

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A APRESENTAÇÃO IMEDIATA DO PRESO AO JUIZ COMO PROCESSO DE EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Leandro Rodrigues Doroteu, Catiane da Silva Ribeiro

Resumo: Este estudo tem como objetivo analisar a audiência de custódia frente ao sistema de processo penal brasileiro. Em fevereiro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo lançou o projeto “Audiência de Custódia” que rapidamente foi implantado em todos os estados da federação. Apesar das críticas tecidas pela mídia e pelos seguimentos das carreiras policiais procuramos compreender a partir da pesquisa bibliográfica a humanização que é possível alcançar diante de tal prática. Esse estudo destacou no cenário do Direito Penal a prisão, seus objetivos com foco na audiência de custódia. Também as características do novo instituto, a necessidade perene de efetivar na prática essa nova ação legal em prol dos direitos humanos do preso e da efetividade do processo penal brasileiro. Concluindo-se ainda que o contato direto do preso com o juiz representa instrumento importante de avanço para a legalidade, necessidade e adequação da medida constritiva, evitando eventuais maus-tratos impostos ao suposto autor do crime devendo isso ajudar de maneira considerável para a redução do número de prisões cautelares consideradas abusivas e desnecessárias no Brasil.

Palavras-Chaves: Prisão; Custódia; Audiência; Direitos humanos; Processo penal.

Abstract: *This study aimed to analyze the audience of custody against the Brazilian penal process system. In February 2015 the National Council of Justice together with the Ministry of Justice and the State Court of São Paulo launched the project "Custody Hearing" that was quickly deployed in all states of the federation. Despite criticism by the media and the follow-ups of police careers trying to understand from with a literature humanization that can be achieved before the practice. Search was concluded that this study highlighted in the scenario of criminal law and prison and goals the focus of the custody hearing. Also the features of the new institute as well as its characteristics and the perennial need to carry out in practice this new legal action in favor of human rights of prisoners and the effectiveness of the Brazilian criminal proceedings. It is also concluded that direct contact of the prisoner with the judge represents an important instrument for advancing to the legality, necessity and appropriateness of the restrictive measure, avoiding mistreatment taxes possible the alleged perpetrator should it helps considerably to reduce number of precautionary arrests regarded as unfair and unnecessary in Brazil.*

Keywords: Arrest; Custody; Hearing; Human rights; Criminal proceedings.

Introdução

A audiência de custódia ganhou notoriedade na sociedade brasileira. Rapidamente espalhou-se na sociedade que se trata de mais um mecanismo de impunidade. Houve casos de criminosos que foram postos em liberdade pela audiência de custódia e no mesmo dia foram presos em flagrante novamente. Para compreender o instituto deve-se analisar muito além do fato de o preso em flagrante responder o processo em liberdade, trata-se de uma medida incrementadora de um sistema de persecução penal.

O ordenamento jurídico brasileiro já prevê a obrigatoriedade de toda prisão em flagrante ser comunicada à autoridade judicial no prazo de vinte e quatro horas. Diante da análise pela autoridade judicial poderia haver o relaxamento da prisão, e mais recentemente a prisão só persiste nos casos em que a lei estipular a necessidade de prisão preventiva. Mas até a implantação das audiências de custódia a autoridade judicial deveria embasar a sua decisão apenas com as informações constantes nos documentos que chegavam até ele.

Este tema e estudo têm sua justificativa na necessidade e carência de maiores explicações no contexto onde a audiência de custódia está inserida e da compreensão social do instituto. Em relação à contribuição do estudo espera-se que este ajude a ampliar a discussão do tema, tanto no sentido de disseminação do conhecimento para aqueles que tiverem a oportunidade de acessar este trabalho, quanto em função do próprio engrandecimento acadêmico e pessoal, resultado da pesquisa científica realizada.

