

FACULDADE DE SABARÁ
OSVALDO DA SILVA TAVARES

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sabará

2017

OSVALDO DA SILVA TAVARES

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Disciplina de Monografia II
da Faculdade de Sabará como requisito
parcial à obtenção de título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Claudia Leite
Leonel

Sabará

2017

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	- Artigo
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CP	- Código Penal
CPP	- Código de Processo Penal
CRF/88	- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
inc.	- inciso
p.	- página
v.	- volume
nº	- número

RESUMO

A presente pesquisa busca apresentar a Audiência de Custódia sobre o prisma constitucional, apontando os elementos do Estado Democrático de Direito e os princípios do Direito Penal observando os requisitos processuais essenciais durante a persecução penal, posto isto a apresentação dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito se torna necessário, sendo: contraditório, ampla defesa, assim como devido processo legal. Considerando a relevância do tema, esta pesquisa apresenta argumentos fundamentais para sua análise, como o disposto pelos Direitos Humanos, tornando a custódia uma medida primordial, a ser observada pelo Poder Judiciário, assim como uma avaliação pelo magistrado das condições da prisão e a aplicação das medidas preventivas, caso seja cabível no caso concreto e até a manutenção da prisão preventiva, observando o tipo penal e a fundamentação da autoridade policial pela sua manutenção. A restrição da liberdade é a medida mais gravosa imposta ao cidadão, visto que sem a mesma todos os atos necessários para o exercício de sua defesa deverá ser interposta por outrem, logo a avaliação da custódia objetiva evitar um encarceramento prematuro e fomenta no judiciário a busca por mecanismos mais efetivos de julgamento e ressocialização.

Palavras Chaves: Audiência de Custódia, Devido Processo Legal
Contraditório, Ampla Defesa

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	10
2.2 DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS.....	10
2.2 ANÁLISE DO PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA	12
3 HISTÓRIA DOS DIREITO HUNANOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO MUNDO	14
4 O ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	15
5 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	16
6 PRECEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL.....	18
6.1 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL.....	19
6.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO DIREITO PENAL	20
6.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL	21
6.4 PRECEITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	23
7 PENA DE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE.....	25
7.1 DA PRISÃO PREVENTIVA	27
7.2 PRISÃO TEMPORÁRIA	29
8 ORIGEM DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO PRESO OU AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	30
8.1 FUNDAMENTOS E NORMATIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	31
8.2 CORRENTES CONTRÁRIAS A IMPLANTAÇÃO DA “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”	37
8.3 CORRENTES FAVORÁVEIS A “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”	38
9 ARBITRAMENTO DE FIANÇA.....	40
9.1 OMISSÃO DO JUÍZO FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 310 DO CPP	40
10 O NOVO PAPEL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COM O ADVENTO DA “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”	41

CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

De forma imparcial, a presente pesquisa busca analisar os elementos constitutivos da Audiência de Custódia, tendo este como seu problema a ser discutido, analisando os princípios que a fundamentam e consolidam sua aplicação, por consequência busca preceituar o Estado Democrático de Direito junto ao tema, expondo seus elementos constitutivos, tendo assim uma melhor análise do ordenamento jurídico penal processual.

Será aplicado nesta pesquisa o método de interpretação exegético que busca descobrir o verdadeiro alcance da lei por meio do procedimento de interpretação gramatical ou literal, interpretação lógica. Logo deverá, ser utilizado métodos sistemáticos e sociológicos para aprofundamento da presente análise conforme se segue:

Método Sistemático: Kelsen introduz a noção de sistema para o direito, no que se refere a sua compreensão, pois, ele pensa que este deve ser compreendido como um sistema para poder ser pensado criticamente.

Método Sociológico: destaca-se a figura de Savigny, para quem o direito evoluciona e se transforma constantemente, porque se desenvolve no tempo que o modifica constantemente, com inteira e completa Independência das vontades individuais e de acordo com as diversas manifestações do espírito popular. O critério sociológico parte do conceito de que o direito é um fenômeno cultural, um processo que se desenvolve no espaço e no tempo; é pensamento e conduta do homem para a regulamentação de sua vida social, em constante mutação em consequência de fatores exógenos e endógenos. Considera-se assim que o direito, igual que as demais manifestações da cultura é objeto e conteúdo da história.

A técnica utilizada para elaboração do presente trabalho será, pesquisa bibliográfica e documental, normas constitucionais, leis ordinárias, decretos legislativos.

