



LÚCIA GOMES CASTANHEIRA DE CARVALHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUAS NUANCES: A
POSSIBILIDADE DE O JUÍZO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
DECRETAR PRISÃO PREVENTIVA APÓS O RELAXAMENTO
DE PRISÃO ILEGAL**

LAVRAS - MG

2018

LÚCIA GOMES CASTANHEIRA DE CARVALHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUAS NUANCES: A POSSIBILIDADE DE O JUÍZO DA
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DECRETAR PRISÃO PREVENTIVA APÓS O
RELAXAMENTO DE PRISÃO ILEGAL**

Artigo Científico apresentado à Universidade Federal
de Lavras, como parte das exigências do Curso de
Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Me. Rafael de Deus Garcia

LAVRAS – MG

2018

LÚCIA GOMES CASTANHEIRA DE CARVALHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUAS NUANCES: A POSSIBILIDADE DE O JUÍZO DA
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DECRETAR PRISÃO PREVENTIVA APÓS O
RELAXAMENTO DE PRISÃO ILEGAL**

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADO em 23 de janeiro de 2018.

Me. Rafael de Deus Garcia – UFLA

Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior – UFLA

Orientador: Prof. Me. Rafael de Deus Garcia

LAVRAS – MG

2018

À minha família por sempre me apoiar, em especial
minha mãe, Myriam Gomes Castanheira, que mesmo
distante fisicamente sempre velou por minha vida.

AGRADECIMENTOS

Chega-se ao fim mais uma etapa! Foram cinco anos de noites mal dormidas, angústias, medo do incerto, mas principalmente anos de muito aprendizado e felicidade, nos quais a vida me possibilitou encontrar amigos que tornaram o caminho a ser trilhado mais prazeroso.

Hoje afirmo que lá atrás ao optar pelo direito e pela UFLA, estava dando o primeiro passo de uma caminhada árdua, mas deveras prazerosa.

Neste momento me pego vagando por todo o caminho trilhado e relembro pessoas que se fizeram essenciais em minha existência, sem as quais a vida certamente não seria tão bela.

À minha mãe Myriam e ao meu pai Carlos, responsáveis por tudo o que sou, minha eterna gratidão. Aos meus irmãos Matheus e Marcos, mais que amigos se tornaram meu porto seguro. À minha afilhada, Maria Flor, que me ensinou o verdadeiro significado da palavra amor. À minha tia Clarice, pelas inúmeras revisões gramaticais em trabalhos realizados durante a vida acadêmica.

Ao meu orientador, Rafael de Deus Garcia, essencial na confecção deste trabalho, pelo saber que me foi transmitido, pela paciência e, principalmente, por acreditar no meu potencial. Ao meu mestre, professor Bruno Henrique Gonçalves, por me despertar o amor pelo direito penal e me ensinar que a maior contribuição que podemos dar à sociedade é a constante luta pela justiça. Ao magistrado, Bruno Miranda Câmelo, responsável por me orientar em minha primeira experiência profissional na área jurídica, por não me deixar perder as esperanças no poder judiciário.

Aos meus amigos e amigas de turma pelos cadernos, pelas risadas, pelas “cadinadas”, pelo apoio constante e por serem o melhor motivo para ir à faculdade todos os dias.

À Isabella Vivas, responsável por minha dose diária de afeto e desespero, portadora das melhores notícias durante a graduação. Sou grata à vida, por ter colocado você em meu caminho.

A todos os membros do NEDIP, o grupo de estudos mais lindo de todos da UFLA, por desbravarem comigo o caminho rumo a busca por um direito penal garantista.

Aqueles que aqui não citei, mas que sabem o quanto são importantes para mim, meu mais sincero agradecimento. Amo vocês do mais profundo âmago do meu ser!