Este estudo define-se pelo método de abordagem dedutiva, pois se procura debater um tema conflitante, sem encerrar o assunto, e sim instigando a busca de alternativas para responder as questões divergentes. A pesquisa se limitará à busca bibliográfica mais recente, priorizando textos que tratem do tema de forma dinâmica e flexível.

O estudo pretende angariar o maior tipo de informações que permitam o caminhar pelo tema, possibilitando o incremento do debate já existente, a criação de novos pontos de discussão e com a expectativa de auxiliar na minimização de arestas ou respondendo questões.

Serão levantados os materiais necessários, compondo um conjunto de informações a serem selecionadas e classificadas de acordo com os subtemas que já estão pré-definidos e direcionam o estudo. Qual a evolução civilizatória que a audiência de custódia visa trazer ao processo penal brasileiro?

O Estado e o direito de punir

A palavra Estado é amplamente utilizada em variados sentidos, desta forma, torna-se difícil a definição ou obter um conceito. Muitas vezes, o vocábulo é utilizado para indicar a sociedade, outras vezes para definir algum elemento de uma nação ou até mesmo a própria (KELSEN, 2000).

Considerando a partir de um prisma unicamente jurídico, pode-se concluir que o Estado é uma pessoa jurídica, ou seja, uma ficção jurídica titular de direitos e obrigações, similar às corporações. A diferenciação da corporação de Estado para outras corporações encontra-se na ordem normativa que constitui aquela (KELSEN, 2000).

A origem de Estado é explicada pela teoria geral do estado, na qual pode ser considerada a parte geral do Direito Constitucional. É uma teoria de tríplice aspecto, não devendo ser levado em consideração somente seu aspecto política, que acaba tendo maior destaque, mas também seu aspecto sociológico e jurídico (MALUF, 1995).

A origem do Estado e do Direito encontram-se desde o princípio, como nenhum ser humano vive isolado, tem-se a convivência em sociedade e sendo esta convivência necessária é também necessário algum tipo de controle social através de normas que consequentemente acionam as sanções (FRANCO, 2007).

Ainda acerca da origem do Estado: “O Estado é uma comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade (...) (KELSEN, 2000, p. 262).

Para Kelsen, o direito surge das ordens jurídicas nacionais relacionadas entre si por uma ordem internacional, não existe nenhum direito absoluto, mas sim, vários sistemas nacionais de ordem jurídica, como o direito romano, o direito inglês, o direito francês, dentre outros. Entretanto, não basta explicar a diferença desses variados sistemas jurídicos, mas sim delimitar a natureza específica dos sistemas existentes que são manifestações empíricas do Direito Positivo, além da relação que existe entre eles, eis a situação problema que o Estado apresenta como fenômeno jurídico e que a Teoria do Estado tenta desvendar (KELSEN, 2000).

Considerando a criação do Estado como um fator sociológico, tem-se diferentes teorias a respeito da gênese do mesmo, dentre as quais destaca-se: teoria jusnaturalista, teoria contratualista, teoria teológica, o marxismo, o darwinismo social e as teorias sociológicas da antecedência do direito sobre o Estado (MACHADO NETO, 1979).

Para a teoria jusnaturalista a origem do Estado e do Direito está intimamente ligada a origem do homem. A teoria marxista traz a ideia das transformações econômicas que ocorreram com o passar dos tempos, dando origem as divisões de classes sociais. Já as teorias contratualistas afirmam que a origem do Estado e do Direito estão no contrato social (MACHADO NETO, 1979).

As teorias sociológicas trazem as causas do surgimento do Direito e do Estado em três vertentes: causas condicionais, causas eficientes e causas teleológicas, ou seja, sentimentos como o ódio, a vingança e as atividades de reações coletivas foram as grandes precursoras da organização do Estado e da criação do Direito (MACHADO NETO, 1979).

Para Franco (2007) como nem sempre os controles informais, como escola, política, religião e família são suficientes para que haja o total controle das relações sociais de maiores complexidades é que se tem uma forma mais enérgica de controle. O fracasso do controle social informal recomenda o funcionamento de um controle social institucionalizado no qual devem estar previamente definidos os comportamentos provocadores de reação (norma), o conteúdo dessa reação (sanção) e a forma pela qual se verifica a infração desses comportamentos e se determina a sanção (processo).

