

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ERIVAN SILVESTRE FREIRE

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO EXPRESSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

NATAL – RN
2019

ERIVAN SILVESTRE FREIRE

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO EXPRESSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Artigo apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Carla Maria Fernandes Brito Barros.

NATAL – RN
2019

ERIVAN SILVESTRE FREIRE

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO EXPRESSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Carla Maria Fernandes Brito Barros.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Carla Maria Fernandes Brito Barros.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Orientadora

Profa. Mariana Vannucci Vasconcellos
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Profa. Flavianne Fagundes da Costa Pontes
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Aprovado em: 26 de setembro de 2019.

Natal-RN, 2019

Catálogo da Publicação na Fonte.

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

F866a Freire, Erivan Silvestre
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO EXPRES-
SÃO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO PENAL BRA-
SILEIRO. / Erivan Silvestre Freire. - Natal, 2019.
28p.

Orientador(a): Profa. Dra. Carla Maria Fernandes Brito Barros.
Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte.

1. Prisão em Flagrante. Audiência de Custódia. Acesso à Justiça.
I. Barros, Carla Maria Fernandes Brito. II. Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte. III. Título.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO EXPRESSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Erivan Silvestre Freire¹

RESUMO: A cultura do encarceramento no Brasil se tornou um instrumento imediato de resposta à sociedade pelo Estado, que tem nas prisões cautelares, especialmente nas prisões em flagrante, a via mais rápida para atender a indignação social pela violação do direito quando atingido. Em se tratando de matéria penal a prisão sem processo de forma unilateral se transformou na solução para todos os problemas decorrentes da violência, tanto física, quanto a violência patrimonial. Ao longo dos anos, essa forma imediatista de combater a violência se tornou um problema para o Estado que de tanto encarcerar criou um caos de superlotação no sistema prisional, levando o sistema a um verdadeiro colapso. Diante desse quadro, fez-se necessário uma reflexão quanto à questão das prisões provisórias no Brasil, em paralelo com a Audiência de Custódia, instituída no ordenamento Nacional, no ano de 2015, em decorrência da ADPF 347 e da resolução n. 213/2015 do CNJ, como um instrumento que possibilitou, para além de uma redução do grau de encarceramento, uma afirmação do próprio acesso à justiça pelo flagranteado, buscando o presente trabalho, com base nas pesquisas bibliográficas e de campo, verificar a adequação jurídica e o impacto social provocado pela Audiência de Custódia no que toca a segurança jurídica das prisões cautelares e da dignidade humana dos presos em flagrante, à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: Prisão em Flagrante. Audiência de Custódia. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The culture of incarceration in Brazil has become an immediate instrument of response to society by the State, which has in preventive detentions, especially in the prisons in flagrant, the quickest way to respond to social indignation for the violation of the right when struck. When it comes to criminal matters, unilateral detention without trial has become the solution to all problems arising from both physical and property violence. Over the years, this imediatist way of combating violence has become a problem for the State, which incarcerated so much, creating a chaos of overcrowding in the prison system, leading the system to a real collapse. Given this situation, it was necessary to reflect on the issue of preventive detentions in Brazil, in parallel with the Custody Hearing, established in the National Order in 2015, as a result of ADPF 347 and resolution n. 213/2015 of CNJ, as an instrument that made possible, in addition to a reduction in the degree of incarceration, an affirmation of one's own access to justice by the flagrant, seeking the present work, based on bibliographic and field research, to verify the legal adequacy and the social impact caused by the Custody Hearing regarding the legal certainty of preventive detentions and human dignity of the weights in flagrant in the light of the Constitution.

Keywords: Prison in flagrant. Custody Hearing. Access to Justice.

¹Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Graduado em Letras (Língua Portuguesa) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: erivansilvestre@bol.com.br

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 - PANORAMA HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR; 3 - UM OLHAR SOBRE A GÊNESE E A FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA; 4 - A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO REAL DE ACESSO À JUSTIÇA; 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O aumento desenfreado da violência no Brasil nos últimos anos, evidenciado, inclusive, no Atlas da Violência de 2018, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEIA), o qual divulgou as estatísticas de homicídios entre os anos de 2006 e 2016, revelou um índice alarmante de mais de trinta pessoas mortas para cada grupo de 100 (cem mil) habitantes, dados estatística atingidos no ano de 2016. Além dos homicídios, a pesquisa mostra ainda o considerável aumento de outros crimes contra o patrimônio.

Em Estados, como o Rio Grande do Norte, que há poucos anos era considerado tranquilo, com uma das capitais mais seguras do país, eclodiu uma violência sem precedentes em todos os níveis, não apenas em crimes contra o patrimônio, mas também no tráfico de entorpecentes e aumento dos crimes contra a vida, elevando a cidade ao um patamar negativo, a ponto da capital Natal, ser apontada como uma das capitais mais violentas do país e uma das cidades mais violentas do mundo, conforme divulgou o Atlas da Violência, um estudo produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipeia) e pelo Fórum de Segurança Pública.

Associado a esse incremento da criminalidade, verificou-se um aumento expressivo da população carcerária no Brasil, (hoje somos o terceiro nesse quesito), dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Departamento Penitenciário Nacional, mostram que até dezembro de 2016, a população carcerária no Brasil era de 726.534 presos para um total de 423.242 vagas, demonstrando um *déficit* da ordem de 303.112 vagas, um percentual de superlotação da ordem de 171,62%, portanto, muito acima da capacidade.

