



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

LUCIANA APARECIDA CÂNDIDO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

JUIZ DE FORA - MG

2017

LUCIANA APARECIDA CÂNDIDO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O CONTROLE DAS PRISÕES CAUTELARES.

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Besnier Villar

JUIZ DE FORA – MG

2017

LUCIANA APARECIDA CÂNDIDO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O CONTROLE DAS PRISÕES CAUTELARES.

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

BANCA EXAMINADORA







Aprovada em 12 / 12 / 2017.

Dedico esse trabalho, primeiramente a Jesus Cristo, que esteve comigo em todos os momentos da minha vida, a minha querida irmã Ana Maria e a minha sobrinha Simone Caroline, que acreditaram em mim quando eu mesma não acreditava e a toda minha família que sempre me apoiou, pois sem este apoio eu não teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jesus Cristo, sempre tão presente em minha vida e me sustentando nos momentos de fraqueza.

Agradeço a minha família, que não mediu esforços para que eu chegasse até este momento. Em especial, agradeço ao meu pai, Gonçalves, por ter me ensinado o que nenhuma faculdade jamais poderia me ensinar, bem como também agradeço a minha irmã Ana Maria e minha sobrinha Simone Caroline, que são minha inspiração de vida e jamais me deixaram desistir dos meus sonhos.

Agradeço a todos os queridos amigos, em especial a Josielle Grégio, Luciana Delgado, Letícia Lemos, Ronnie Peterson e José Carlos, que sempre estiveram presentes em minha vida, e aos colegas de faculdade que dividiram as dores e alegrias de cinco anos de graduação.

Agradeço, por fim, aos mestres professores, por toda a paciência e o esforço para nos transmitir seu conhecimento e em especial ao querido professor Besnier Villar que tanto se dedicou a me auxiliar na minha vida de acadêmica.

A Justiça tem numa das mãos a
balança em que pesa o direito e na
outra a espada, de que se serve
para defendê-lo. A espada sem a
balança é força brutal, a balança
sem a espada é a impotência do
direito.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho trata da Resolução 213/2015 do CNJ, que regulamentou a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa perante autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas após ocorrido a prisão, sua fundamentação, bem como a aplicabilidade pelos Tribunais por todo país.

Foi realizada uma análise se a aplicação da Resolução 213 significa uma evolução na aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Palavras-Chave: Audiência.Custódia.Apresentação.Pessoa. Presa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA OBRIGATORIEDADE.....	10
2.1 Visão Geral.....	10
2.2 A audiência de custódia e seu desenvolvimento.....	12
3 DAS PRISÕES CAUTELARES.....	18
3.1 Da prisão preventiva.....	19
3.2 Da prisão temporária.....	20
3.3 Da prisão em flagrante	20
4 ALTERNATIVAS DO MAGISTRADO NA AUDIENCIA DE CUSTÓDIA.....	23
4.1. Do relaxamento da prisão.....	23
4.2 Da liberdade provisória.....	23
4.3 Da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.....	24
4.4. As inovações do sistema judiciário e o direito que não se aplica.....	28
5 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

A Resolução nº 213/2015 veio regulamentar a ferramenta processual denominada audiência de custódia no processo penal. Esta resolução foi criada em 15 de dezembro de 2015 pelo então presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministro Ricardo Lewandowski. Tendo sua vigência a partir de 01 de fevereiro de 2016.

A Resolução 213 possui fundamentação nos artigos 7º, item 5 e 9º item 3 do Pacto San Jose da Costa Rica, estabelecendo que a pessoa presa deverá ser apresentada de forma mais breve possível a autoridade judicial, para que este faça a análise da necessidade da medida extrema.

Entretanto, tais tratados não traziam qual seria o prazo em que o preso deveria ser apresentado à autoridade competente, o que na maioria das vezes, fazia com que o preso ficasse durante toda a instrução processual na cadeia, somente tendo o primeiro contato com o magistrado durante a audiência de instrução e julgamento.

O Brasil sofre com altos índices de criminalidade, com uma grande população carcerária e ainda com casos de agressões e torturas cometidas por policiais durante a perseguição policial ou também no momento do interrogatório.

Todos estes fatores exigiam das autoridades uma resposta. Que fossem desenvolvidos mecanismos que pudessem de certa forma, diminuir tanto os excessos de prisões como também os casos de torturas.

A ciência jurídica penalista e a Constituição Federal vedam qualquer tipo de tratamento desumano e degradante do preso, e utilizar da violência para atingir determinado resultado causa uma enorme preocupação para as organizações internacionais de direito humanos.

Em resposta a todas estas demandas surge a Resolução 213, trazendo a obrigatoriedade, que a pessoa presa deverá, dentro do prazo máximo de 24 horas, após lavrado o auto de prisão, que também possui o prazo de 24 horas para ser entregue ao magistrado, este faça a análise da possibilidade de aplicar uma medida substitutiva da prisão, ou se está se faz necessária.

Cabendo ainda, verificar possíveis práticas de agressões e torturas praticados contra a pessoa do preso, e sendo constatada tais práticas, tomar as providências cabíveis.

A audiência de custódia possui em sua regulamentação formas de observância obrigatória e genérica, objetivando uma maior aplicação dos princípios constitucionais, bem como garantias previstas em pactos e tratados internacionais de caráter nacional.

2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA OBRIGATORIEDADE

2.1 Visão Geral

A resolução nº213 de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visa garantir aos presos direitos constitucionais já firmados em tratados, como no previsto na Corte Americana de Direitos Humanos, como também é conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica. Esta Resolução regulamentou a Audiência de Custódia ou como também é conhecida, a audiência de apresentação do preso no processo penal brasileiro, tornando-a obrigatória em todos os tribunais nacionais.

A Resolução 213 o CNJ trouxe a obrigatoriedade expressa, conforme esclarece a escritora Luciana Pimenta (2016):

A previsão legal encontra-se desde muito, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Com efeito, o art.7º.,5, do Pacto de San José da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reza: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, a 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. No mesmo sentido, o art.9º.,3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova York.