RESUMO

O presente trabalho é uma análise crítica acerca da possibilidade de decretação da prisão preventiva do custodiado, no momento de realização da audiência de custódia, mesmo após ter havido o relaxamento da prisão em flagrante. Para tanto, analisamos os principais objetivos e funções da audiência de custódia no cenário político-jurídico brasileiro, especialmente quando de sua implementação pelo projeto “Audiência de Custódia” do Conselho Nacional de Justiça, bem como a forma pela qual esta vem sendo tratada pelos tribunais. Em síntese, busca-se demonstrar que a decretação da prisão preventiva após o relaxamento do flagrante pode desvirtuar as funções e objetivos da audiência de custódia.

Palavras-chave: audiência de custódia; garantismo penal; substancialismo penal; decretação da prisão preventiva; relaxamento do flagrante.

ABSTRACT

The presente work is a critical analysis about the possibility of to decree the protective custody of the prisoner at the moment of custody hearing, even after having been had the relaxation of the red-handed prison. For so, we analyze the main goals and functions of the custody hearing in the Brazilian political-legal scenario, especially when implemented by the “Custody Hearing” Project from the National Council of Justice, as well as the way in which this is being treated by the courts. In summary, seeks to demonstrate that the to decree of the protective custody after the relaxation of the flagrant can detract the functions and goals of the custody hearing.

Key words: custody hearing; criminal guarantee; substantialism criminal; to decree the protective custody; relaxation of the red handed

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	10
2.1	SIGNIFICADO E ORIGEM	10
2.2	FORMA DE CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL	13
2.3	COMBATE AO SUPER ENCARCERAMENTO	15
3	DECIDINDO EM CIMA DA ILEGALIDADE	16
4	PROCESSO COMO GARANTIA E O PROBLEMA DO SUBSTANCIALISMO PENAL	18
5	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE ESTEREOTIPAÇÃO	20
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	21
7	REFERÊNCIAS	22

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade contemporânea pautada no respeito às garantias fundamentais dos indivíduos, o direito processual penal age como limitador do poder punitivo e instrumento indispensável para a aplicação de uma pena legítima.

Assim, o processo penal por colocar em risco a liberdade do indivíduo, é o ramo do direito que mais deve se atentar para as normativas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, fazendo imperiosa uma leitura constitucional e convencional – à luz das convenções e tratados internacionais – das normas processuais penais.

Nesse contexto, desde o ano de 1992, quando o Brasil aderiu ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹ e da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH², já se previa a necessidade de realização da audiência de custódia, contudo até o ano de 2015 nenhuma medida foi adotada.

Posto isto, com o intuito de adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, lançou o projeto “Audiência de Custódia”, no qual se garante a apresentação do preso em flagrante a um juiz, que o entrevistará na presença do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de seu advogado.

Através do projeto do CNJ esperava-se que a audiência de custódia pudesse ser utilizada no controle da atividade policial e no combate ao super encarceramento, vez que pode possibilitar ao magistrado proferir decisões mais humanas e melhor adequadas ao quadro fático existente.

Contudo, tem sido prática comum em sede de audiência de custódia, a decretação da prisão preventiva do custodiado mesmo após o reconhecimento judicial de que o flagrante foi ilegal, ocasionando seu relaxamento, o que gera polêmica e questionamentos acerca da

¹ Art. 9º, item 3 - Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

² Art. 7º, item 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.

possibilidade de o magistrado fundamentar sobre a necessidade da prisão preventiva do custodiado baseando-se em um documento manifestamente ilegal.

Este artigo busca, por meio de uma análise acerca do significado e origem da audiência de custódia, bem como os fins para os quais ela foi criada, demonstrar que a prática adotada pelos magistrados quando da realização da audiência de custódia tem ferido direitos e garantias fundamentais do custodiado, aproximando-se de um modelo autoritário de direito penal, de característica substancialista.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 SIGNIFICADO E ORIGEM

Notório que entre as garantias processuais penais do indivíduo preso em flagrante delito encontra-se a audiência de custódia, como ficou conhecida no Brasil a entrevista preliminar do detento, a qual consiste:

Na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal. (PAIVA, 2017, p. 41)

A audiência de custódia traduz-se em uma garantia e um direito de todo indivíduo preso ser apresentado ao juízo, o qual tem o condão de fazer cessar eventual tortura ou maus tratos ocorridos no momento da prisão, ou, logo após a mesma, bem como realizar uma análise da legalidade e da necessidade da manutenção da prisão (LOPES JR.; PAIVA, 2014, p. 15-16).