As instituições que lidam com a segurança pública de um modo geral e com o sistema prisional se encontram em um verdadeiro dilema, pois de um lado existe a forte sensação de insegurança disseminada no seio da população brasileira, que reclama cada dia mais o seu aprisionamento em decorrência da inércia dos poderes públicos no combate a violência e, de outro lado, um sistema prisional superlotado que não vislumbra a possibilidade de alcançar, minimamente a ressocialização dos apenados/presos provisórios que tem sob custódia, o que leva a muitos deles de volta a mundo do crime quando saem do sistema.

Trata-se de um problema gravíssimo no aspecto social, além de apresentar uma notória violação da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou diversos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana, incluindo aquelas em conflito com a lei.

A Carta Magna de 1988 trouxe em seu arcabouço, princípios constitucionais que limitam o uso da força em ações promovidas pelo Estado, e, ao mesmo tempo, protegem a vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, não importando se está presa ou não.

A Constituição ainda criou um sistema de fiscalização/proteção da referida dignidade quando atribuiu ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Judiciário, além de suas funções originárias, atuarem também, no controle da atividade no sistema prisional e o dever de agir no sentido de preservar os direitos humanos, no âmbito desse sistema.

Todavia, mesmo com as proteções criadas em decorrência dos princípios constitucionais explícitos e implícitos na Carta Magna de 1988 e, além da entrada em vigor da Lei Cautelar 12.403 de 2011, que alterou vários artigos do Código de Processo Penal, não houve uma interrupção do ciclo de aumento da população carcerária que cresce a cada ano, tampouco se verificou uma melhoria significativa do nosso sistema prisional.

Nesse contexto, em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), autuada sob o n. 347, restou formalmente reconhecido que o Brasil vive um Estado de Coisa Inconstitucional, no âmbito do sistema prisional e, por conseguinte, estabelece-se o direito do preso em situação flagrancial de ser imediatamente apresentado à autoridade judiciária, que analisa os aspectos legais da prisão em flagrante e a necessidade de manutenção da custódia, bem como, se houve abuso de autoridade e/ou violação dos Direitos Humanos.

Por isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para fazer cumprir a decisão da corte suprema, decorrente da ADPF 347, invocando pactos internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos –(CADH), conhecido como (Pacto de San José da Costa Rica), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a própria Constituição Federal, instituiu a Audiência de Custódia, normatizada, por meio da resolução nº 213 de 15/12/2015.

A Audiência de Custódia se expandiu por todo Brasil, mudando o procedimento e a situação do preso em situação de flagrante, obrigando sua apresentação em até 24 (vinte e quatro) horas, perante uma autoridade judiciária, que analisaria a legalidade da prisão em flagrante, a possibilidade de conversão desta em prisão preventiva ou outro meio diverso ao encarceramento, bem como, eventuais violações dos Direitos Humanos.

Órgãos de defesa dos direitos humanos há muito apontavam a prisão em flagrante sem a devida análise, como uma violação dos direitos humanos, argumentando que mesmo com a existência e atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, um número altíssimo de pessoas ficavam presas por muito tempo sem ter sua situação flagrancial analisada por um juiz, afirmando, ainda, a existência de uma distinção de celeridade entre os flagranteados pobres e aqueles mais abastados.

Nesse contexto, o presente artigo, fundado em pesquisas bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial e, bem assim, levantamento de dados estatísticos, objetiva analisar alguns dos impactos jurídicos e sociais decorrentes da normatização das audiências de custódia no Brasil, em especial no tocante à afirmação do princípio do acesso à justiça pelo preso autuado em flagrante.

Para tanto, a pesquisa em tela se divide em quatro capítulos: No primeiro momento, procuraremos fazer um recorte histórico acerca das prisões cautelares. Em seguida, tratar-se-á do surgimento e finalidade das audiências de custódia, e, bem assim, da sua consonância com os princípios libertários da ordem constitucional vigente, analisando, por fim, a relação da Audiência de Custódia com o princípio do acesso à justiça.

2. PANORAMA HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR

A liberdade, como um direito de primeiro plano, constitui uma busca incessante do ser humano, que enxerga no direito posto, a possibilidade de salvaguardá-lo.

Quando a Magna Carta de João Sem Terra², em 1215, normatizou o que hoje denominamos de devido processo legal, tinha como objetivo assegurar que “Ninguém poderá ser preso, ou detido ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de um julgamento de seus pares, segundo as Leis do País”.³

Não discutiremos o caráter de necessidade da prisão, pois acreditamos que uma sociedade não pode sobreviver sem um controle mínimo do Estado sobre as ações de seus cidadãos, apesar de entendermos a prisão como uma punição de caráter excepcional e que deve ser aplicada com a intervenção mínima do Estado, o qual deve atuar de forma isenta e sem excesso, respeitando o devido processo legal.

2 A MAGNA CARTA: Conceitos e Antecedentes, (Antônio Manoel Bandeira Cardoso) disponível em <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1>, acesso em 05.08.19

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais, penais e processuais penais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.69

Nesse contexto, a prisão como pena em detrimento das penas corpóreas é algo recente na história da humanidade. Desde a antiguidade clássica, o homem se utiliza das penas corpóreas como forma de punir, não importando em qual tipo de delito estivera envolvido o acusado, o suplício ao corpo era a pena “regular” aplicada ao infrator, como meio de controle social.

A história mostra que a pena sempre esteve lado a lado com a evolução da humanidade e, embora com o passar do tempo venha passando por transformações, nunca deixou de ser usada em todas as épocas como uma forma de demonstração de poder e meio de controle social. Nos primórdios a vingança privada dominava o cenário, não havia ainda o direito como instituição, os julgamentos eram de certa forma, instintivos e sem critérios. Qualquer ofensa transformava a vida em sociedade, que era formada por pequenos grupos de pessoas reunidas em tribos.