O objetivo geral é apresentar a Audiência de Custódia, sendo o tema alvo de inúmeras críticas e elogios, por ter sido aplicado recentemente ao ordenamento jurídico brasileiro, fez-se necessário uma abordagem explicativa dos institutos, esta movimentação que a implantação da resolução 213/15 do CNJ provocou no ordenamento do Direito Penal só foi possível visto a aprovação da Lei 12.403 de 05/05/2011 que foi conhecida como Lei das Cautelares, alterando assim o Código de Processo Penal em seu Título IX, “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória.” Claro que toda esta evolução frente ao tema tem como reconhecimento a precariedade do Sistema Prisional, o abuso de autoridade, e o julgamento antecipado do réu pelos atores do processo penal, más o mais importante é evitar que o magistrado se contamine com a condenação massiva que a sociedade apresenta. Logo a oitiva do custodiado traz ao mesmo a percepção real dos fatos, analisando o comportamento e a real consciência que o mesmo tem de sua prisão frente à acusação.

O objetivo específico é apresentar a Audiência de Custódia expondo-a de forma clara, assim como seus princípios que a fundamentam, apresentando, assim o novo papel da prestação jurisdicional e os pontos principais a ser observado durante a realização da mesma.

Assim fez se necessário reconhecer e aplicar de fato o princípio da imparcialidade, que no Direito Penal é de suma importância, excluindo desde logo toda a forma de opinião frente ao caso concreto, para de fato elencar os elementos constitutivos do ilícito penal e somente a partir deste momento iniciar a aplicação das medidas coercitivas frente ao caso concreto.

Durante a abordagem no capítulo 2 será apresentado a fundamentação histórica dos Direitos Humanos, passando pela fase de reconhecimento e aplicação do mesmo com se observa no Pacto de San José de Costa Rica.

O capítulo 3 apresentará de forma breve um resumo histórico dos Direitos Humanos para que se possa seguir adiante, tendo uma base sólida de sua origem.

No capítulo 4 será abordado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, neste será apresentado um dos anseios do Direito Penal Internacional que é a garantia da integridade física da pessoa humana.

A evolução dos Direitos Humanos frente à Constituição Brasileira será disposta no capítulo 5, apontando de forma objetiva as relevantes alterações, hoje consolidada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Considerando o tema proposto, o capítulo 6 discorre dos preceitos fundamentais do Direito Penal Brasileiro, abordando sua parte histórica, assim como seus elementos essenciais, objetivando apresentar o Estado Democrático frente ao Direito Penal, passando por seus preceitos fundamentais.

O capítulo 7 discorrerá sobre a pena de restrição de liberdade apontando-a como medida mais gravosa ao cidadão, chegando à prisão preventiva e sua finalidade, assim como a prisão temporária.

No capítulo 8 será apresentado a Audiência de Custódia, e a grande evolução processual que a mesma representa para o processo penal, passando pelos fundamentos e normatização da mesma será apresentada as correntes contrárias a sua aplicação como as favoráveis.

O capítulo 9 apresentará o arbitramento de fiança, e a fundamentação do juízo quanto à aplicação do disposto no art. 310 do CPP, objetivando a aplicação ou não das medidas cautelares, evitando assim prisão precária de fundamentação imposta ao cidadão.

No capítulo 10 será abordado o novo papel da prestação jurisdicional, onde mais uma vez o magistrado se apresenta como guardião dos preceitos constitucionais e zelará pelo devido processo legal, na persecução penal.

2 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A pessoa Humana e seus Direitos, representados pela determinação Direitos Humanos e Garantias Individuais expressam o sentido de igualdade essencial entre os homens, a princípio de forma subjetiva e posteriormente formulando um sentido sociológico, o qual deslumbra uma igualdade objetiva, onde o conceito de sociedade encontrará os primeiros apontamentos.

Aristóteles ao afirmar que o homem é um ser político, apresenta o conceito que para a sobrevivência e manutenção do ser humano, primeiramente se faz necessário formalizar a convivência coletiva e posteriormente elevar a condição individual do ser humano, considerando seu caráter único e insubstituível, valorando cada indivíduo de forma singular.

Apontado este caráter Histórico da convivência humana, não há o que se falar em Estado sem Direito, porque objetivando regular a convivência humana de forma pacífica, um conjunto de regras vai se consolidando firmando assim os primeiros preceitos do Estado Democrático de Direito.