Na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, ocorrida em 16 de dezembro de 1966, já se discutia a necessidade da apresentação do preso a uma autoridade judiciária.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, produto da referida Assembleia, previu em seu art. 9º, item 3 que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais, e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que

aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão, à audiência, a todos os atos do processo e se necessário for, para a execução da sentença.

Posteriormente, a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969 reforçou a necessidade de apresentar o indivíduo detido a uma Autoridade, prevendo em seu art. 7.5 que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Ademais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH³, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas⁴, o Conjunto de Princípios Para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão⁵ e o Código de Processo Penal Modelo Para a Iberoamérica⁶ também garantem ao detento a realização da audiência de custódia.

Embora as discussões sobre a necessidade de realização da audiência de custódia remontem a meados do século XX, no Brasil tal normativa só passou a vigorar no ano de 1992, quando houve a adesão ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção

³Art. 5.3 – Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.” O parágrafo 1, alínea ‘c’ refere-se aos casos em que a pessoa é detida em decorrência de suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-la de cometer uma infração, ou, ainda, de se pôr em fuga quando a tiver cometido.

⁴Art. XI – Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente.

⁵Princípio 37 – A pessoa detida pela prática de uma infração penal deve ser presente a uma autoridade judiciária ou outra autoridade prevista por lei, prontamente após sua captura. Essa autoridade decidirá sem demora da legalidade e necessidade da detenção. Ninguém pode ser mantido em detenção aguardando a abertura da instrução ou julgamento salvo por ordem escrita de referida autoridade. A pessoa detida quando presente a essa autoridade, tem o direito de fazer uma declaração sobre a forma como foi tratada enquanto detenção.

⁶Art. 47 – Se o imputado houver sido apreendido, se dará comunicação imediatamente ao juiz da instrução para que declare em sua presença, no máximo do prazo de doze horas a contar desde sua apreensão. Este prazo poderá se prorrogar pelo mesmo período, quando houver pedido do imputado para eleger defensor. Em casos excepcionais, quando for absolutamente impossível o traslado de pessoas no prazo estabelecido, pela distância, a grave dificuldade das comunicações, uma catástrofe, o isolamento ou outro fato extraordinário similar, o juiz poderá fixar um prazo distinto, de acordo com as circunstâncias, por resolução fundada e sob sua responsabilidade.”

Americana de Direitos Humanos, por meio dos Decretos de números 592 e 678, respectivamente.

Contudo, apenas no ano de 2015, através do projeto “Audiência de Custódia” lançado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a audiência de custódia começou a ser implementada.

O projeto do CNJ foi criado em razão do alarmante crescimento da população carcerária nas últimas décadas, o que decorre do fato da prisão provisória, exceção no ordenamento jurídico brasileiro, ter se tornado regra, vez que os juízes, na prática, abandonaram a presunção de inocência, insculpida na Constituição Federal (CNJ, 2016, p. 210-212).

Assim, o CNJ, quando do lançamento do projeto “Audiência de Custódia” afirmou que:

Percebendo a necessidade de provocar reflexões bem mais comprometidas sobre a utilidade e a adequada utilização das medidas cautelares em face do sistema de justiça criminal, a implantação e operacionalização da prática denominada ‘audiência de custódia’, também chamada de ‘audiência de apresentação’, enquanto ato por meio do qual se dará a apresentação do autuado preso em flagrante delito perante um juiz, permitindo-lhes o contato pessoal como método de melhor pautar as providências previstas no art. 310 do Código de Processo Penal, assegurando-se, com isso, e mais concretamente, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, conforme prevê o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que se constituem em autênticas franquias legislativas, malgrado provindas de fonte externa (CNJ, 2016, 212-213).