O Direito Penal, uma das formas de controle social formal, é a área da ciência jurídica qual se preocupa em definir crimes e por conseguinte punir quem os cometa, na tentativa de através de sanções evitar que novos delitos aconteçam. Essas definições são feitas através de ações ou omissões previstas em lei com a aplicação de medidas cabíveis caso a caso (SANTOS, 2007).

Segundo Santos (2007), pode-se identificar que há dois tipos de funções do direito penal, assim classificadas: funções declaradas e funções reais. O direito penal possui objetivos declarados ou manifestos, destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e objetivos reais ou latentes, identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondentes às dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas (SANTOS, 2007).

O direito estatal de punir opõe-se ao direito de liberdade do agente infrator das normas de convivência social. Apenas com o Estado de Direito é que se tornou relevante o estudo das limitações impostas ao poder punitivo. A audiência de custódia, ante o interesse da vítima e em muitos casos o interesse social pode ser entendida como uma limitação à atuação estatal.

Processo penal e direitos humanos

As regras do processo penal no Brasil estão previstas na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal (Lei n. 3.689/41) e na legislação especial. Como ramo do direito, o processo penal é considerado uma ciência autônoma, pois seus objetos e princípios são próprios. Assim se depreende: “Processo Penal é o conjunto de normas jurídicas que controlam os encarregados de punir e de atos processuais pelos quais a relação processual se desenvolve criando ônus, direitos e deveres para seus sujeitos” (LOPES JUNIOR, 2007, p. 11).

O órgão responsável pela condução do Processo Penal é o Poder Judiciário, o qual a Constituição atribui o poder para que a lei seja aplicada ao caso concreto. O Processo Penal, por tratar de direitos e garantias individuais, deve ser lido e interpretado de acordo com a Constituição Federal (LOPES JUNIOR, 2007).

Um dos objetivos do processo penal é solucionar os conflitos entre o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do indivíduo que infringiu alguma regra imposta à sociedade. Procura demonstrar como se provoca a atividade do juiz para que este julgue se o acusado cometeu ou não o crime que está sendo discutido.

É pelo Processo Penal que se aplica a *sanctio júris*, porquanto toda pena é imposta “processualmente” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 15). Para se chegar à pena devem-se seguir os procedimentos previstos dentro do Código de Processo Penal respeitando sempre as garantias previstas na Constituição.

O objetivo principal da tutela no processo penal é a liberdade do indivíduo e respeito à sua dignidade. No que se refere à liberdade, Lopes Junior (2007, p. 09) considera:

A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Um dos princípios que predominam no processo penal é a proteção dos inocentes, o qual visa proteger também aqueles que a ele são submetidos. Deixam de ser considerados inocentes somente depois de se ter uma sentença penal condenatória transitada em julgado, dever previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal (LOPES JUNIOR, 2007).

Atualmente, pode-se observar o elevado número de presos no Brasil, sendo muitos deles, presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não tiveram uma sentença final. A liberdade deveria ser a regra, para que somente os acusados condenados fossem encarcerados.

Todavia esta não é a realidade, a prisão cautelar vem perdendo seu objetivo, ou seja, a provisoriedade, e assim acaba se tornando uma antecipação da pena (GOMES, 2011). Lopes Junior (2011, p.173) ensina: [...] hoje, deve-se partir da premissa de que “provisória” deve ser a prisão cautelar. A liberdade é a regra, não necessitando ser

legitimada e tampouco deve-se admitir, tão passivamente, o emprego do adjetivo “provisória” quando do que se trata é de um valor dessa dimensão.