Isto posto, demonstra-se que na verdade o que a Resolução 213 trouxe, em 2015 tornando tal audiência obrigatória já deveria ter sido implantado pelos Tribunais há muito tempo, não havendo necessidade que surgisse a referida resolução para que fosse observado tal direito.

A Resolução 213 do CNJ, conforme disposto em seu art. 17 e último, entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2016.

O art. 5º da referida Resolução prevê, que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais teriam um prazo de 90 dias para implantação da audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições. Ressalta-se, que este prazo começou a ser contado da entrada em vigor da referida Resolução.

Em sua obra que trata exclusivamente do tema, Mello (2016 p. 144), afirma que “o Brasil se comprometeu a tais tratados e, embora com um atraso de mais de 20 anos, por iniciativa do CNJ, vemos os primeiros passos no sentido da efetivação da garantia de apresentação, o que está sendo feito por meio da audiência de custódia”. Com isso, vê-se, que em passos lentos e com um atraso gigantesco, conforme dito, de mais de 20 anos, o processo

penal começa a ganhar novos elementos na busca de uma justiça de fato efetiva e com uma maior individualização.

Em que pese, não se tratar de nada inédito no processo penal, tanto que em alguns Tribunais pelo país afora, já adotavam tal instituto. O que o CNJ trouxe foi uma uniformização de caráter obrigatório, visando que todos os Tribunais cumprissem o que o Brasil já havia se comprometido a fazer por meio de tratados internacionais.

Esta importante Resolução apresenta a garantia de que a pessoa presa em âmbito nacional seja imediatamente conduzida até uma autoridade competente, com a presença da defesa, e do Ministério Público, para que seja ouvida sobre as condições em que ocorreu a prisão.

Como demonstram Andrade (apud MELLO, 2016, p.145):

Em 2003 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Corregedoria Geral de Justiça, tentou incentivar os juízes a realizarem as apresentações. Porém, esta iniciativa acabou esbarrando em entraves de ordem material, não se tornando realidade no poder judiciário. Além desses casos, o Tribunal de Justiça do Maranhão já havia implantado as audiências de custódia antes do projeto do CNJ.

Ainda sobre o tema, relata o mesmo autor:

O Tribunal de Justiça do Maranhão, foi o pioneiro na implantação da audiência de custódia através do provimento de nº 14 de 24/04/2014 e no Provimento nº 24, de 05/12/2014 tratou sobre o procedimento.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, parceiro do CNJ, editou o provimento conjunto n. 3 de 22/01/2015, tendo sido seguido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) (Resolução n. 13/2015 do Gabinete da Presidência) e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) (Resolução m.796, de 24/06/2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça), e daí seguiu pelos demais Tribunais do país. (ANDRADE; apud MELLO, 2016, 145).

Conforme visto, alguns Tribunais já haviam reconhecido que a audiência de custódia seria uma ferramenta importante para o processo penal.

Vale ressaltar brevemente, sem adentrar nesta celeuma, que a Resolução 213/15 foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.448, sobre a alegação de vício formal. Esta ADI versava sobre a possibilidade do CNJ, que não é órgão do poder legislativo, editar com caráter obrigatório a Resolução nº 213/15. Esta alegação não encontrou nenhum respaldo jurídico, vez que o CNJ por meio da Resolução 213/15 na verdade somente regulamentou algo que já havia previsão.

Não se tratade editar uma nova lei, restringindo-se, somente em regulamentá-la. Contudo, o STF por meio de normas infra legais, reconheceu a constitucionalidade da Resolução como também determinou que fossem expandidas por todo o território nacional. Assim, não há mais o que falar sobre inconstitucionalidade desta resolução.

A Resolução 213/15 traz uma grande proteção ao preso, tanto em relação a legalidade como também sobre a cautelaridade da prisão, como uma forma de prevenção às inúmeras torturas que ainda acontecem.

Infelizmente, casos de torturas são muito comuns em todos os Estados da federação. Estas agressões e torturas acontecem tanto no momento em que ocorre a prisão quanto posterior, muito das vezes na busca da confissão de determinado crime.

Sem sombra de dúvidas, este foi um dos grandes avanços trazidos com a Audiência de Custódia, pois esta apresentação à autoridade competente, logo após a prisão, traz para o acautelado uma maior preservação da sua integridade física e moral, competido ao magistrado desempenhar papel de órgão verificador se todos os direitos e garantias que o preso conserva foram observados. E mediante a constatação de ter ocorrido agressões e quaisquer irregularidades no tocante a prisão, cabe ao magistrado tomar as providências cabíveis.

2.2 A audiência de custódia e seu desenvolvimento

2.2.1 O que é a audiência de custódia

A Resolução nº 213 editada pelo CNJ no ano de 2015, tornou a obrigatória em todo território nacional, que a pessoa presa, deverá ser levada perante autoridade competente judiciária, para que este, a luz das garantias constitucionais, estas previstas em acordos internacionais e pactos em que o Brasil é signatário, possa fazer uma análise de qual medida processual será compatível com a situação apresentada.

A audiência de custódia, não adentrará ao mérito da infração penal. Se restringindo apenas em análises inerente quanto à forma que ocorreu a prisão, como também, se ser cabível outra medida cautelar ou se a prisão naquele momento é o meio mais viável.

2.3 Audiência de custódia e o combate a tortura

Sendo que a audiência de custódia deverá ser realizada, obrigatoriamente em 24 horas, de certo que em casos de agressões cometidas contra a pessoa do preso, o magistrado, ao ficar

perante o preso, terá a chance de observar se contra a pessoa do preso ocorreu agressões. Mais um dos motivos a se respeitar rigorosamente o prazo estabelecido para esta apresentação.

Segundo dados retirados do site do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Estamos apenas atrás dos Estados Unidos, China e Rússia. No ano de 2014, ano de referência da pesquisa, tínhamos uma população carcerária de 622.202 pessoas presas.