Portanto, quando do lançamento de tal projeto esperava-se que o contato pessoal entre o custodiado e o magistrado permitisse uma análise mais humanizada do flagrante, pautada no respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Para um melhor entendimento sobre os avanços trazidos pelo projeto “Audiência de Custódia”, que culminou na Resolução 213/2015, do CNJ, importante entendermos como ocorria até então, a sistemática da prisão em flagrante sobre a ótica do Código de Processo Penal.

Até o ano de 2011, o magistrado ao analisar o auto de prisão em flagrante – APF tinha apenas duas opções, mantinha o custodiado preso ou, lhe concedia a liberdade provisória.

Com o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, o legislador “trouxo relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP)” (PACELLI, 2017, P. 232).

A partir do ano de 2011 surge, portanto, um meio termo, com o intuito de tornar ainda mais excepcional o encarceramento, outorgando ao juízo um leque de medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas.

Dessa forma após a lavratura do APF, nos termos do art. 304, *caput*, do CPP, a autoridade policial determinava que o custodiado fosse encaminhado a uma unidade prisional quando não houvesse a possibilidade de prestação de fiança (CPP, art. 304, §1º). Após, o APF era encaminhado ao juízo, dentro de um prazo de 24 (vinte e quatro) horas (CPP, art. 306), o qual em uma análise dos documentos lhe encaminhados, sem qualquer contato com o custodiado, decidia sobre a legalidade da prisão, a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou a possibilidade de concessão de liberdade provisória (CPP, art. 310).

Com o advento da audiência de custódia, o APF passou a ser encaminhado ao juízo e, então, o custodiado é conduzido a sua presença. Dessa forma é possibilitado ao magistrado decidir com base não apenas em documentos frios e sem sentimentos, mas a partir do contato com o custodiado, procedendo sua oitiva. Assim, há a possibilidade de uma análise mais humanizada do flagrante.

Contudo, sendo a implementação da audiência de custódia ainda recente no cenário brasileiro são encontrados entraves em sua implementação, principalmente no tocante à ausência de estrutura. À polícia falta dinheiro para o combustível gasto no deslocamento do preso em flagrante, faltam veículos, faltam servidores para promover tal deslocamento (ROSA, 2016, p. 37). Ademais, o número de juízes, promotores e defensores públicos é insuficiente, bem como inexistente estrutura física para realização da audiência de custódia.

Realizadas tais considerações, nos itens seguintes pondero sobre as principais funções e objetivos da audiência de custódia, como o controle da atividade policial e o combate ao super encarceramento.

2.2 FORMA DE CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL

A audiência de custódia tem como objetivo precípua evitar prisões desnecessárias, arbitrárias e ilegais, garantindo ao indivíduo detido o amplo respeito a seus direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto a audiência de custódia pode ser um importante instrumento de controle da atividade policial, vez que busca prevenir abusos e/ou ilegalidades cometidas pela polícia no

momento da abordagem, bem como maus-tratos e tortura policial nos momentos que sucedem a prisão em flagrante, criando mecanismos de controle e apuração de possíveis violações a integridade do custodiado.

Como assinalado na Resolução nº 213/2015 do CNJ, “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal”.

A audiência de custódia tem como um de seus objetivos contribuir para a redução da tortura policial, protegendo a integridade física e psíquica do cidadão conduzido, vez que nas horas que sucedem a prisão o custodiado encontra-se totalmente sem proteção e à mercê de uma possível violência policial.