Muitas vezes, o revide à agressão não ocorria da mesma forma e na mesma medida que fora sofrida e nem sempre era contra o infrator, podia atingir qualquer membro do grupo a que pertencia o agressor, o que importava era a vingança, não havendo direito de defesa legal, tratava-se da lei do mais forte.⁴

Nos primórdios da civilização não havia qualquer espécie de administração pertinente à Justiça. Caso alguém ofendesse um seu semelhante, nem sempre o revide guardava razão de intensidade à agressão sofrida. Em muitas ocasiões sequer era dirigido ao agressor, mas sim a membros de sua família ou tribo, gerando, não raro, resposta mais hostil.⁵

No caso da agressão ser praticada entre membros da mesma tribo, o castigo era o banimento, que era um castigo cruel a partir do qual o indivíduo sofreria da mesma forma, pois ficava sozinho e com isso, vulnerável a ataques de tribos inimigas, passando fome e sendo escravizado por outras tribos que não o aceitavam.

Com o passar da história da humanidade, surgiu a Pena de Talião, uma pena que punia o infrator na mesma proporção da infração cometida, expressada na máxima “olho por olho, dente por dente”. Depois surgiu a fase da pena baseada no elemento divino. Época em que o infrator era cruelmente punido em decorrência da pena do “pecado” cometido. As penas eram aplicadas publicamente e o maior objetivo era o controle social através da observação.

4 FADEL, F. U. C. **Breve história do direito penal e da evolução da pena.** RECIJUR - Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, Paraná, Brasil. REJUR v. 1 n.1 p.61-69-janeiro/julho de 2012. Disponível em: [//www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf)-p.61, acesso em 02.09.2019.

5 Idem..

Na Idade Média, o poder do Estado e da Igreja se uniu em um sistema punitivo atroz, que tinha no corpo do infrator o meio de expressar sua barbárie e se estabelecer enquanto instância máxima de poder. O crime cometido não era tão importante como o espetáculo público de uma pessoa sendo torturada até a morte, o que prevaleceu até o século XVIII.

Nesse sentido, Foucault revela a importância da publicidade das punições, pontuando:

O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força.⁶

O mesmo autor ainda descreve uma sentença de suplício, cumprida em praça pública, nos seguintes termos:

Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito à cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. Ele levantava a cabeça e se olhava. Foi necessário colocar dois cavalos, diante dos atrelados às coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum.

Enfim o carrasco Samson foi dizer ao senhor Le Breton que não havia meio nem esperança de se conseguir e lhe disse que perguntasse às autoridades se desejavam que ele fosse coitado em pedaços. O senhor Le Breton, de volta da cidade, deu ordem que se fizessem novos esforços, o que foi feito; mas os cavalos empacaram e um dos atrelados às coxas caiu na laje. Tendo voltado os confessores, falaram-lhe outra vez. Dizia-lhes ele (ouvi-o falar). “Beijem-me, reverendos”. O senhor cura de Saint-Paul não teve coragem, mas o de Marsilly passou por baixo da corda do braço esquerdo e beijou-o na testa. Os carrascos se reuniram, e Damiens dizia-lhes que não blasfemassem, que cumprissem seu ofício, pois não lhes queria mal por isso; rogava-lhes que orassem a Deus por ele e recomendava ao cura de Saint-Paul que rezasse por ele na primeira missa.

Depois de duas ou três tentativas, o carrasco Samson e o que lhe havia atezado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espáduas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase aos ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebatarem-lhe o braço direito primeiro e depois o outro.⁷

6 FOLCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

7 Idem.

Apesar de ser favorável e fomentar a execução das punições de forma pública, a Igreja que participava ativamente do controle do sistema prisional e penal, começou a aplicar para certos delinquentes e alguns tipos de crimes, outros tipos de pena, como a custódia em casa de correção para jovens delinquentes, (a prisão de São Miguel). Ali os considerados culpados eram presos e obrigados a trabalhar, onde seriam disciplinados pela Igreja, numa forma de “limpar” as ruas de Roma, tirando as pessoas com hipossuficiência financeira e pessoas marginalizadas do seio da sociedade.

Somente a partir do final do século XVIII e início do século XIX, com inspiração nas ideias iluministas e pela Revolução Francesa, percebe-se um rompimento mais concreto com as penas corpóreas sendo substituídas pelas penas de prisão, operadas, de forma gradativa, por cada estado dentro da sua evolução social.⁸

O Brasil, ainda uma colônia de Portugal, vivia sob o regime da escravidão no século XVIII, não era diferente dos países europeus. Mudanças foram sendo introduzidas após o estabelecimento da família real por aqui.

Em 1824, foi promulgada a Constituição do Império e ali já estavam inclusas garantias constitucionais aos presos e a previsão constitucional do devido processo legal, cujos avanços foram também introduzidos mais tarde, quando da edição do primeiro Código de Processo Criminal, em 1832, o qual previa garantias processuais aos infratores presos em flagrante.

A Constituição Imperial de 1824, sob um viés iluminista, deixou claro o propósito de mudar na situação das pessoas presas que passariam a ter o direito humano de um julgamento justo, a qual incluiu em seu texto mandamentos garantistas com objetivo de combater o abuso de autoridade no tocante à prisão flagrante, proporcionando ao preso a possibilidade de ter sua prisão analisada pelo juiz num tempo razoável.

O Art. 179 da Constituição de 1824, assim dispunha:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

⁸ FOLCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 1997

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.⁹

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, estava em conformidade com a Carta Magna de 1824, com regras que promoviam o direito à liberdade, colocando a prisão como exceção, assim disciplinando nos seus artigos (131, 132 e 133)¹⁰:

Art. 131. Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.

Art. 132. Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado.