Segundo Fernandes (1999, p. 284) a prisão cautelar justifica-se para assegurar um resultado satisfatório ao processo, tendo em vista que a sentença objetiva impedir que o réu continue cometendo delitos. Dessa forma, a prisão em caráter cautelar irá evitar esse tipo de conduta. Ademais, a prisão para a instrução criminal serve para dar garantia à prova, como por exemplo, ameaça a testemunhas ou perigo que desapareça algum elemento importante para o processo.

Uma pessoa que está sendo processada pode ser presa no caso dela descumprir alguma ordem do juiz ou dificultar o regular andamento do processo. Se o Estado, com o objetivo de assegurar a segurança da população entende que a prisão será o melhor meio, deverá justificar concretamente este ato.

No que concerne a decretação da prisão cautelar, toda decisão que decretar a referida medida deve ser devidamente fundamentada, caso contrário, deverá ser relaxada imediatamente, conforme previsto no art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; No tocante a liberdade no processo penal, a liberdade provisória é concedida ao acusado preso em decorrência de prisão cautelar em caso dele não mais precisar ficar encarcerado. “A liberdade provisória é a liberdade do cárcere quando o imputado se encontra preso” (SZNICK, 1994, p.210).

A privação da liberdade de um indivíduo deve ser sempre a exceção, motivo pelo qual, quando a mesma for cerceada, se necessita de ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, tendo por base razões de natureza cautelar. Diz-se com base nessas razões pelo fato da prisão restringir direito, aliás, direito fundamental (OLIVEIRA, 2009).

Penas no Processo Penal

O Direito Penal não é apenas um instrumento de repressão dos indivíduos que vivem em sociedade civil, mas também um instrumento de prevenção, o qual trabalha para que seja evitada a delinquência e a proliferação de crimes. É através da aplicação de penas e sanções que o Estado efetua esta prevenção (CONDE, 2005).

É muito difícil precisar a origem da pena, uma vez que, conforme o estudo de Carrara, não há povo ou tempo em que a pena não estivesse presente, Variaram os modos, os limites, as formas e as condições daquele fato; mas este, em si, jamais cessou, jamais desapareceu, nem mesmo por brevíssimo lapso, da face da Terra.

Não houve população, conquanto inculta, não houve intervalo transitório de tempo, embora livre de qualquer freio moral, em que a humanidade não se mostrasse instruída por esse pensamento da irrogação de um mal contra o indivíduo que espezinhara os direitos de seu semelhante (CARRARA, 2002).

De acordo com Gimbernat Ordeig (apud BITENCOURT, 2004), a pena é o meio necessário qual o Estado dispõe para que os indivíduos consigam viver em sociedade, já que a mesma mantém a ordem e a paz social. Nos primórdios, a partir do estudo da vida em clãs, tem-

se o surgimento da vingança privada, como meio de punir o infrator pelo mal cometido ao grupo.

Tal conceito passou a ser então um ciclo vicioso de violência que caminhava para a extinção dos grupos (NUCCI, 2007). A partir do momento em que a organização não era mais efetuada pelo fator sanguíneo, mas sim pelo vínculo totêmico, ou seja, a organização era feita conforme as crenças e o misticismo de determinadas pessoas, passou a vigorar a vingança pública (NUCCI, 2007).

Nesta época tem-se a vigência do Código de Talião, o que fez nascer uma forma mais segura de repressão, mesmo ainda sendo as penas e sanções cruéis e brutais. Parte-se do pressuposto de que havia mais equilíbrio entre o crime e a pena imposta, já que o indivíduo era punido de acordo com o mal cometido. Ressalta-se que foi um avanço no Direito Penal a adoção do Código de Talião (NUCCI, 2007).

No direito romano, vigorava o *paeter familias*, cultura em que o pai de família detinha além de todo o poder sobre seu povo, a capacidade jurídica, sendo assim, aplicava-se penas como bem entendiam aos que cometessem algum ato danoso. Dava-se importância ao caráter sagrado da pena, afirmando a vingança pública dita anteriormente. No período republicano, a pena perde sua característica expiatória, com a ruptura do Estado e do Culto, prevalecendo a composição e o Código de Talião (NUCCI, 2007).