Assim, a apresentação imediata ou, ainda, “sem demora”⁷ do detento ao magistrado na audiência de custódia visa coibir a violência praticada pelos policiais no momento da abordagem policial⁸, ou nas horas seguintes, pois os agentes estatais teriam ciência de que qualquer alegação de violência por parte do custodiado poderia ser apurada pelas autoridades competentes, nos termos do art. 11 da Resolução nº 213/2015 do CNJ, *in verbis*:

Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus-tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

A audiência de custódia, portanto, 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 (WEIS, 2013, p. 5), vez que permite o acesso

⁷ Embora existam controvérsias sobre o lapso temporal a ser utilizado como parâmetro para o termo “sem demora”, adota-se no Brasil o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conforme instrumentos normativos relacionados à matéria, como o PLS 554/2011 e a Resolução 213/2015 do CNJ. Ademais, o STF na medida cautelar concedida na ADPF 347, rel. min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, decidiu que o lapso temporal entre a prisão e a realização da audiência de custódia deve ser de 24 (vinte e quatro) horas.

⁸ Como experiência pessoal, em conversa com alguns policiais militares, constatei que os mesmos criaram artimanhas para que a violência policial no momento da prisão em flagrante não possa ser constatada, utilizando, por exemplo, toalhas molhadas na mão para evitar marcas no corpo do custodiado.

rápido ao custodiado logo depois de sua prisão, inclusive obrigando-os a tomar providências em caso de percepção de abusos.

2.3 COMBATE AO SUPER ENCARCERAMENTO

A audiência de custódia foi pensada como um instrumento de política criminal de cunho não repressivo, com o intuito de atenuar “a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros” (CNJ, 2016, p. 5).

A população carcerária brasileira cresceu de forma assombrosa nos últimos anos. De acordo com o relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2016) houve um aumento de aproximadamente 181% (cento e oitenta e um por cento) no número de pessoas privadas de liberdade entre os anos de 2006 e 2016. Por sua vez, o crescimento no mesmo período de tempo da população carcerária feminina sofreu um aumento de aproximadamente 260% (duzentos e sessenta por cento).

Em números, a população carcerária brasileira no ano de 2006 era de 401.200 (quatrocentos e um mil e duzentos) presos, sendo 17.216 (dezessete mil, duzentas e dezesseis) mulheres. No ano de 2016 o número de indivíduos privados de liberdade chegou a 726.700 (setecentos e vinte e seis mil e setecentos), dos quais 44.721 (quarenta e quatro mil, setecentos e vinte e um) são mulheres.

Do total de detentos no Brasil aproximadamente 40% (quarenta por cento) sequer foram julgados em primeira instância, ou seja, temos 290.680 (duzentos e noventa mil, seiscentos e oitenta) presos provisórios.

Como se não bastasse a superlotação do sistema carcerário brasileiro, os detentos são submetidos a todo tipo de violação de direitos humanos, tanto que o Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, “ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país” (ADPF n. 347, rel. min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015).

Nesse cenário alarmante em que se encontra o sistema carcerário brasileiro a audiência de custódia tem papel fundamental, vez que ao ser realizada pode viabilizar um controle judicial

mais humano, efetivo e preciso das prisões cautelares, o que conseqüentemente, acarretaria na diminuição do alto índice de encarceramento penal provisório do Brasil.

De acordo com dados do CNJ desde sua implementação, em 14 de outubro de 2015, até o mês de junho do ano de 2017 foram realizadas 258.485 (duzentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e cinco) audiências de custódia em todo o território nacional, as quais resultaram em 115.497 (cento e quinze mil, quatrocentos e noventa e sete) liberdades provisórias, aproximadamente 44, 68% (quarenta e quatro inteiros e sessenta e oito décimos por cento).

Nessa perspectiva, a realização da audiência de custódia, quando respeitados o contraditório e a ampla defesa, é capaz de permitir ao magistrado uma melhor análise do caso concreto, o que pode acarretar em uma melhor decisão sobre a legalidade da prisão e a real necessidade de sua conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de alguma medida cautelar diversa do encarceramento.

Portanto, quando utilizada da forma correta, a audiência de custódia torna-se instrumento no controle não só da legalidade das prisões em flagrante delito, como também no combate ao super encarceramento.