Art. 133. Resultando do interrogatório suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dêr; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capitulo seguinte.¹¹

A apresentação do preso em flagrante ao juiz, já tinha uma previsão legal naquela época, mas não poderia ser cumprida de forma isonômica, pois o Brasil ainda vivia um regime de escravidão, e, não havia de fato uma verdadeira efetivação da lei. Ao longo dos séculos foi possível perceber os avanços consideráveis neste quesito, até os dias atuais, as legislações buscam adequação da lei processual a realidade social do momento, com vistas a promover os direitos humanos, principalmente àquelas pessoas que são presas em flagrante, o direito de terem suas prisões analisadas pela autoridade competente.

O Código de Processo Penal brasileiro, uma lei de 1941, trouxe mais inovações no tocante a prisão processual, porém, não trouxe ainda a obrigatoriedade da apresentação imediata do preso a autoridade competente, apesar de disciplinar a possibilidade de prisão por cautela, fundada em uma necessidade social ou jurídica. Desde sua entrada em vigor, passou por diversas alterações no século XX, que continuaram ao logo do século XXI, buscando sua adequação ao momento social vivido.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1924. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm, acessado em 07 de Ago.19

10 BRASIL. Código de Processo Criminal de Primeira instância- de 29 de Novembro de 1832. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm, acesso em 08.08.19

11 Idem.

Contudo, as mudanças no código processual não foram, até então, suficientes para disciplinar de forma clara a situação do encarceramento provisório, que para uma pessoa leiga não fazia diferença se uma prisão era decorrente de uma sentença condenatória ou de uma prisão provisória, pois o sujeito ficava encarcerado por tempo indeterminado, de qualquer forma.

Nesse contexto, Capez, explica os fundamentos possíveis para imposição de prisão no ordenamento nacional:

- a) A prisão-pena ou prisão penal – ocorre em decorrência de sentença penal transitada em julgado. “Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”.
- b) A prisão sem pena ou prisão processual - trata-se de uma prisão puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada para o bom desempenho da investigação criminal. Desta decorrem três hipóteses: A prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante.¹²

Dentre as prisões cautelares, a custódia temporária, por exemplo, tem o objetivo de sanar determinadas situações relacionadas à investigação do delito, tem um tempo determinado de cinco dias para o crime comum e trinta dias em se tratando de crime hediondo, podendo ser, em caso de extrema necessidade, ambas prorrogadas, por igual período, e revogadas tão logo sanada a finalidade para a qual foram decretadas.¹³

A prisão preventiva, por sua vez, enquanto espécie mais usual dentre as prisões cautelares disciplinadas no Código de Processo Penal, possui requisitos e pressupostos legais¹⁴, podendo ser decretada em qualquer fase processual, observando o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312 “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.¹⁵

12 CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. P.339

13 RANGEL, Paulo -Direito processual penal. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015, p.803.

14 Ary Lopes Junior, leciona que PARA que possa ser decretada a prisão preventiva são necessários dois critérios: os requisitos que são a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e os pressupostos processuais, que são as possibilidades previstas no CPP, Art. 312 e 282, 4º.

15 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4.Ed. revista atualizada e ampliada. Salvador:Ed. JusPodivm, 2017, p. 937.

Essa espécie de prisão deveria ser mantida somente enquanto presentes seus requisitos autorizadores, mas, muitas vezes, transforma-se em pena, por falta de celeridade no julgamento dos processos em decorrência da demanda judicial, o que contribui de forma considerável para superlotação no sistema prisional.

Destaque-se, além disso, que a prisão preventiva aplicada por tempo superior ao estritamente necessário, caracteriza uma penalidade mais cruel que a própria pena decorrente da sentença, por ser ela uma mera medida de cautela, sem a certeza da culpa, podendo provocar séria desproporcionalidade entre o delito e a pena.

Becarria, já advertia:

À medida que as penas foram mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão.¹⁶

Por último, a custódia decorrente do Flagrante¹⁷ é aquela que visa fazer cessar o cometimento do delito. A que se verifica quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou tendo acabado de cometê-la (CPP Art. 302, I e II), quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito ou em situação que faça presumir ser ele o autor do fato (CPP Art. 302, III), ou, ainda, quando o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com objetos, armas ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito (CPP Art. 302, IV).

Segundo Rangel a prisão em flagrante deve ser submetida à análise do juiz que, fundamentadamente, a converterá em prisão preventiva se, como dito, estiverem presentes seus requisitos primordiais e demonstrada sua essencialidade e excepcionalidade, eis que não há mais a possibilidade jurídica do réu chegar ao final do processo como um “preso em flagrante”.¹⁸

Das três espécies de prisão cautelar, a prisão em flagrante, é a que ressalto a importância do presente estudo, pois diante do novo contexto normativo que levou a implantação da

16 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.3

17 Rangel assim leciona acerca dos tipos de flagrante, quando diz que há o flagrante esperado, previsto na lei 12.850/2013, art. 8º, quando se retarda um flagrante de um pequeno delito visando flagrar algo maior, no caso de organizações criminosas; há o flagrante forjado, que é provocando pelo agente do estado com o objetivo de incriminar alguém e o flagrante esperado, quando há o acompanhamento com o objetivo de surpreender o infrator no momento do cometimento do delito.

18 Idem, p.805..

Audiência de Custódia, quando ocorrer situação flagrancial de prisão, o flagranteado deve ser levado, o quanto antes, a presença do juiz para participar de uma audiência, no prazo de até 24 (vinte e quatro horas) conforme se exporá a seguir.