2.1 DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

A relação social humana se dá, em primeiro momento, objetivando sua sobrevivência como espécie conforme acima descrito e, em segundo plano, por uma dominação entre espécies, onde a pessoa é considerada objeto, por consequência propriedade de um ser dominante. Conseqüentemente a compreensão da dignidade da pessoa humana se dá historicamente por meio do sofrimento moral e físico, durante os surtos de violência provocados pela dominação humana, a fim de liderar

a sociedade em uma condição de subordinação. Esta conduta foi justificada por várias vezes com base no princípio darwiniano onde se justifica a luta pela sobrevivência, com o uso da força do mais forte para liderar um determinado grupo, ensejando-se assim uma justificativa para a dominação do ser mais fraco pelo mais forte.

Logo, inicia-se uma movimentação mundial, que busca de forma solidária e subsidiária complementar os preceitos de convívios sociais, a uma unificação da dignidade humana, para que não se desvirtue de sua finalidade principal, o convívio social harmônico. Como apontado de um primeiro estado de convivência com fito social, surge o objetivo dominante, e buscando harmonizar o convívio social surgem as primeiras regras sociais que culminariam na fundamentação de um modelo normas que justificariam o aparecimento das primeiras leis com o objetivo de regular o convívio social dentro de uma sociedade, mas somente isto não é suficiente para coibir uma dominação social.

Fez-se necessário que a sociedade, quer dizer, todos os integrantes em detrimento ao direito dos demais rompessem com o absolutismo do poder dominante, ocorrendo em seguida uma aspiração à criação do Estado, para que nenhuma pessoa pudesse abusar de seus direitos em relação aos dos demais integrantes de uma mesma sociedade, buscando o bem comum de seus membros.

Conseqüentemente, a sociedade passa a adotar o Estado como nova forma de modelo social, más apenas esta configuração não findaria as divergências sociais. Porque surge um novo confronto, agora não mais interno e sim externo, entre os demais povos existentes no globo e novamente ressurge a questão da dominação, agora entre os Estados, culminando em guerras, massacres e atrocidades impondo o autoritarismo estatal entre os demais estados. Em 1945 ocorre uma evolução dos Direitos Humanos, que devido à Segunda Guerra Mundial, se faz necessário uma nova discussão sobre o tema, por este motivo surge a Declaração Universal das Nações Unidas, proferida em 10 de dezembro de 1948 que veio atender os anseios aspirados pela sociedade mundial, no requisito Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 ANÁLISE DO PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Após o fim da segunda guerra mundial 1945, os países aliados, vencedores, buscaram julgar os crimes cometidos pelos nazistas, desta forma instaurou-se o julgamento de Nuremberg sendo os critérios definidos na Carta de Londres, determinando três categorias de crimes, sendo eles: crime contra a paz, crime de guerra (atentando para condições impróprias para civis) e o crime contra a humanidade, este acontecimento tornou-se um marco para o Direito Internacional em vários aspectos principalmente no que se diz respeito aos direitos do homem e do cidadão.

Surge a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica por ter sido o local de assinatura da convenção, assinado em 1969 e tendo entrado em vigor em 18/07/1978. Composto por 81 artigos, entre eles estão elencados os princípios de proteção a integridade física coibindo a escravidão, elencando as garantias jurídicas e proteção à entidade família e o reconhecimento social dos direitos do homem, como sendo prioridade, em todos os Estados Americanos signatários da convenção.

O Brasil ratificou o documento em 25/09/92 com o decreto 678 de 6/11/92, juntamente com a promulgação de Emenda Constitucional 45 de 2004, disposta como reforma do judiciário, sendo o documento incorporado às normas constitucionais.

Por consequência, o Brasil afirma seu posicionamento, consolidando-se como Estado Democrático de Direito, cuja essencialidade prima em assegurar liberdade a seu povo, considerando os aspectos individuais, gerando uma efetiva primazia pelos direitos individuais fundamentais, seguindo o critério da legalidade previsto na Constituição.

Afonso Arinos de Mello Franco em seu livro Curso de direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. I, p. 188, cita:

Não se pode separar o reconhecimento dos critérios individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a idéia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há direito.

Diante deste posicionamento, o ordenamento jurídico após a constante evolução dos pactos, tratados, e acordos internacionais frente ao tema Direitos Humanos apresenta uma nova interpretação das normas constitucionais junto à aplicação dos Direitos Humanos, buscando dirimir divergências hermenêuticas conforme Ráo

A hermenêutica tem por objetivo investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação a interpretação, por meio de regras e processos especiais procura realizar praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhe subordinam. (RAO,1952,p. 542)

3 HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO MUNDO

Conforme apresentado no capítulo anterior, consta observar como marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1946 que se firma como marco em relação ao tema porque anteriormente as garantias individuais eram expostas por mecanismos espaçados, por exemplo, a Magna Carta, Lei de Habeas Corpus-Inglaterra 1679 sendo esta medida aplicada para limitar o poder real principalmente como medida para assegurar aos opositores políticos a realização de um processo criminal regular, sendo esta medida uma matriz para a proteção de liberdades fundamentais.