3 DECIDINDO EM CIMA DA ILEGALIDADE

O Código de Processo Penal, ao tratar da prisão em flagrante, dispõe, em seu art. 310, que o magistrado quando da análise do auto de prisão em flagrante delito deverá: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em preventiva, quando as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem insuficientes; ou III – conceder liberdade provisória com, ou sem fiança.

A Resolução nº 213/2015 do CNJ, por sua vez, ao estipular os procedimentos que deverão ser adotadas no momento da realização da audiência de custódia determina, em seu art. 8º, §1º, que:

§1º - Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Assim, a Resolução do CNJ possibilita ao magistrado, quando da análise da prisão em flagrante, decretar a prisão preventiva na audiência de custódia, o que vem tornando-se prática cada vez mais recorrente.

Dessa possibilidade de decretação de prisão preventiva surge um problema sem precedentes: a decretação da prisão fundamentada em um APF reconhecido pelo próprio juízo como ilegal.

A nossa Carta Magna, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (CF, 1988, art. 5º, LXI).

Dessa forma, no momento da decretação da prisão preventiva deve o magistrado esclarecer os motivos que justificam a custódia cautelar, bem como as razões que o fazem crer que essa seja a medida mais adequada ao caso. Para tanto, deve analisar o APF que lhe foi apresentado e as informações nele contidas para a formação de seu convencimento.

De suma importância ressaltarmos que ao tratar-se da prisão em flagrante, o juízo não tem a sua disposição provas a serem analisadas, mas tão somente o APF, o qual embora tenha indevidamente efetivo valor de prova, é apenas um documento informativo.

Nessa perspectiva, tendo o APF valor probatório deve-lhe ser dado o mesmo tratamento dispendido pelo CPP as provas.

Assim, para compreensão sobre a impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base em um flagrante ilegal necessária uma análise sobre as provas no processo penal.

São inadmissíveis no processo penal brasileiro as provas eivadas de ilegalidade— aqui entendida como gênero, sendo espécies a prova ilegítima e a prova ilícita.

Aury Lopes Júnior (2016, 328) ao tratar da diferenciação entre os tipos de prova supramencionadas afirma que a prova ilegítima caracteriza-se “quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo” enquanto a prova ilícita “é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”.

A Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ademais, o art. 157, *caput*, do CPP, reproduz tal vedação, senão vejamos:

São inadmissíveis, **devendo ser desentranhadas do processo**, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Dessa forma, o CPP apresenta o desentranhamento da prova ilícita como uma forma de sanção processual, não podendo ser ela utilizada para formação do convencimento do juízo.

Ademais, as provas ilícitas, “sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as conduz à categoria da inexistência. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas” (GRINOVER, 1996, p. 47-48).

Assim, sendo a prova ilícita uma não prova e, considerando que o APF possui valor de prova, como pode o juízo decretar a prisão preventiva alicerçada em uma não-prova, em um APFD que nunca existiu, face à ilicitude do flagrante?

Ao decretar a preventiva alicerçada em um APFD ilegal o juízo age pautado pelo substancialismo penal, no qual a busca pela verdade substancial, ou seja, uma verdade absoluta, que prevalece sobre a forma. Os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos são completamente esquecidos.

Portanto, inadmissível em um Estado Democrático de Direito que o juízo quando da realização da audiência de custódia decrete a prisão preventiva do custodiado mesmo após o relaxamento do flagrante em decorrência de ilegalidades, vez que estaria fundamentando sua decisão em um APF manifestadamente ilícito, em total dissonância ao devido processo legal.

4 PROCESSO COMO GARANTIA E O PROBLEMA DO SUBSTANCIALISMO PENAL

No Estado Democrático de Direito o processo é elevado a status de garantia fundamental, cumprindo o papel de limitador do poder punitivo e garantidor do indivíduo a ele submetido, encontrando previsão expressa no texto constitucional, o qual determina que **“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”** (CF, 1988, art. 5º, LIV).