3 - UM OLHAR SOBRE A GÊNESE E A FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA;

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República, o preso foi reconhecido como um sujeito de direito, detentor de dignidade humana, princípio positivado como fundamento da república. A citada Carta Política estabeleceu, em seu artigo 5º, direitos fundamentais garantidores da dignidade, da liberdade e da vida, extensivos a toda pessoa humana, dentre os quais o devido processo legal, o contraditório, a direito ampla defesa, o princípio da não culpabilidade, o acesso à justiça e etc... se referindo, ainda, expressamente, em diversas passagens¹⁹, às pessoas presas, afirmando o dever do Estado brasileiro de respeitar à integridade física e moral do custodiado.

O texto constitucional procura coibir distorções existentes, avançando em quesitos importantes como o combate ao abuso de autoridade, a garantia de direitos relativos à liberdade, bem como, abrindo caminho para que todo preso receba um tratamento de forma isonômica.

Para Nucci, no que toca ao Processo Penal, pode-se afirmar que ele se estrutura a base de inúmeros princípios constitucionais, mas dois princípios merecem destaque, quais sejam: O princípio do devido Processo Legal e da Dignidade da Pessoa humana.

O Direito Penal e o Processo Penal estruturam-se sob as bases de inúmeros princípios constitucionais e infraconstitucionais, porém, parece-nos essencial destacar dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade da proposta do Estado Democrático de Direito. Olhares devem voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração de inocência ou culpa, está-se cumprindo, na parte penal e processual penal, o objetivo do Estado de Direito e, como ênfase, democrático.²⁰

O que devemos perceber é que a dignidade da pessoa humana, confere ao preso o direito de não ser torturado, não ser humilhado, não passar por situação degradante, nem

19 Art. 5º, incisos XLIV, LIII, LIV, LVII, LXII, LXIII, LXVI.

20 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª.Ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 45.

vexatória, devemos obedecer os princípios constitucionais como normas jurídicas, perceber sua real importância e sua força normativa, conforme pontua Dias Junior. “(...) a importância alcançada pelos princípios constitucionais (...) como verdadeiras normas jurídicas.”²¹

Vale destacar que, nos termos da Constituição, o preso não está à mercê da vontade da autoridade, por isso a Lei Maior no inciso XXXIX do artigo 5º deixa claro, que a prisão só pode ocorrer em casos previsto em lei, sendo necessário que a conduta e praticada pelo infrator, tenha uma previsão legal, a saber: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A existência de uma lei que aponte a conduta praticada como reprovável e, por conseguinte punível, leva o homem a refletir se está disposto a desobedecer ao mandamento legal. Conforme refletia Beccaria que é necessária a correta interpretação da lei, bem como o seu conhecimento por parte da sociedade, para que cada cidadão possa fazer suas escolhas.²²

Nada obstante isso, a Audiência de Custódia, enquanto ato judicial destinado a aferir a regularidade da prisão em flagrante, inclusive no que toca a incolumidade do flagranteado, a análise da eventual necessidade de conversão desta em preventiva e, bem assim, oportunizar um contato do preso com a autoridade judicial, somente veio a ser instituída no Brasil em 2015.

Antes disso, a lei 11.449/2007, afirmando a disposição constitucional do art. 5º, LXII²³, alterou o Código de Processo Penal, obrigando apenas, o encaminhamento dos autos ao juiz, no prazo de 24 horas, e a comunicação da prisão ao advogado (ou encaminhamento dos autos à Defensoria Pública) e à família ou alguém da preferência do autuado.

Em 2011, houve mais uma modificação no Código de Processo Penal com a lei 12.403/2011, alterou vários artigos do código processual, e incluiu no artigo 306 a obrigatoriedade de comunicação da prisão também ao Ministério Público, ressaltando a necessidade de fiscalização da prisão em flagrante, o que importa mais segurança jurídica ao ato.

Isso porque, a Carta Constitucional de 1988 conferiu maiores poderes e responsabilidades ao Ministério Público, colocando-o como guardião do Estado Democrático

21 DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. Elegibilidade e Moralidade: o direito fundamental a moralidade das Candidaturas. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.41

22 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.34

23 Art. 5º LXII – “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”

de Direito, cabendo-lhe ser de fato um verdadeiro órgão fiscalizador, tanto da lei, como das ações policiais, para com isso, coibir eventuais violações dos direitos humanos.

Assim, pode-se afirmar que a prisão em flagrante passa a ter um acompanhamento mais de perto pelos órgãos de controle, conforme leciona Lima:

(...) Remessa do auto de prisão em flagrante delito à autoridade judiciária. A nova redação conferida ao art. 306, § 1º do CPP, dispõe que, em até 24 (vinte e quatro horas) após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. Como visto anteriormente, ao tratarmos da comunicação imediata da prisão ao juiz competente, não se deve confundir a obrigatoriedade de imediata comunicação com a ulterior remessa do auto, que deve se dar em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura do agente.

(...) Remessa do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, se o autuado não informar o nome de seu advogado, de acordo com o art. 306, § 1º, do CPP, com redação determinada pela Lei no 11.449/07, e mantida pela Lei nº 12.403/11, em até 24 h (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.²⁴

O referido “controle” ressalta a importância, haja vista que antes da Lei 6416/77, que alterou o CPP, recepcionado pela CF, a regra era a prisão preventiva e não a liberdade provisória. Assim, quando tinha condição financeira de contratar um advogado, o preso realmente tinha a sua prisão analisada e seu direito à liberdade era respeitado, pois somente se não houvesse possibilidade de liberdade, o juiz convertia sua prisão cautelar em preventiva.

Outra realidade diferente era a do preso que não tinha condição de contratar um defensor, o qual ficava preso provisoriamente por meses ou até anos. Para este, a decretação da prisão preventiva era a regra, uma vez que a demora em passar por uma audiência perante o juiz, o obrigava àquela situação de preso provisório, recolhido por muito tempo sem julgamento e muitas vezes, sem uma análise mais acurada acerca da prisão em flagrante.