A partir do Iluminismo, tem-se uma nova fase no Direito Penal, em que a preocupação maior não é mais com o simples castigo ao delinquente, mas com a humanização da pena. Autores, tais quais, Montesquieu, Beccaria, Bentham e Voltaire defendiam a característica regenerativa que a pena deveria possuir, ganhando assim um caráter de utilidade (NUCCI, 2007). Nesta época surgem as escolas de Direito Penal e suas teorias das quais se destacam a Escola Clássica e a Escola Positiva (NUCCI, 2007).

A primeira que teve sua maior representação, por Carrara, defendia a proporção entre os crimes cometidos e as penas impostas, sendo totalmente contra as penas cruéis e a pena de morte (NUCCI, 2007).

Considerava o delito como consequência do livre arbítrio do ser humano, passando assim a considerar a responsabilidade penal fundamentada na responsabilidade moral, justamente pela ênfase ao livre arbítrio. O crime para a Escola Clássica deve ser considerado um fato jurídico e não simples ato do homem (NUCCI, 2007). A pena tem função retributiva, sendo uma forma de correção do mal causado. Quando o indivíduo infringe uma norma tem contra si o mal causado, tendo em vista sua responsabilidade moral pela ação (FALCONI, 2002). Passada a época de ênfase do Iluminismo, nasce a Escola Positiva que teve seu marco principal com Lombroso. Para essa escola o criminoso já nasce delinquente e possui características próprias originárias de suas anomalias físico-psíquicas, ou seja, é criminoso nato (NUCCI, 2007).

Não há dúvida que a Escola Positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, principio que rege o Direito Penal até hoje, levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinquente para o estabelecimento da justa sanção (NUCCI, 2007).

Para a Escola Positiva, não basta mais o escopo da punição da pena, mas sim, se deve buscar a recuperação deste delinquente devolvendo-o ao convívio social. A pena deverá ser utilitária, devendo servir também como prevenção de novos delitos, assim deve-se visualizar o criminoso e a partir de então tratá-lo para que sirva de modelo à sociedade (FALCONI, 2002).

Com o Iluminismo, surgem também as teorias da pena, são elas: teoria absoluta (da retribuição) e a teoria relativa (da prevenção). Esta defendia que a pena possuía o caráter preventivo do delito, devendo ter um fim utilitário a toda a sociedade. Aquela, defendida por Carrara, Kant e Hegel, defende que a pena possui o caráter retributivo ao criminoso, devolvendo o mal feito através do castigo (NUCCI, 2007).

Neste contexto, afirma Bittencourt ser mais fácil analisar a teoria da pena juntamente com o modelo de Estado que a fez nascer, ou seja, as teorias retributivas eram utilizadas em um momento em que se exercia o direito divino onde a política e a teologia confundiam-se entre si (BITENCOURT, 2007)

Qualquer que seja a teoria adotada no que se refere a imposição de penas, terá sempre o apoio de alguns e a crítica de outros, é nítido que a pena privativa de liberdade, qual seja o fato de trancar um indivíduo dentro de uma penitenciária em nada tem de ressocializador, muito pelo contrário, somente faz com que o agente tenha ainda mais contato com o valores criminais (NUCCI, 2007).

O Estado absolutista possuía características bem destacadas, tais quais a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a Religião, conclui-se então que a pena servia para expiar o mal cometido, o pecado realizado, era através da aplicação da mesma que se retribuía o castigo ao delincente (BITENCOURT, 2007).

Conforme Bitencourt (2007), a teoria relativa, tem notória diferença com a teoria retributiva, pois se ocupa da finalidade da pena e tem objetivos de alcances maiores, uma vez que não pretende só castigar o delincente, mas evitar que este volte a delinquir.

Atenta-se para a necessidade de sobrevivência do grupo social. “Para ambas as teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função (...) de inibir (...) a prática de novos fatos delitivos” (BITENCOURT, 2007, p. 121).