Segundo o Relator Especial da ONU citado em relatório ao site Justiça.gov que trata do assunto, audiência de custódia, há uma grande expectativa no tocante as audiências de custódia para o combate a violência no momento da prisão:

Uma das iniciativas de política pública mais importante para lidar com problemas de prisões arbitrárias e tortura é um projeto piloto promissor, lançado em fevereiro de 2015, para assegurar audiências de custódia em cinco estados, incluindo dois dos visitados nesta missão. Seguindo o lançamento do projeto piloto, todos os estados assinaram um acordo com o Conselho Nacional de Justiça sobre as audiências de custódia.

[...]

Audiências de custódia têm o benefício de reduzir o desproporcional número de presos provisórios (40 por cento em média e, em um estado, 78 por cento), e serve para o importante propósito de desencorajar o uso da tortura.

[...]

Apesar disso, ele identificou um grande número de desafios: (a) o processo não está sendo usado para pessoas acusadas de homicídio, tentativa de homicídio ou crimes graves similares; (b) a taxa de réus que reclamam ter sido vítima de tortura não é tão alta quanto antes, o que sugere uma subnotificação das alegações, e a taxa de provas concretas de tortura continua negligenciada; (c) com o atual formato, os presos correm riscos ao esperar um longo período na presença dos policiais que os prenderam ao invés de estar em um local apropriado; e (d) a cobertura geográfica em cada estado não está completa, resultando em disparidades de tratamento entre os detidos que estão em locais similares.

[...]

Especialistas jurídicos disseram ao Relator Especial que os detidos têm denunciado tortura durante entrevistas informais, no decorrer das inspeções, por exemplo, mas têm se recusado a formalizar a denúncia com medo de represálias e devido à percepção de que nada será conseguido denunciando formalmente as torturas – argumentos que também foram ouvidos diretamente pelo Relator dos presos (ONU, 2016, p. 15-16, tradução nossa).

Segundo informações em Relatório descritivo e analítico produzido através do Termo de Parceria nº 817052/2015, firmado entre o Departamento Penitenciário Nacional, a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, somos a quinta maior população do mundo e temos a quarta maior população carcerária.

É válido trazer breves esclarecimentos trazidos pelo Levantamento Internacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN-Dezembro de 2014, retirado do site Conjur, informa:

Mas o ranking das maiores populações carcerárias em termos absolutos não é suficiente para comparar a situação do Brasil com a dos demais países. É preciso estar atento para a diferença fundamental entre as políticas carcerárias dos países. A Índia, por exemplo, tem 1,2 bilhões de habitantes, seis vezes a população do Brasil e, ainda assim, possui 200 mil presos a menos. Para dar uma dimensão mais acurada da questão, o primeiro passo é calcular a taxa de presos por 100 mil habitantes. Levando-se em conta países com uma população de no mínimo 10 milhões de pessoas², o Brasil tem a sexta maior taxa de presos por 100 mil habitantes. Note-se que a taxa mundial de encarceramento é de 144 presos para cada grupo de 100.000 habitantes.

Assim, se tem tamanha importância da Resolução 213/15 no combate a estes índices tão altos.

De acordo ainda, com o mesmo autor:

Neste sentido, vale enaltecer as iniciativas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de implementar o instituto da audiência de custódia e, a um só tempo, agregar precioso instrumento de prevenção à tortura e aprimorar o processo decisório envolvendo a aplicação da prisão provisória, responsável por 40% das pessoas privadas de liberdade no país. A fim de impulsionar a oportuna iniciativa, o Ministério da Justiça, firmou acordos de cooperação com o Conselho e destinou mais de R\$ 50 milhões no último ano para diversos Estados a fim de incrementar as centrais de alternativas penais e centrais de monitoração eletrônica. Tal montante, que se aproxima de todo o investimento historicamente destinado à estruturação das alternativas penais no país, deve impulsionar está relevante política, e assim, encorajar os órgãos do sistema de justiça a ampliarem a aplicação das medidas cautelares e protetivas previstas em lei, bem como concretizar o princípio da excepcionalidade do uso da prisão. Por outro lado, o relatório ora apresentado reforça a percepção de que tão grave quanto o déficit de vagas é o déficit de gestão no sistema prisional. Note-se que diversos incidentes e disfunções são registrados em unidades da Federação com taxas de encarceramento menores do que a taxa nacional e em estabelecimentos com níveis de superlotação menos agudos, o que indica que a fundação de bases para a superação dos problemas prisionais no Brasil depende do estabelecimento de diretrizes e princípios voltadas à macro e micro gestão prisional. Por estas razões, para além de um plano de ampliação das vagas propõe-se a definição de uma política penitenciária nacional articulada em diversos eixos e ações que ataquem o problema do déficit de vaga, mas também foque a necessidade de se consolidar diretrizes adequadas para a gestão prisional.

Com o que foi, há uma grande necessidade de novas políticas públicas para se atingir uma Justiça mais efetiva, uma diminuição da violência durante a prisão e a audiência de custódia representa uma destas políticas públicas.

Segundo Manuel Carlos Montenegro (2000), em artigo publicado no site do CNJ, “em um ano de funcionamento, o programa Audiência de Custódia registrou 2,7 mil denúncias de torturas e maus tratos a pessoas presas em todo o país. ” Segundo este artigo, os presos

relatam que as agressões ocorreram entre o momento da prisão e a apresentação que é realizada na audiência de custódia.

Há uma grande expectativa em torno da audiência de custódia, como um importante instrumento na prevenção e no combate a tortura no país.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública(2016), em seu site oficial ponderou o perfil da população carcerária brasileira:

A população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014. O perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Esses resultados constam do último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), relativo a dezembro de 2014, divulgado nesta terça-feira (26), em Brasília. O estudo traz informações sobre a população carcerária e estabelecimentos prisionais do país, estados e Distrito Federal.

Segundo o estudo, o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, 40% são provisórios, ou seja, não tiveram condenação em primeiro grau de jurisdição.

Sobre a natureza dos crimes pelos quais estavam presos, 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio.

O diretor-geral do Depen, Renato De Vitto, ressaltou que o crescimento da população penitenciária brasileira nos últimos anos não significou redução nos índices de violência. 'Pelo contrário, mesmo com o aumento dos encarceramentos, a sensação de insegurança não diminuiu. Isso significa que é preciso se repensar a prisão como instrumento de política pública para combater a criminalidade', destacou.