Contudo, as mudanças introduzidas na legislação processual, não foram suficientes para combater a superlotação do sistema prisional, o qual se transformou numa bomba que a qualquer momento poderia explodir, e explodiu em rebeliões bárbaras como as que ocorreram em vários presídios, culminando com a morte de dezenas de presos em penitenciárias dos estados do Amazonas, do Piauí e do Rio Grande do Norte, durante o ano de 2017, e, mais recentemente no dia 29 de julho de 2019, no estado do Pará, no presídio de Altamira, quando houve uma rebelião, em que grupos rivais se enfrentaram, resultando na morte de 57 presos,

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4.Ed. revista atualizada e ampliada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p 937

16 deles decapitados. Ressalta-se que o presídio tem capacidade para 200 detentos, mas estava superlotado com 311 presos.

O Brasil, embora seja um país com um número reduzido de vagas nas penitenciárias e presídios provisórios, encontra-se em terceiro lugar no tocante ao número de pessoas encarceradas. Destacando-se, ainda, o fato de que mais de 40% dos custodiados são presos provisórios, conforme evidencia o Sistema de Informações Penitenciárias do departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual afirma que a população carcerária do Brasil chegou, em dezembro de 2016, a 726.354, para um número bem inferior de vagas no sistema, cerca de 423.242, apontando um *déficit* de 303.112 vagas, apresentando uma taxa de ocupação da ordem de 171,62%, portando, acima de sua capacidade, sendo que, quase metade dos encarcerados são presos provisórios.²⁵

Diante dos números crescentes na população carcerária, da impossibilidade do judiciário em julgar em tempo hábil os processos, diante ainda da violação clara de direitos humanos, da não obediência a princípios básicos como a dignidade da pessoa humana e com base no que preceituam a Carta Maior de 1988 e os Pactos Internacionais recepcionados pela Constituição, como a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (Pacto de San José da Costa Rica), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Estado-Juiz Brasileiro foi chamado a promover mudanças.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) apresentou ao Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347-, com pedido de liminar para que fosse reconhecida a figura do “estado de coisa inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, viabilizando a chegada da Audiência de Custódia no nosso ordenamento.

Nos autos da arguição, o Ministro Marco Aurélio de Melo, concedeu parcial e liminarmente o pedido, determinando aos Tribunais de Justiça de todo Brasil que, em um prazo de 90 (noventa) dias, implantassem a Audiência de Custódia, nos seguintes termos²⁶:

25 Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualizado em junho de 2017, Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>, acesso em 28.08.2019

26 ADPF 347 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 06.09.2019

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Desse modo, verifica-se que o Poder Judiciário teve que atuar na lacuna legislativa, pois diante da situação de violência que o País vivia e continua vivendo, alterar uma lei na qual a mudança viesse a “favorecer” o preso em flagrante por um delito qualquer, para a maioria dos parlamentares importaria em adotar uma postura impopular, a qual não se propuseram a assumir.

Em decorrência do Acordão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a resolução 213/2015²⁷, normatizando a implantação da Audiência de Custódia e, com ela, a obrigatoriedade da pessoa presa em flagrante ser imediatamente apresentada ao juiz, em um prazo de até 24 horas, cabendo a autoridade judiciária, por sua vez, de posse do auto de prisão em flagrante delito e, após ouvir o preso, analisar a legalidade da prisão, a necessidade de

27 Antes da edição da resolução 213/2015 do CNJ, o que existia eram apenas discussões e projetos de lei no Congresso Nacional visando à regulamentação do tema, como o projeto de lei 554/2011, ainda em tramitação, que propõe mudança no § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, e dispõe que no prazo de 24 horas, após a prisão em flagrante, o preso deverá ser apresentado à autoridade judiciária competente.

conversão em prisão preventiva, bem como, as circunstâncias acerca de eventual violação dos Direitos Humanos durante todo o procedimento.

Isso porque, o combate à tortura policial também se encontra como um dos relevantes objetivos da Audiência de Custódia, conforme se extrai do trecho da petição inicial da ADPF 347, que assim dispõe:

(...) objetivando seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas ao final, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a seguir descritas, no tratamento da questão prisional no país.

(...)As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. 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 cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde 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. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.²⁸

Apesar dos direitos estarem previsto na Constituição, ainda é frequente os relatos de abusos cometidos por agentes do estado, inclusive a prática de tortura. A Audiência de Custódia foi editada, também, com o objetivo de coibir essas distorções comportamentais de agentes em relação ao preso em flagrante, fazendo assim sobrepor o princípio da dignidade humana. Mesmo que seja uma pessoa hipossuficiente financeiramente, tem direito ao resguardo de ter sua dignidade preservada, bem como, uma defesa técnica imediatamente após sua custódia para análise da situação flagrancial.

Assim, com a presença do preso, verificado a legalidade da prisão, avaliando se ocorreu com a devida preservação de seus direitos²⁹, o juiz deve ainda, analisar a possibilidade de aplicar uma medida diversa ao encarceramento, em observância ao art. 282 parágrafo sexto do CPP e, bem assim, verificando as circunstâncias existentes no art. 319 do mesmo diploma legal.

28ADPF 347 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 06.09.2019

29 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4.Ed. revista atualizada e ampliada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017 p.237

A análise passa pelos quesitos da necessidade e excepcionalidade, pois, sendo a liberdade a regra do sistema processual brasileiro, quaisquer das medidas cautelares, devem ser aplicadas preferencialmente como alternativas à prisão preventiva.