Por devido processo legal deve-se entender “o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores constitucionais” (WAMBIER; TALAMINI, 2015, 81).

Do princípio do devido processo legal, derivam vários outros princípios de igual relevância na proteção do indivíduo contra o Estado opressor e autoritário, como por exemplo os princípios do contraditório e da ampla defesa, também com status de garantias fundamentais, previstos no art. 5º, LV, da CF.

Dessa forma, o devido processo legal em seu significado mais amplo busca uma aproximação do sistema penal vigente com a teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli.

O garantismo penal é formado por uma série de axiomas que podem ser traduzidos em princípios, tais sejam: I – princípio da retributividade da pena; II – princípio da legalidade; III – princípio da necessidade do direito penal; IV – princípio da lesividade; V – princípio da materialidade; VI – princípio da culpabilidade; VII – princípio da jurisdicionalidade; VIII – princípio acusatório (separação das funções de quem julga e quem acusa); IX – princípio do ônus da prova; e X – princípio do contraditório (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Os axiomas garantistas visam a propiciar a construção da verdade processual, na qual a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo sujeita-se aos mesmos, assegurando às partes um maior controle da atividade jurisdicional.

Assim, quanto mais princípios forem abarcados pelo processo penal, mais este se aproximará do modelo garantista e, conseqüentemente, de um ideal de justiça pautado no respeito às garantias fundamentais dos indivíduos.

Em contraposição a um sistema penal garantista, que enxerga o devido processo legal como garantia do indivíduo, destaca-se o substancialismo penal, inerente a um modelo autoritário.

O substancialismo penal preocupa-se não com o delito formalmente previsto na lei, mas com desvio criminal como algo imoral ou antissocial e, para além, com a pessoa do delinquente, cuja maldade ou antissociabilidade dá origem ao delito (FERRAJOLI, 2014, p.44-45). Traduz-se em uma aplicação do ordenamento penal baseada em critérios subjetivos, como a mera suspeita do cometimento de delitos e a presunção de periculosidade do indivíduo.

A verdade que aspira esse modelo penal é chamada “verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais” (FERRAJOLI, 2016, p. 48).

Em síntese: enquanto o devido processo legal está preocupado com o respeito aos princípios norteadores do sistema penal e com as garantias fundamentais dos indivíduos, o

substancialismo penal confunde direito e moral, “permitindo discriminações subjetivas e invasões incontroláveis na esfera de liberdade dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2014, 46).

Ao relaxar a prisão em flagrante, no momento da audiência de custódia, e no mesmo ato decretar a prisão preventiva do custodiado há por parte do juízo, uma suspensão das garantias processuais em detrimento do crime relatado pelos policiais, ainda que por meio de instrumento judicialmente reconhecido como ilegal.

Portanto, incontestável que o juízo nos casos mencionados acima age pautado no substancialismo penal, em um modelo autoritário, muito distante de um ideal de justiça e em total desrespeito ao cidadão, buscando a punição em detrimento das garantias fundamentais do indivíduo.

5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE ESTEREOTIPAÇÃO

O custodiado ao ser apresentado ao juízo acredita que o abuso da autoridade policial para com ele irá cessar. Tem a expectativa que seu caso será analisado à luz de seus direitos e garantias fundamentais e que a “justiça” prevalecerá.

Contudo, na prática o que percebo é que a audiência de custódia foi deturpada, transformando-se em mais um instrumento de estereotipação e de supressão de garantias fundamentais.

O juízo não está preocupado com a forma com que o flagrante foi realizado, mas tão somente, com o crime supostamente cometido pelo custodiado. Prevalece a máxima de que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido” (FERRAJOLI, 2014, p. 103).

O magistrado, antes mesmo de ouvir a versão do custodiado, o questiona sobre seu grau de escolaridade, número de filhos, situação de trabalho, bem como a existência de alguma dependência química (FERREIRA, 2017, p. 286). Ao assim agir está realizando não uma análise da situação jurídica que embasou o flagrante, mas buscando argumentos socioeconômicos que justifiquem a manutenção da custódia cautelar.