De fato, o Brasil não deixou de ser menos violento por ter um número tão expressivo de pessoas presas. Nem tampouco as inovações trazidas pela Lei 12.403/2011, que trouxe as variadas formas de medidas cautelares diferentes da prisão surtiu os efeitos esperados positivos, conforme apresentado por Melo:

A análise da legalidade se manteve superficial e a prisão preventiva prevaleceu como a principal medida cautelar, com a ilusória pretensão de conferir alguma efetividade ao processo penal sendo imposta burocraticamente e sem a observância de sua excepcionalidade. (MELO,2016, p. 161)

O que se espera com a implantação da audiência de custódia é que ocorra um debate entre acusação e defesa, com a participação do preso, na busca de uma medida cautelar

diversa da prisão, com uma individualização maior, objetivando que a prisão preventiva somente seja utilizada quando as demais medidas cautelares se demonstrarem sem eficiência.

Há audiência de custódia vem demonstrando seus efeitos para uma diminuição na população carcerária brasileira. A redução do encarceramento provisório é de extrema importância para uma evolução das políticas de segurança pública. Segundo dados do site oficial do CNJ (2017):

Com base em dados do estado de São Paulo, em 02 anos de implantação da audiência de custódia foram realizadas no período de fevereiro de 2015 a dezembro do ano de 2016, foram realizadas 47.799 audiências, que resultaram em 22.151 concessões de liberdade ou relaxamento (46% do total) e 25.510 conversões em prisão preventiva (54% do total).

Vemos que além da grande expectativa em torno da audiência de custódia temos ainda um grande apoio entre os poderes do executivo e do judiciário, conforme as palavras de Zampier, em publicação ao site do CNJ (2015):

Para o coordenador-geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas do Depen, Victor Martins Pimenta, a resolução do CNJ que regulamenta as audiências de custódia consolidou parceria entre Executivo e Judiciário para qualificação dos serviços de acompanhamento das alternativas penais. 'São formas muito mais eficientes de intervir em conflitos, garantindo a liberdade e evitando todos os malefícios relacionados ao encarceramento em massa, a começar pelas elevadas taxas de reincidência', pontua.

Esta expectativa não envolve somente o Judiciário, mas como também o Executivo e o Legislativo, com a intenção de se obter resultados mais satisfatórios perante um sistema carcerário em colapso.

3 Das Prisões Cautelares

O legislador previu que condutas criminosas poderiam ocorrer, e que estas condutas deveriam ser imediatamente reprimidas pelo Estado, como uma resposta eficaz, que garantisse a ordem pública, conseqüentemente a harmonia da vida em sociedade, uma vez que a sociedade tem na figura do Estado o responsável pela manutenção da convivência pacífica em sociedade.

O Código de Processo Penal de 1941 (CPP), em seu título IX trouxe as possibilidades em se obter uma prisão no curso processual, ou prisão processual, ou como são mais conhecidas, as chamadas prisões cautelares.

São hipóteses específicas, previstas em lei, que mediante determinada conduta, se admite a prisão no curso do processo. Frisa-se, desde que presentes requisitos estabelecidos em lei.

Assim temos que a regra é a liberdade. Se a regra é a liberdade, logo temos que a prisão é exceção, devendo ser invocada somente quando exaurido todas as demais forças de repressão a um fato criminoso, o que a torna de caráter excepcional, conforme a nova roupagem trazida pela Lei 12.403/2011 que prevê as medidas cautelares substitutivas a prisão preventiva, conforme previsão do art.310 do CPP.

A referida Lei tornou a prisão cautelar excepcionalíssima, pois deve esta ser utilizada como um meio de instrumentalidade ao longo da instrução processual e nunca como uma força de pena, conforme pode ser visto pela redação do art. 283 e 319 do CPP, segunda as alterações trazidas pela Lei 12.403/11, veja:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante

desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Diante disto e ainda pelas conclusões do Douto doutrinador, Pacelli(2016, p. 501) “somente se permitirá a prisão antes do transito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independente da instancia em que se encontrar o processo. ” Portanto, tem-se claramente a prisão processual, como uma regra de exceção.

Urge trazer neste momento quais são as espécies prisões cautelares admitidas no processo penal brasileiro, qual sejam a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante.

Mister apresentar uma pequena análise de cada uma das prisões cautelares.

3.1 Da prisão preventiva

Primeiramente trataremos no tocante a prisão preventiva, que se encontra prevista no art. 312 do CPP, que apresenta a seguinte redação:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

De acordo com as palavras de Lima, (2011, p. 226) “de acordo com a nova redação do art.311, caput, do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.”

Com isso temos que a prisão preventiva, conforme as palavras do Renomado Lopes Júnior:

A prisão preventiva objetiva garantir o desenvolvimento processual no tocante à eficácia da aplicação das penas e proteger a ordem econômica e a ordem pública. Esta última é vista como absurda, segundo o entendimento do autor Aury Lopes Jr. (2012, p. 844) , (LOPES JR apud COPETTI, 2017).

3.2 Da prisão temporária

Já no tocante a prisão temporária, ressalta-se o entendimento do Alberto André Barreto Martins (2009), ao site *Âmbito Jurídico*:

Em linhas gerais, a prisão temporária é uma prisão cautelar de natureza processual que restringe a liberdade de locomoção do indiciado por tempo determinado, a fim de possibilitar as investigações acerca de determinados crimes considerados graves. Só pode ser decretada pela autoridade judicial e em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, por um prazo de cinco ou trinta dias, dependendo do crime, prazo esse que pode ser prorrogado uma única vez em caso de comprovada e extrema necessidade.

Possuindo natureza cautelar, a prisão temporária tem como objetivo resguardar o processo de conhecimento ou de execução, pois, se não for decretada, privando o acusado de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for proferida, já não mais será possível a aplicação da lei penal. Dessa forma, o caráter de urgência e necessidade informa a prisão temporária.

