONSISTENTES NOS MAUS ANTECEDENTES DO INDICIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. As Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, na esteira do preceituado na Súmula 691/STF, têm entendimento pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator indeferindo medida liminar, em ação de igual natureza, ajuizada perante os Tribunais de segundo grau, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta. **2. A não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais. Precedente.** 3. Fica superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem logo após o flagrante, pois, conforme entendimento firmado nesta Corte, a posterior conversão em prisão

**preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade. 4.** No caso, observa-se que, logo que efetuada a prisão e lavrado o auto de prisão em flagrante (26/3/2016), os autos foram, na mesma data, encaminhados ao Juízo de primeiro grau, que, fundamentadamente, converteu a prisão em flagrante em preventiva, uma vez que o imputado possuiria antecedentes criminais, sendo, inclusive, reincidente, a denotar a probabilidade concreta de reiteração delitiva. 5. Agravo regimental improvido. ..EMEN: (AGRHC 201601010680, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:07/06/2016 ..DTPB:.) (grifei).

Esse entendimento da Corte de Justiça, apesar de respeitável, não parece acertado à luz dos diplomas internacionais, que preceituam diametralmente posição oposta àquela exarada nos julgados.



## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho monográfico buscou-se compreender a funcionalidade, aplicação e resultados que o projeto “Audiência de Custódia” obteve em seu período de aplicação até o presente ano.

Pode-se concluir que ainda são necessários muitos avanços na estrutura do instituto, porquanto há lacunas a serem preenchidas para que se tenha o ideal funcionamento. Deste modo pode-se observar, ainda que em processo de aprimoramento, que a Audiência de Custódia teve significativas mudanças no sistema carcerário do Espírito Santo.

Tais mudanças puderam ser constatadas em forma de números pelos quais o objetivo, gradualmente, vem sendo alcançado, diminuindo injustiças e a superpopulação dos cárceres.

Portanto, se faz de suma importância a utilização e aprimoramento do instituto, uma vez que se mostrou útil e uma efetiva ferramenta na diminuição da população carcerária. Essa significativa mudança nesse quadro traz a todo o ordenamento jurídico um promissor futuro na seara penalista, conferindo aos jurisdicionados a eficácia da lei com a devida preservação da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CANI, Luiz Eduardo. **Não realização da audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) fixada(s) sem possibilidade de exercício do contraditório**. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, nov-dez. 2015.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Emerj, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p.255-272, jan. 2009. Trimestral.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARENCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOLANDA, Marcos de. **O habeas corpus ao alcance de todos**. Fortaleza: ABC, 2004.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2)**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>> Acesso em 22 de mai de 2016.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português**. Revista Ágora, Vitória/ES, nº. 7, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PAIVA, Caio. Depoimento da audiência de custódia pode ser utilizado na Ação Penal? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoria-depoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal>> Acesso em 22 de mai de 2016.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 170p

**ADVOGADOS CRITICAM APLICAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO ES: Abracrim-ES reclama a falta da presença do MP nas sentenças iniciais. TJ diz que audiências respeitam as diretrizes Conselho Nacional de Justiça..** Espírito Santo, 26 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2016/02/advogados-criticam-aplicacao-das-audiencias-de-custodia-no-es.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

**MAIS DE 150 PRESOS EM FLAGRANTE VÃO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ES: De cada dez, seis vão responder ao processo em liberdade. Número foi divulgado pelo TJ, em uma semana de programa..** Espírito Santo, 31 maio 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2015/05/mais-de-150-presos-em-flagrante-vaio-audiencia-de-custodia-no-es.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**ALCIMARA PAES DE SOUZA CANAL**

**OS REFLEXOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO  
COM ÊNFASE NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017**