A teoria preventiva, conforme elucida Nucci (2007), divide-se em limitadora e fundamentadora, reafirmando que a pena não tem a intenção de intimidar o delincente, mas sim reafirmar a consciência moral da norma.

A ramificação limitadora sustenta a ideia de que a pena tem o objetivo de mostrar ao cidadão que este não agiu corretamente, servindo de orientação para a sociedade, defende a função educativa da pena (NUCCI, 2007).

Há que se falar ainda na teoria de prevenção especial, que por sua vez, divide-se em negativa e positiva. A teoria positiva tem por meta assegurar que o criminoso não mais coloque em risco a sociedade em que vive a partir do momento que é preso. E a teoria negativa tem o objetivo de reeducação do apenado, feita através de valores que convençam o agente a não mais delinquir (NUCCI, 2007).

Audiência de custódia

O artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos revela que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Outra previsão normativa se instala no artigo 9.3 do chamado Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que assim assegura: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em

virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...).”

No tocante a previsão normativa brasileira cita-se que o Brasil aderiu à Convenção Americana no ano de 1992, de forma a promulga-la com o decreto 678/1992 depois da sua aderência ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos através do decreto 592.

A audiência de custódia se baseia no direito do preso ser conduzido, com brevidade à presença do juiz de forma que evitem maus tratos gerando discriminação sobre a real necessidade da prisão.

Assim essa audiência apresenta entre suas vantagens a proteção dos direitos do preso, a promoção da agilidade da lei, e a segurança jurídica de todas as pessoas. A implementação da audiência de custódia no Brasil, é um ajustamento do processo penal brasileiro ao que determina os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Com a audiência de custódia é possível gerar a redução do encarceramento pois através de um encontro do preso com o juiz o mais rapidamente, resolve-se o destino final do preso, sem delongas. A custódia é uma forma idônea para evitar a prisão arbitrária, sendo considerada essencial para o cumprimento dos direitos humanos.

Conforme Paiva; Lopes (2015, p. 01):

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos[12] . Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Assim entende-se que a audiência de custódia implementada no Brasil, poderá ajudar a agilidade judiciária.

Dentro dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos versando sobre a audiência de custódia, tem-se critérios que expõem as características da audiência de custódia: máxima efetividade e aplicabilidade direta conforme citação abaixo:

O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão. A máxima efetividade dos direitos humanos conduz à aplicabilidade integral desses direitos, uma vez todos seus comandos são vinculantes.

Também implica a aplicabilidade direta, pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados podem incidir diretamente nos casos concretos. Finalmente, a máxima efetividade conduz à aplicabilidade imediata, que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem qualquer lapso temporal. Já o critério da interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo.

Grosso modo, a interpretação *pro homine* implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo. (...) Na mesma linha do critério *pro homine*, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado:

o benefício ao indivíduo. Assim, seria novamente cumprindo o ideal *pro homine* das normas de direitos humanos.” (RAMOS, 2015, p. 106)

No Brasil, através do Código de Processo Penal, em seu artigo 306, *caput* e parágrafo único prevê-se que o juiz deve receber de imediato a comunicação de uma prisão sendo a ele remetido em 24 horas, mas a dúvida é se isso satisfaz o foco central da audiência de custódia, sendo que nota-se uma escassez a nível nacional de efetividades legais e praticas para o cumprimento de tal norma e direito.

É essencial que as normas alusivas a audiência de custódia sejam colocadas em prática no Brasil saindo do papel. Conforme Giacomolli (2014, p. 364):

Urge o cumprimento do determinado no art. 7.5 da CADH (...). Não é o que ocorre na *law in action*. Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável. Com isso se descumpra a CADH e a CF, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, como regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Nas situações em flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido.