Conforme visto, este tipo de prisão visa à garantia de que a instrução processual ocorra sem imprevistos, sempre na tentativa de resguardar o seguimento do feito dentro dos preceitos legais.

3.3 Da prisão em flagrante

A última prisão cautelar que se apresenta, trata-se da possibilidade da prisão em flagrante ou também chamada prisão em flagrante delito, que encontra previsão legal nos artigos 301 ao 310 do CPP, a qual deve-se maior atenção, por estar ligada ao tema do presente trabalho.

A prisão em flagrante, como ensina o Renomado doutrinador Renato Brasileiro de Lima, em sua obra, Nova Prisão Cautelar, trouxe um conceito do que venha a ser a prisão em flagrante:

Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. (LIMA,2011, p. 177).

Neste pensamento, pode-se dizer que a prisão em flagrante é o momento ao qual o indivíduo, ou seja, o agente da conduta criminosa, está praticando o crime, ou pratica atos tido na lei como crime, seria então dizer que o crime está “queimando”. Estando o crime acontecendo em tempo real, surge para o Estado, um poder/dever de repelir de forma imediata eficaz a ação criminosa. Surge então a prisão em flagrante.

Pela redação do artigo 301 do CPP, temos de forma especificada quais condutas são tipificadas como flagrante, que prevê:

Art.302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nas circunstancias acima será caracterizado que o agente estará em estado de flagrância.

Para Lima, (2011, p.177) “essa prisão, *a priori*, basicamente possui três funções processuais, sendo, evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos e por fim, impedir que o delito se consuma. ”

Desta forma, a premissa maior para o acautelamento do agente, é que o preso flagranteado, desde que, não se livre solto, e que o crime não admita a fiança, ou mesmo que sua conduta não ensejasse excludente de ilicitude, deveria permanecer preso durante todo o processo, até obter sua sentença penal. O flagrante, por si só, já era motivo mais que suficiente para a prisão, sem que se analisasse formalmente as alternativas de segurança do processo.

Em 04 de maio de 2011, foi publicada pela então Presidente Dilma Russel a Lei nº 12.403/2011 com *vacatio legis* de 60 dias, que trouxe significativas mudanças em vários artigos do CPP, entre estes os artigos 306 e 310, e demais relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e também alterou a Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977, que também tratava da temática da prisão em flagrante.

A nova redação trazida pela Lei 12.403/11 apresentou que, o estado de flagrância, por si só, não mais justificaria a prisão do agente durante todo o curso do processo.

De acordo com Lima:

Afinal, segundo a nova redação do artigo 310 do CPP, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I- Relaxar a prisão; ou II- Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes no artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III- Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (LIMA, 2011, p. 178)

A entrada em vigência da Lei 12.403/11 apresenta que o simples fato da ocorrência da prisão em flagrante, por si só, não mais justificaria que o agente aguarde toda a instrução processual até o momento da sentença preso.

Pode-se dizer com isso, que após as alterações trazidas Lei 12.403/11 tornou-se obrigatória que a pessoa presa passe por um juízo para verificar as circunstâncias da prisão, frisa-se, observado os requisitos do art. 312, trazendo para o preso um tratamento mais individualizado.

Antes das alterações estabelecidas pela Lei 12.403/11, o simples fato da homologação do auto de prisão em flagrante (APF) já justificava a prisão processual, já era suficiente para que o preso aguardasse todo o percurso da ação penal preso.

A prisão em flagrante tem como procedimento a captura e a condução da pessoa detida até a autoridade policial, que no caso, trata-se do delegado de polícia, posterior a isso, temos a comunicação do preso ao juiz, ao Ministério Público e a família, ou a pessoa por ele indicada, que pelas palavras de Lima, (2011, p. 179) “essa comunicação deve ser mais imediata possível, de preferência antes mesmo do término da lavratura do auto de prisão em flagrante”.

Lavrado o auto de prisão em flagrante, não sendo possível a concessão de fiança, deverá ser entregue a pessoa presa a nota de culpa em um prazo que não ultrapasse 24 horas, da captura. Contudo, deverá ainda ao preso ser concedido o direito de constituir advogado para lhe assistir e promover sua defesa.

Assim temos que a regra é a liberdade, o que torna a prisão processual excepcional.

4 ALTERNATIVAS DO MAGISTRADO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Finda a prisão em flagrante, deverá ser realizada a audiência de custódia, que nas palavras de Melo:

Logo, nessa audiência, a prisão em flagrante encontra o seu crepúsculo, pois o juiz deverá nos termos do art. 310 do CPP: I) relaxar a prisão ilegal; II) decretar a prisão preventiva (ou temporária); ou III) conceder liberdade provisória com ou sem imposição de medidas cautelares diversas. (MELO, 2016, p.168).

Sendo assim, no decorrer da audiência de custódia o julgador, poderá se valer do relaxamento da prisão, conceder a liberdade provisória ou decretar a prisão preventiva do preso.

4.1. Do relaxamento da prisão

Conforme nos esclarece Jardim, sobre o tema, relaxamento da prisão:

O relaxamento da prisão tem lugar quando a mesma for ilegal, isto é, quando se constatar que foram violadas garantias constitucionais ou inobservadas suas formalidades legais, sendo possível seu reconhecimento apenas pela autoridade judiciária (art.5º, LXV, da CF) e independente da imposição de qualquer obrigação ao preso, com a “restauração plena do status *libertatis*. (JARDIM; apud MELO, 2016, p. 190)

Sendo assim, o relaxamento é inerente as garantias que a CF/88 trouxe, e deve ser imediatamente relaxada pelo magistrado, no momento da audiência de custódia.

4.2 Da liberdade provisória

Já no tocante a concessão da liberdade provisória, fica a cargo do magistrado verificar se de fato há necessidade do aprisionamento, ou se poderá aplicar outras medidas diversas da prisão.

Ressalta-se nesta ocasião novamente trazer as ponderações de Lopes Júnior:

A liberdade provisória somente é cabível quando existe uma prisão em flagrante e atua como fator impeditivo da prisão preventiva e, não existindo o flagrante, pode haver relaxamento ou revogação da preventiva, mas não concessão de liberdade provisória. (LOPES JR., apud LIMA, 2016, p. 196-197)

Tem-se que a prisão é exceção, preenchidos os requisitos legais a liberdade provisória é um direito subjetivo do preso.