Não basta à concepção de uma Carta Magna com vistas aos Direitos e Garantias Fundamentais, é necessária uma concepção de direitos fundamentais de ordem mundial onde todos os estados convergissem suas legislações internas pelo prisma da universalização, criando um paradigma único de ordem.

Em se tratando de um documento de ordem mundial a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação aos países membros, onde os princípios axiológicos como: liberdade, fraternidade e igualdade foram elencados.

Os países membros da Organização das Nações Unidas celebram um pacto denominado Pacto de San José de Costa Rica onde este apresenta uma série de evolução ao tema, como, por exemplo: a proibição da pena capital nos países onde há houvessem abolido, art. 4º, a restrição a admissibilidade de prisão civil ao inadimplemento de obrigação alimentar, assim como o previsto em seu art. 11º quanto à prisão por inadimplência tributária ou por outras obrigações de direito público. Tem-se assim uma evolução naturalística da sociedade mundial que começa a desenvolver mecanismos para solução de conflitos de ordem mundial, assim como para a preservação das garantias sociais do indivíduo.

4 O ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Após a elaboração de um pacto social internacional, não bastava apenas à adesão dos países membros, ao mesmo tempo foi necessário a instituição de um regime de cidadania mundial, para que pessoa de qualquer nacionalidade tenha direitos e deveres junto à humanidade como um todo, surgem assim regras criadas para sancionar lesão a dignidade humana e em alguns casos este ato seria definido como criminoso, sendo necessário o julgamento e sua devida punição. Um sistema de responsabilidade mundial iniciado na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma em 1988, enseja a criação do primeiro Tribunal Penal Internacional permanente da história, com competência para julgar os autores de crimes graves contra a espécie humana, começou a surgir um regime de regras penais no âmbito internacional.

Observa-se que esta medida acontece após o fim da Primeira Guerra Mundial, onde os resultados devastadores da mesma evocam um posicionamento severo dos países membros máis, ainda sem se consubstanciar como forma de punir os crimes contra a humanidade, quando a Segunda Guerra Mundial acontece à sociedade internacional começa a determinar a formalização do que seria tratado e o escopo do Tribunal Internacional Penal, sendo que um dos seus precursores o jurista francês Henri Donnedieu de Vabres, que foi juiz no Tribunal de Nuremberg, retoma o projeto em Conferência das Nações Unidas. Com a aprovação do estatuto se faz necessário a definição dos crimes em que sua jurisdição seria aplicada, neste caso seriam a ameaça à paz, segurança e bem estar da humanidade, crimes de guerra e o de agressão.

O presente estatuto apresenta regras de direito penal fundamental buscando equiparar o inquérito internacional ao dos países membros, assegurando o contraditório, ampla defesa e a aplicação do princípio da anterioridade da lei penal, e determinação da pena máxima em 30 anos ou aplicação de multa, sendo esta absorvida pelo patrimônio do réu caso condenado.

5 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Desde a Constituição do Império do Brasil em 1824, existem disposições consagrando os direitos e garantias individuais nas áreas de direitos civis e políticos, além dos direitos de propriedade. Os direitos humanos fundamentais foram novamente elencados na Constituição Republicana de 1891, incluindo novas previsões como a gratuidade do casamento civil, direitos de reunião.

A Constituição de 1934 reforçou novamente sua preocupação com o tema elencando os preceitos individuais já existentes à época e incluindo outros como ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Em 1937 além da tradicional manutenção do tema incluíram-se novos temas para assegurar a manutenção e integridade do Estado entre outros.

Não obsta atentar que ao longo do processo democrático no qual a sociedade brasileira estava inserida, chegaríamos em 1988 na edição da constituição conhecida como cidadã, onde todos os direitos individuais e coletivos estariam presentes sem interferência política e social. Por este motivo a mesma foi editada em seu Título II com o tema: Direitos e Garantias Fundamentais composto de cinco capítulos.

Os Direitos Humanos Fundamentais não podem sofrer restrições em seus princípios essenciais como:

Imprescritibilidade: que trata da não prescrição pelo decurso do tempo.

Inalienabilidade: onde não é possível transferir os direitos humanos individuais, seja a título gratuito ou oneroso.

Irrenunciabilidade: Os direitos humanos não podem ser objetos de renúncia.

Inviolabilidade: O desrespeito por determinações infraconstitucionais, por ato administrativo da autoridade pública, ocasiona responsabilização civil, criminal e administrativa.