O mesmo autor complementa ainda, afirmando que o auto de prisão em flagrante deverá ser remetido imediatamente à autoridade judiciária. O sujeito detido também deveria, nos termos da Convenção Americana dos Direitos do Homem, ser conduzido, imediatamente, ao magistrado, resolvendo o problema do recolhimento ao cárcere por flagrantes ilegais ou nas hipóteses onde não há exigência de cautelaridade máxima (prisão preventiva). Todavia, na práxis forense, o flagrado é levado ao cárcere e será ouvido por um juiz, como regra, no final do procedimento, às vésperas de uma sentença pena.

Outro autor que se expressa com maestria no tocante a necessidade de eficácia da audiência de custódia no Brasil na prática, é Badaró (2015, p. 14) que revela que

A situação de controle de uma prisão já se dá na forma de contraditório diferido, o que diminui a possibilidade de uma efetiva confrontação de argumentos, ainda mais se uma das partes está presa e não tem a chance de procurar documentos ou obter outros meios de prova que demonstrem a ilegalidade ou desnecessidade da prisão.

Assim, a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz, que deverá ouvi-lo, de viva voz, implementa um importante mecanismo dialético de controle da legalidade e justiça da prisão cautelar. [...] No caso de prisão em flagrante, essa situação é ainda mais importante, porque a medida não é fruto de uma prévia decisão judicial, na qual um sujeito independente e imparcial decide sobre a presença ou não do pressuposto e dos requisitos da prisão.

A audiência de custódia é apenas um dos fatores de um complexo sistema de persecução penal. A sensação de impunidade e de insegurança está sendo aferida em algumas pesquisas em curso nesse momento. Mas pensar na audiência de custódia como uma alavanca da sensação de impunidade e conseqüentemente aumento de criminalidade é uma visão por demais simplista. A sensação de segurança e o índice de redução da criminalidade necessitam de mais medidas sociais e menos medidas penais.

No Brasil prevalece a cultura do encarceramento como uma medida ressocializadora e preventiva da criminalidade. A falência do sistema prisional não deve ser justificativa para

o afastamento de direitos e garantias os quais o Brasil já assumiu o compromisso, na comunidade internacional, de garantir tais direitos.

Conclusão

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão criado com a Emenda Constitucional 45/2005, já assegurou diversos avanços no direito e na justiça brasileira. A audiência de custódia é mais um legado que não pode ser relegado. Fator que merece destaque também foi o engajamento do poder judiciários de todas as unidades da federação que a partir da iniciativa do CNJ implantaram a rapidamente a audiência de custódia em seus estados.

A sociedade, bem como os veículos de comunicação, certamente não conseguem enxergar o avanço que é a implantação de audiência de custódia em um país como o Brasil. A dimensão continental, a falta de aparelhamento do Estado e um retrospectos de violência policial e abusos faz com que a audiência de custódia represente um verdadeiro avanço no processo civilizatório.

Esse estudo destacou no cenário do Direito Penal, sua origem e evolução, e da prisão com seus objetivos o foco da audiência de custódia, assim como suas características e a necessidade perene de efetivar na prática essa nova ação legal em prol dos direitos humanos do preso e da efetividade do processo penal brasileiros.

A partir da implantação da audiência de custódia, é essencial o Brasil acatar o dever jurídico de exercer os comandos devidamente previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, e também no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, aos quais voluntariamente aderiu.

Destaca-se ainda que nenhuma norma legal interna, nem lacuna legislativa doméstica eventual, devem ser devidamente interpretadas de forma a obstar uma aplicação imediata do direito fundamental do preso de ser conduzido, imediatamente, sem entraves, à presença do juiz em prol da agilidade do processo legal brasileiro.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer apresentado a partir de consulta do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e da Defensoria Pública da União (DPU)**, para ser utilizado na Ação Civil Pública registrada sob o nº 8837-91.2014.4.01.3200, em trâmite perante a 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas, p. 8, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. volume II. tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. – São Paulo: Edição Saraiva, 2002.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 58
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995

MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PAIVA, C.; LOPES, A. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209 . Acesso em setembro de 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 1, 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29.ed, São Paulo: Saraiva, 2009.