4.3 Da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Finalmente apresenta a hipótese da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Tem-se que o CPP em seu art. 310 autoriza a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando preenchido os requisitos legais.

Destaca-se os ensinamentos a respeito do assunto feito por Francisco Salannini Neto ao site Conjur(2017):

O artigo 310, do CPP, estabelece as alternativas à disposição do juiz no momento da análise do auto de prisão em flagrante, sendo seu dever, por imperativo constitucional inclusive, relaxar a prisão ilegal (artigo 5º, LXV, CR). Por outro lado, em se tratando de prisão decretada regularmente, o magistrado competente poderá converter a prisão em flagrante em preventiva (se estiverem presentes os requisitos do artigo 312, do CPP e as demais medidas cautelares se revelarem insuficientes ou inadequadas) ou conceder liberdade provisória mediante a imposição de fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão.

Logo, é possível analisar que se tem aqui a regra da exceção, o que segundo Melo:

A regra é a liberdade é a liberdade plena e, caso esteja presente a necessidade acautelatória, as medidas cautelares diversas da prisão devem prevalecer, só se manejando a prisão cautelar como *ultimaratio* do sistema pessoal cautelar do processo penal. (MELO, 2016, p. 196).

Ao passo que lei 12.403/2011 tornou a prisão cautelar como última possibilidade. A audiência de custódia trouxe uma grande ênfase para, que ocorra neste primeiro momento o contraditório, conforme é possível verificar nas palavras de Melo:

A garantia do contraditório, prevista constitucionalmente, foi expressamente imposta para aplicação de medidas cautelares pessoais pelo art. 282 §3º do CPP, modificado pela Lei 12.403/2011. O referido dispositivo prevê que ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (MELO,2016, p. 168-169)

Ocorre que mesmo diante das disposições do CPP e da CF/88, as rotinas dos Tribunais é a inobservância de que trata a lei. A prisão é sempre a medida que se impõe na prática.

A audiência de custódia surge para trazer ao judiciário um contraditório efetivo. Se existem meios para evitar o encarceramento do indivíduo, não é coerente utilizarmos meios mais gravosos e menos efetivos. E só se consegue chegar a este ponto do caminho através do contraditório. Nas palavras de Melo, se tem agora um maior controle da prisão preventiva:

A audiência de custódia materializou a garantia de apresentação do preso ao juiz competente, prevista nos tratados internacionais e, ao mesmo tempo, deu efetividade ao contraditório, no controle, agora processual, da legalidade e cautelaridade da prisão em flagrante, pois haverá a participação dialética e simétrica dos interessados na construção do provimento judicial, que antes era emitido sem a observância dessa fundamental garantia. (MELO, 2016 p. 169-170)

De certo, que sempre que se trata do direito à liberdade, do indivíduo, é necessária uma enorme cautela.

O magistrado não pode julgar sem individualizar. A audiência de custódia é uma forma de garantir o Estado Democrático de Direito, servindo como uma ferramenta da ampla defesa e o contraditório, sempre na busca de uma medida aplicada de forma adequada a cada caso individual.

No que tange ao juízo competente para realizar as audiências de custódias, a Resolução 213 em seu art. 1º seus §§ 1º e 2º deixou a cargo da organização judiciária dos Tribunais Estaduais e Federais criarem mecanismos de como seriam implantados os meios para realizações das audiências. O que se vê na prática é que em dias não úteis os juízes plantonistas realizam a realização de custódia.

O que se espera com o passar do tempo é que os tribunais criem, pelos menos nos grandes centros, um juízo competente somente para a realização da audiência de custódia.

Entretanto, há doutrinadores já se posicionando contrário o está possível criação, pois acreditam que afrontaria a garantia de juiz natural.

Outro ponto que a Resolução 213 resolveu foi nos casos de comarcas de vara única e que não tem juiz plantonista para realizar a audiência. A Resolução 213 trouxe em seu art. 3º que neste caso, o preso deverá ser apresentado ao substituto legal. O mencionado artigo deixa claro que nestes casos, cabe a autoridade policial encaminhar o preso para ser apresentado a outro juiz, respeitando o prazo legal.

O art. 8º da Resolução trouxe como será o modo da realização da audiência de custódia, ou seja, sua procedimentalidade. Trouxe uma serie de indagações que o magistrado deve ater, tudo isso para verificar qual à medida que melhor atende o interesse da sociedade e também da pessoa presa.

Outro ponto que cabe ao magistrado no momento da audiência é saber se já ocorreu o exame de corpo de delito cautelar, e o art.8º da Resolução traz quais serão as situações em que ele deverá acontecer.

Vale neste momento transcrever o supracitado artigo:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 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.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

§ 5º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Nas palavras de Melo:

O Projeto de Lei (PL) 554/2011 prevê no art. 304, § 5º que 'todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito médico oficial, onde houver, ou médico nomeado pela autoridade policial, preferencialmente da rede pública de saúde'. (MELO, 2016, p.186-187)

. Entende-se que a perícia apresenta ainda mais evidente com um caráter protetivo a manutenção da integridade de preso.

Já dissemos que a audiência de custódia se tornou obrigatória em todos os casos em que ocorrer a prisão seja cautelar ou definitiva, conforme está descrita no art.13 da Resolução. O que de certo traz uma indagação para os operadores do direito seria também aplicável em caso de prisão civil?

A resposta é sim. No direito civil brasileiro, temos uma única possibilidade em que venha a ocorrer a prisão civil e está é no caso de inadimplemento da prestação de alimentos. Esta prisão tem um condão, na verdade de obrigar o devedor a pagar a obrigação, ela não tem caráter punitivo, como no caso do processo penal. Ocorre que ainda assim, deverá acontecer a audiência de custódia.

O mesmo se estende a prisão do inimputável e do semi-inimputável, como também ao adolescente menor infrator. Em todos os casos ocorrerá a audiência de custódia.