Nesse contexto, se verifica que a Audiência de Custódia representa um concreto instrumento de acesso à justiça, em consonância com os preceitos constitucionais de liberdade e dignidade, conforme será analisado no capítulo que segue.

4- A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO REAL DE ACESSO À JUSTIÇA.

A Audiência de Custódia não foi uma invenção que ocorreu do dia para a noite, a Constituição Brasileira de 1988, recepcionou desde 1992 a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que também foi recepcionada em países da América e da Europa, usada como base para implantação do que se chama de Audiência de Garantias, conhecida no Brasil como Audiência de Custódia.

Os tratados internacionais, por sua vez, foram recepcionados em nossa Constituição como força normativa, conforme aduz o Art. 5, § § 2º e 3º.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 5º, item 2, pontua acerca do devido respeito à dignidade da pessoa humana, quando a pessoa estiver privada de sua liberdade por qualquer motivo.

Também no seu Art 7º, item 5, prevê a apresentação imediata do preso à autoridade competente, como forma de combate ao encarceramento desnecessário, promovido pelo Estado por meio de seus agentes, proporcionando, assim, além de acesso à justiça, proteção a dignidade humana de presos sob custodiada em qualquer circunstância.

Assim aduz o Art. 5º, item 2 e 7º, item 5:

(...) 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

(...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.³⁰ (destaque acrescido)

Para Lima, além das tutelas relacionadas à liberdade, o Pacto de San José da Costa Rica, prevê garantias processuais, que viabilizam o direito do preso de ser imediatamente levado à presença do juiz e assim ter a legalidade de sua prisão avaliada pela autoridade competente, o direito à defesa técnica na forma como ele escolher, direito de se comunicar com a família, com o defensor ou alguém de sua preferência, conforme prevê o artigo 8º do referido pacto internacional.³¹

(...) Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.³²

A Audiência de Custódia, em consagração a esse contexto de normas e valores, trouxe para o processo penal brasileiro uma mudança importante no que toca aos momentos iniciais da persecução penal.

Antes da sua implantação, como dito, apenas se encaminhava ao juiz o auto de prisão, documento que retratava o flagrante, mas não havia o contato pessoal da pessoa presa com o juiz. Havia essa lacuna no que diz respeito à garantia do princípio de acesso à justiça, quando o preso ficava aguardando a análise da prisão pelo juiz do caso, isso o obrigava de forma brutal ao cumprimento imediato de uma pena, sem o devido julgamento.

Com a realização das audiências de custódia, restou concretizada a oitiva do acusado e de sua inicial defesa técnica, assim como tornou possível a real fiscalização pelo Ministério Público, o que importa em verdadeira promoção de acesso à justiça pelo preso em situação de flagrante.

30 DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA) – MRE. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, disponível em: . <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf> > Acesso em: 20 Ago. 2018.

31 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4.Ed. revista atualizada e ampliada Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P.17

32 DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA) – MRE. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, disponível em: . <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf> > Acesso em: 20 Ago. 2018.

A audiência de custódia está possibilitando que a maioria dos presos, que são autuados em flagrante, tenha o seu direito constitucional preservado e suas prisão avaliada por um juiz de forma isonômica, quer o indivíduo tenha ou não condição financeira.

Além disso, a realização de uma audiência, em 24h (vinte e quatro horas), após o flagrante é medida que inibe bastante a prática da violência/tortura por qualquer agente, eis que a possibilidade de responsabilização dos agentes é praticamente certa.

O combate ao abuso de autoridade se traduz em vigilância para que pessoas não sejam levadas ao cárcere ficando à mercê de certas autoridades, por falta de adequada fiscalização, submetendo-a a confinamento indevido a tortura, ou mesmo sendo esquecidas em uma penitenciária qualquer.

Certo é que, a demora em colocar em prática os direitos constitucionais pode trazer consequências sérias, não apenas para o acusado, mas também para o Estado, que se torna um violador de direitos, principalmente em se tratando de direitos fundamentais consagrados.

Não colocá-los em prática é dar a Carta Constitucional um tratamento sem importância, é não perceber que não se trata apenas de um papel escrito, no dizer de Lassalle, “ali temos os fatores reais de poder, e nosso verdadeiro direito”³³

Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.

Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos.³⁴

Embora o senso comum tenha recebido e repassado informações, que a Audiência de Custódia é um lugar de “soltar bandidos” e depois que foi implantada a criminalidade aumentou, não devemos tomar isso como uma verdade, precisamos nos aprofundar nas verdadeiras questões relacionadas ao aumento da violência, que são questões bem mais abrangentes que vêm se construindo há muito tempo, como a própria superlotação do sistema prisional.

Temos que olhar para Audiência de Custódia como um primeiro passo em direção ao cumprimento do princípio constitucional do acesso à justiça de forma isonômica, através do qual o hipossuficiente financeiramente também tenha a sua prisão analisada pela autoridade competente.

33 LSSALLE, Ferdinand., O que é uma Constituição. Tradução de Walter Stonner. 2000-2006

34 Idem.

Trata-se de assegurar que o preso seja ouvido por um juiz em um prazo razoável e com isso lhe proporcionar a segurança jurídica da preservação do seu direito de acesso à justiça e da sua integridade física.

Analisando a realidade das audiências em números, se verificou por meio do levantamento feito na Central de Flagrantes de Natal, a partir dos resultados obtidos nos anos de 2016 e 2017, que no ano de 2016 a Central realizou 1.887 (um mil, oitocentos e oitenta e sete) audiências, dessas, foram decretadas 835 (oitocentos e trinta e cinco) liberdades provisórias, 1.054 (um mil e cinquenta e quatro) prisões preventivas, ainda ocorreram 754 (setecentos e cinquenta e quatro) liberações mediante o pagamento de fiança.