A cultura punitiva que move os atores do sistema de justiça criminal não os permite dialogar como iguais com o custodiado, afastando-os da decisão mais acertada e justa ao caso e aproximando-os de um discurso de manutenção de estereótipos.

A expectativa que o custodiado tinha de ser ouvido esvai-se proporcionalmente a sua cor e situação financeira. Qualquer esperança que o mesmo possuía de que o magistrado faria cumprir a lei quando da análise da sua prisão em flagrante é dissipada por um sistema penal autoritário, baseado em critérios subjetivos, afastado da forma, em total distonância com os preceitos garantistas.

A prática de decretação da preventiva logo após o reconhecimento da ilegalidade do flagrante aproxima o direito processual brasileiro do modelo substancialista, que, indiferente às garantias, busca a punição do autor de um crime ainda que desrespeitadas as formalidades do devido processo legal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A audiência de custódia começou a ser implementada no Brasil como instrumento de política criminal voltada ao combate da tortura policial e do super encarceramento. Contudo, a atuação do magistrado e dos atores do processo penal fizeram-se deturpar suas reais finalidades.

O juízo passou, a no momento da audiência de custódia, decretar a prisão preventiva do custodiado mesmo após o relaxamento da prisão em flagrante, ou seja, há a decretação de uma prisão preventiva fundamentada em uma APF manifestamente ilegal.

Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo são completamente esquecidos, afastando-se perigosamente da busca por um processo penal garantista em prol da punição do custodiado pelo crime supostamente cometido. O mais importante passa a ser a substância e não a forma.

Ademais, a audiência de custódia vem sendo utilizada como mais um instrumento de estigmatização e estereotipação por parte dos magistrados, os quais utilizam-se de sua posição de autoridade e submetem o custodiado a uma série de perguntas socioeconômicas, buscando argumentos econômicos para justificar a manutenção da custódia cautelar.

Portanto, o contato entre custodiado e magistrado quando da realização da audiência de custódia, que poderia trazer empatia entre os atores do processo, propiciando uma decisão mais humana por parte do magistrado, acaba tornando-se apenas mais uma etapa processual a ser cumprida. O juízo vem constantemente decidindo pela decretação da prisão preventiva do custodiado com base em documento por ele próprio reconhecido como ilegal, em total desrespeito às garantias fundamentais do indivíduo, nos aproximando tragicamente de um modelo penal autoritário, carente de limites.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. 230 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Decreto Lei nº. 3.698, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28347%2EENUME%2E+OU+347%2EACMS%2E%29+%28%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/h2uuxn5>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 30 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213**, de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf> Acesso em: 22 nov. 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 925 p.

FERREIRA, Carolina Costa. **Audiências de Custódia**: instituto de descarceirização ou de reafirmação de estereótipos?. *Justiça do Direito*, p. 279-303, v. 31, n. 2, maio/agosto. 2017. Disponível em < <http://www.seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/7153/4343>> Acesso em: 29 ago. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. São Paulo: Forense Universitária, 1996. 510 p.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1041 p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen – junho 2016. Disponível em:

<http://emporiiododireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf>
Acesso em: 02 jan. 2018

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen mulher – junho 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2017

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. 1071 p.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2 ed. ver. e ampl. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017. 188 p.

PAIVA, Caio; LOPES JR, Aury. **Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz**: Rumo a Evolução Civilizatória do Processo Penal. *Revista Liberdades*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 11-23, n. 17, set./dez. 2014. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/liberdades17_integra.pdf> Acesso em: 29 ago. 2017.

ROSA, Fernanda Lacerda. **Desafios para a implementação da audiência de custódia**: Apresentação imediata da pessoa presa em flagrante ao juiz e a efetividade dos tratados internacionais no âmbito do processo penal brasileiro. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016. 87 p. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/3229>> Acesso em 22 nov. 2017.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 958 p.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>> Acesso em 20 dez. 2017.