Outro momento que obrigatoriamente ocorrerá a audiência de custódia é no rito sumaríssimo, também conhecido como rito dos Juizados Especiais, onde após lavrado o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), preenchido uma série de requisitos, o promotor de justiça poderá oferecer ao acusado o benefício da transação penal, onde será aplicado uma das penas de multa ou restritivas de direito do art. 76 da Lei 9.099/98, e assim não há o oferecimento da denúncia em face do acusado.

E para que ocorra esta situação, deverá ser realizada uma audiência de conciliação, o que se pergunta é se esta audiência também serviria como audiência de custódia, ou se está poderia ser transformada em audiência de custódia? Melo, (2011, p.215) entende que sim, primeiro se resolve sobre legalidade de forma isoladamente e a *posteriori* se resolve sobre a transação da pena.

Pois se o delito se trata de rito sumaríssimo, onde se preza pela celeridade e economia processual, não haveria necessidade de adotarem-se duas audiências, sendo que há possibilidades de adotarmos em um único momento dois procedimentos.

4.4. As inovações do sistema judiciário e o direito que não se aplica

Vem sendo discutido a possibilidade da realização da audiência de custódia por meio de vídeo conferência e até mesmo pelo aplicativo de celular *whastApp*.

Embora a Resolução 213 não tratasse do tema, o Projeto de Lei (PL) 554/2011 vem tratando do assunto colocando este mecanismo a disposição do judiciário.

Em notícia publicada no site Migalhas Quente (2016) o juiz de direito Gabriel Consiglierio Lessa, do Juizado Especial Cível e Criminal de Piracanjuba/GO, realizou via *whastApp* a oitiva de um preso acusado por tráfico de drogas.

Necessitando obedecer ao prazo de 24 horas, não havia agentes prisionais suficientes para condução do preso, o magistrado utilizou o aplicativo como meio para oitiva do acusado.

O juiz Lessa esclareceu:

Entendo que o *WhatsApp* é uma das principais ferramentas de comunicação do mundo moderno. Nesse caso, pode-se diminuir custos e evitar problemas de segurança com o deslocamento do preso. Acredito que a iniciativa pode ter um efeito multiplicador.

Sobre o assunto, há divergências de opiniões alguns doutrinadores entendem que um dos principais requisitos da audiência de custódia é a presença do preso, isto trás uma individualização efetiva e uma maior garantia de uma medida cautelar individualizada.

Entretanto, não podemos esquecer que o judiciário possui uma morosidade processual gigantesca e carece de servidores, o que causa uma grande demora na solução dos conflitos, e havendo meios eficazes e econômicos, entende-se que não existe nenhuma violação do direito e garantias constitucionais.

Segundo o site CNJ, desde que foram lançadas a audiência de custódia houve uma economia, no ano de 2015, de cerca de meio bilhão de reais, que seriam gastos no sistema carcerário brasileiro de quase 6 mil presos em flagrantes por crime de menor potencial ofensivo.

Segundo a colunista da Agencia CNJ notícias, Waleiska Fernandes, (2015) “a estimativa é que em um ano, a economia alcance R\$4,3 bilhões”.

Ainda sobre o assunto, a autora completa, “a média de soltura é que 50% dos casos apresentados na audiência de acusados soltos, o que em nada impede o prosseguimento do feito”.

Com isso nota-se a grande contribuição da Resolução no intuito de diminuir a população carcerária brasileira.

O Brasil possui a quarta maior população carcerária e tem 41% dos presos em caráter provisório. Esta Resolução tem uma premissa de manter preso, somente aquele que outras medidas cautelares demonstrarem insuficientes, ou seja, para aquele preso que de fato demonstrar um grande perigo para sociedade.

Tem-se que a Resolução se tornou obrigatória a presença audiência de custódia, sobre pena se ser considerada a prisão ilegal. Entretanto o Projeto de Lei(PL) 554/2011 trouxe que o descumprimento do prazo por si só não enseja a revogação da prisão.

Ou seja, com isso, deixa-se margem para que o prazo seja descumprido. E infelizmente é o que vem acontecendo nos Tribunais Superiores.

Aponta-se o que já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA - MERA IRREGULARIDADE - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE - QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMPROMETIDA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ANÁLISE CONJUNTA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO - ORDEM DENEGADA.
 - O fato de não haver sido realizada a audiência de custódia constitui mera irregularidade, inapta a comprometer a segregação do paciente.
 - Demonstrada a gravidade concreta do delito supostamente praticado pelo paciente, evidenciada pela quantidade de entorpecente apreendida, mostra-se necessária a sua prisão preventiva com o fim de se resguardar a ordem pública, nos moldes do art. 312, do CPP.
 - O fato de o paciente ser primário e com bons antecedentes não tem, a princípio, o condão de garantir eventual direito de responder ao processo em liberdade, devendo as condições pessoais ser analisadas em conjunto com os demais elementos probatórios dos autos. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.083624-1/000, Relator (a): Des. (a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/11/2017, publicação da súmula em 29/11/2017)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM SEGREGAÇÃO PREVENTIVA - REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA - INVIABILIDADE - PRESENTES OS REQUISITOS DOS ARTS. 312 E 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PROVA DE EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIO DE AUTORIA - GRAVIDADE CONCRETA - GARANTIA À ORDEM PÚBLICA - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO

ACAUTELAMENTO - PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DEVIDAMENTE OBSERVADOS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - ORDEM DENEGADA. - É medida que se impõe a manutenção do acautelamento provisório do paciente, eis que presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, constantes do art. 312, do Código de Processo Penal. - Sabe-se que a audiência de custódia, prevista no Pacto de São José da Costa Rica, encontra-se revestida de legalidade e figura como medida salutar para a proteção dos direitos humanos, visando garantir e dar eficiência a direitos referentes à liberdade e integridade física dos presos. Não obstante referida consideração tecida, tenho que não há que se falar em ilegalidade da prisão do paciente em razão da não realização da "audiência de custódia". Isso porque, apesar do caráter supralegal do pacto internacional supracitado, a aplicação de seus dispositivos deve ser observada caso a caso, de modo a não desprezar as normas processuais vigentes no país. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.082486-6/000, Relator (a): Des. (a) Márcia Milanez, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/11/2017, publicação da súmula em 17/11/2017)

Assim fica demonstrando que ainda se necessita e muito da hermenêutica do magistrado, ou seja, cabe ao magistrado a interpretação da lei, que deveria ser individualizada buscando a melhor medida para o caso o caso concreto.