No ano de 2017, os números ficaram próximos aos do ano anterior, neste ano foram realizadas 1.837 (um mil, oitocentos e trinta e sete) audiências, com 826 (oitocentos e vinte e seis) presos postos em liberdade provisória, 1.133 (um mil, cento e trinta e três) prisões preventivas decretadas, com 363 (trezentos e sessenta e três) liberados mediante o pagamento de fiança.

Diante dos números colhidos, podemos constatar que a Audiência de Custódia não deve ser considerada uma manobra da justiça para “liberar bandidos”, mas deve ser vista como um verdadeiro instrumento que proporciona igualdade, dignidade humana e promove de forma isonômica o acesso à justiça.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca do aprimoramento ao direito constitucional de acesso à justiça de forma isonômica por todos os presos no âmbito do sistema processual, é bastante promissor no Brasil. Há de se pontuar, que apesar da morosidade, mudanças vêm sendo inseridas na lei processual e, assim, proporcionando maior efetividade à dignidade humana.

Embora tenha avançado no que diz respeito à legislação no âmbito da execução penal com a Lei de Execuções Penais de 1984, o Estado brasileiro não evoluiu da mesma forma no cumprimento da lei criada, nem tão pouco evoluiu no tocante à aplicação da lei processual e penal no sentido de torná-las mais eficazes.

O Estado se manteve inerte, observando apenas o crescimento da violência dentro e fora dos muros das penitenciárias, continuou fazendo apenas o mais fácil, encarcerando de forma desenfreada, sem cumprir de forma eficiente o devido processo legal. Continuou dando

à sociedade a resposta imediata, deixando transparecer que o encarceramento é a medida mais adequada para resolver o problema. Esse comportamento nos remota à Idade Média aos tempos da casa de custódia de São Miguel, quando o Estado agia retirando os delinquentes do seio social e colocando-os no “calabouço”, com o objetivo de limpar as ruas.

Do ponto de vista legal, o encarceramento descontrolado, não é a forma mais adequada para resolver o problema. A lei oferece os caminhos. Diante do direito posto nos princípios constitucionais, a liberdade é a regra, que deve ser observada pela lei processual e penal, assim como pela lei de execução penal.

Do ponto de vista social, a promoção de políticas públicas que envolvam os jovens num processo educacional de qualidade e assim lhe proporcione o acesso ao trabalho, especialmente aos jovens de áreas mais vulneráveis, pode ser uma forma de combate a criminalidade e por via de consequência a diminuição do índice de encarceramento descontrolado.

Por isso, a Audiência de Custódia veio como uma alternativa de combate a essa cultura do encarceramento, materializando no momento inicial da persecução penal o acesso à justiça de forma isonômica, para todos.

Ao contrário do que pregam os críticos da Audiência de Custódia – que costumam bradar que serve apenas para colocar mais bandidos nas ruas e abrir vagas no sistema – a Audiência de Custódia veio para corrigir distorções de anos, no nosso sistema processual, distorções que fomentavam superlotação do sistema prisional por presos provisórios, que eram mandados para o cárcere, sem a devida análise de sua situação flagrancial e quando recolhidos, a ordem de prisão não era contemplada pela devida fundamentação por parte da autoridade competente. Com isso, pessoas que podiam aguardar o desfecho do processo em liberdade ou serem submetidos às medidas cautelares diversas da prisão, eram recolhidas ao sistema e ali ficavam por tempo indeterminado.

Assim sendo, temos na Audiência de Custódia um instrumento que vem cumprindo o seu papel constitucional de promover o verdadeiro acesso à justiça, indistintamente, a todos os flagranteados, combatendo a violência policial e, bem assim, auxiliando na redução da superlotação do sistema prisional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Atlas da Violência no Brasil. IPEA e FBSP, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.gov.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/atlas-da-violencia-2016>>. Acesso em 04.08.2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10.08.2019.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 15.08.2019.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 10.08.2019.

_____. Código de Processo Criminal de Primeira instância- de 29 de Novembro de 1832. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em 08.08.19.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1924. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 07.08.19.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 10 08. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 03.09.2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Pacto De São José Da Costa Rica. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_decreto/1990_1994/anexo/and678>. Acesso em 10.08.2019.

FADEL, F. U. C. Breve história do direito penal e da evolução da pena. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas Faculdade Cenecista de Campo Largo**. v. 1, n. 1, p.60-69, janeiro/julho: 2012.

LAZARIM, Anita De Souza. **Rotinas do Cárcere: Uma história social da Casa de Detenção da Corte entre 1856 e 1889**. 2017. Dissertação (Mestrado em História Instituição de Ensino: Universidade Federal de São Paulo) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: www.catalogosdeteses.capes.gov.br. Acesso em 07.09.2019.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** (Fonte digital). Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em <<https://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em 02.09.2019.

MINISTERIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PUBLICA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualizado em junho de 2017**. Departamento Penitenciário

Nacional: 2019. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 28.08.2019

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. Revista Atualizada E Ampliada. São Paulo: 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Ercolis Filipe Alves. **Audiência de Custódia: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?** Dissertação (Mestrado em Direito da Fundação Universidade Federal de Sergipe), Sergipe: 2017. Disponível em www.catalogosdeteses.capes.gov.br. Acesso em 06.09.2019

VASQUEZ, Eliane Leal. **Ciência penitenciária no Brasil Império: disciplinar para construir a imagem da nação civilizada'** 25/11/2013 114 f. Tese (Doutorado em História da Ciência da Pontifícia Universidade Católica De São Paulo). São Paulo: 2013. Disponível em www.catalogosdeteses.capes.gov.br. Acesso em 07.09.2019