Neste momento, importante ressaltar o que apresenta Beccaria, em sua clássica obra, *Dos Delitos e Das Penais*:

Os juízes não receberam as leis dos nossos antepassados como uma tradição doméstica nem como um testamento que só deixasse à posteridade a tarefa de obedecer, mas receberam-nas da sociedade viva ou do soberano que a representa como legítimo depositário do resultado atual da vontade de todos; não as recebem como obrigações de um antigo juramento, nulo, por ligar vontades inexistentes, iníquo, por reduzir os homens do estado de sociedade ao de rebanho, mas com efeito de um juramento tácito ou expresso que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram ao soberano como vínculos necessários para frear e reger a agitação intestina dos interesses particulares. (BECCARIA, 2005, p. 45-46)

O direito necessita veementemente que o operador esteja afeto a todos os clamores da sociedade. Necessita que o legislador edite normas que trazem uma eficiência e mais, que os operadores do direito tenham a sabedoria para aplicar tais normas, ou nunca haverá um sinônimo entre a palavra direito e a palavra justiça.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo discorrer sobre a Resolução 213/2015, que regulamentou a obrigatoriedade da audiência de custódia no processo penal, dentro do prazo máximo de 24 horas.

Foram abordados a sua implementação e sua fundamentação, que de com base no Pacto de San Jose da Costa Rica, bem como em tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Foram apresentadas as espécies de prisões cautelares adotadas pelo CPP, e as possibilidades conferidas ao magistrado no momento da audiência de custódia, bem como a observância de que ocorrendo a prática de torturas e agressões o magistrado deverá de imediato tomar as decisões cabíveis para apuração dos fatos.

A audiência de custódia trouxe algo inovar ao processo penal, qual seja, o contato entre a pessoa presa e o juiz, logo que ocorrida a prisão. Este contato, possui uma garantia fundamental para a manutenção da integridade física do preso. Infelizmente, desde os primórdios da vida em sociedade, a tortura é uma prática utilizada para obtenção de confissão de determinado delito. E em alguns casos, nem mesmo para obter a confissão, sendo aplicada exclusivamente por razões de cunho pessoal, entre a pessoa que prende ou interroga e a pessoa do preso ou interrogado.

Com isso, a violência se alastra pelo país afora, trazendo para as autoridades competentes um verdadeiro desafio, em criar ferramentas minimizadoras de tais atos.

Somando-se ao dito acima, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do país, sendo que 40% deste percentual são de presos provisórios, ou seja, são presos que ainda não obtiveram a sentença penal condenatória.

A desigualdade social que se vivencia é gigantesca, e seu reflexo está no sistema carcerário. Aquele que possui poder aquisitivo de arcar com as custas de um advogado, consegue alcançar a lei, entretanto aqueles que não detêm de condições econômicas suficientes para tanto são esquecidos anos e anos no caos do sistema carcerário.

A audiência de custódia, certamente ainda terá na sua versão várias fases, mas não se pode negar que trouxe somente benefícios para o sistema judiciário, se de fato for realizada conforme apresenta seu projeto.

Através da Resolução 213/15 o preso tem seus direitos constitucionais garantido, como de estar no momento da audiência assistido por advogado ou defensor, como também em relatar ao magistrado as condições em que ocorreu a prisão. E cabe ao magistrado, o papel mais importante, individualizar a medida aplicada.

Ao magistrado, novamente, restou o papel mais árduo, o de analisar as possibilidades de concessão de medida diversa da prisão, desde a verificação de uma possível prática de tortura, e tomar as providencias devidas, para que alcance em um futuro próximo um verdadeiro estado democrático de direito onde todos respeitam e todos são respeitados.

Não se pode admitir um direito que alcance somente a uma determinada classe social, aquela que possui maiores e melhores condições financeiras. O direito deve ser único, homogêneo e abrangência universal sem nenhum tipo de distinção.

O direito só vai inovar quando o operador do direito inovar, não se pode ficar na pendência somente dos operadores do direito, todo cidadão devem buscar, todos os dias a satisfação do direito e sobre tudo, a busca sempre pelo justo.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martins Fontes. 2005

COPETTI, Maria Eduarda. Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência. 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10217/Prisao-preventiva-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em 30 out. 2017

JUSTIÇA, Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em 6 nov.2017

LIMA, Renato Brasileiro, **Nova Prisão Cautelar-** Doutrina Jurisprudência e Prática, Niterói/RJ: Impetrus, 2011.

MARTINS, Alberto André Barreto, Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866>. Acesso em 6 nov. 2017

MELO, Raphael, **Audiência de Custódia No Processo Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MONTENEGRO, Manoel Carlos. Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente.2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>. Acesso em: 3 mar. 2017

NETO, Francisco Sannini Neto, Juiz não age de ofício ao converter prisão em flagrante em preventiva. 2017. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/sannini-neto-juiz-nao-age-oficio-converter-prisao-flagrante-preventiva>>. Acesso em 6 de nov.2017

PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2016
PLANALTO: Decreto Lei 3.689/1941, 03 outubro de 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 6
nov. 2017

PIMENTA, Luciana. O que é e como funciona.2016. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

TJ-SP. Audiência de custódia completa dois anos em SP. 2017. Disponível em:<
(<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84425-audiencia-de-custodia-completa-dois-anos-em-sp>) >. Acesso em 30 out. 2017

VADE Mecum: **Saraiva Compacto**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva 2016.

ZAMPIER, Débora, Regulamentação das audiências de custódia tem repercussão positiva.
2015.Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81248-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia-tem-repercussao-positiva>>. Acesso em 3 mar. 2017