Universalidade: engloba todos os indivíduos seja qual for sua nacionalidade.

Um dos princípios mais relevantes ao tema apresentado é o princípio da dignidade da pessoa humana disposto na CRF/88 em seu artigo 1º inciso III, sendo este resultado de uma evolução gradativa junto ao estado e o cidadão brasileiro dispondo de forma implícita o devido processo legal norteando toda atividade jurisdicional em relação ao investigado, réu.

A fonte de referencia da dignidade do cidadão é a proporção na qual o Estado atua frente a sua situação social e penal logo é necessário a observação e manutenção do princípio da proporcionalidade. Assim a intervenção do estado na vida privada do cidadão se norteia por este princípio estreitando-se pela razoabilidade da atuação na liberdade do cidadão, logo o estado não deve legislar abusivamente no decurso de suas funções utilizando este como fonte balizadora de sua atuação na sociedade. Este elemento é um mecanismo moderador norteando o sistema jurídico com finalidade final de conter os abusos, ponderando direitos, valores e interesses quando os mesmos apresentam conflitos.

6 PRECEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

O conceito de Direito Penal remete a conduta reprovada em uma sociedade, sendo esta majorada de acordo com o bem jurídico a ser discutido em direito, assim toda conduta antijurídica se torna passível de apreciação, quando contrária os princípios fundamentais da vida em sociedade, o fato que ofende ou põem em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade é um ilícito jurídico. As sanções civis às vezes se mostram ineficientes para reprimir a prática de ato ilícito, logo o Estado, busca aplicar sanções penais ao cidadão com o critério de merecimento de pena.

Desde logo poderá concluir-se que o objetivo do Direito Penal é a proteção da sociedade e seus bens jurídicos fundamentais como: vida, integridade física e mental, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública entre outros conforme discorre a Carta Magna.

Pode definir que Direito Penal é o conjunto de normas elencadas pelo Estado Democrático de Direito, onde o mesmo reproduz um conjunto de afirmações jurídicas para combater a conduta ilícita, por meio da pena e ou medida de segurança e restrição de liberdade com o objetivo de evitar o crime e não aceitando que os bens elencados pela sociedade sejam atacados.

Elegendo o Direito Penal como mecanismo de proteção a integridade da pessoa humana, a sociedade, não só se deslumbra uma aplicação coercitiva ao infrator, como reconhece os bens jurídicos por ele preservados.

Consta apresentar que em primeiro momento o Direito Penal não alcança o objetivo de repressão da conduta ilícita, porque ao aplicá-lo o crime já teria ocorrido e o bem jurídico já se encontraria lesionado.

Surgem então como forma de proteção os seguintes prismas do Direito Penal: Direito Penal Objetivo e o Direito Penal Subjetivo, como formas de aplicar o Direito Penal ao cidadão de forma à regular sua conduta e, caso necessário, o Estado utilizaria o seu direito de punir frente ao cidadão, sendo assim, o Direito Penal Objetivo é um conjunto de normas que regulam a ação do Estado, conforme definição do que é crime e suas sanções, e o Direito Penal Subjetivo, neste caso é o direito de punir do Estado, mas sendo este

ato limitado pelo próprio, onde somente a lei poderá estabelecer o que é penalmente sancionável e quais medidas são aplicáveis aos autores.

Logo se constata que o Estado determina o que é crime de acordo com o bem jurídico elencado pela sociedade, impresso por seus representantes legislativos, e o mesmo determina as sanções e suas formas de aplicá-las ao cidadão infrator, os elementos do Estado Democrático de Direito deverão ser observados frente ao tema para uma observação melhor do conjunto de normas jurídicas por ele utilizada.

6.1 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Após a colonização do país, encontrou-se uma divergência entre as práticas aplicadas pelas tribos que aqui existiam, e se aplicava o direito costumeiro se relacionando paralelamente com a vingança privada e coletiva. No período colonial o crime era confundido com o pecado e ofensa moral por conseqüência punindo-se severamente os hereges. Em 1824, a Constituição do Império buscava o sancionamento de um código e assim se chega ao Código Criminal do Império sendo nele expreso a individualização da pena, observados elementos como agravantes e atenuantes.

Em 11/10/1890 fora editado novo estatuto com a denominação de Código Penal, sendo ele alvo de duras críticas pela pressa que foi editado, más pode-se observar a abolição da pena de morte e a criação do regime penitenciário de caráter correcional, sendo este seu maior avanço na legislação penal.

A sociedade deste então esperava uma reforma neste diploma legal para uma adequação social junto aos anseios que tal medida representava para a sociedade, logo em 1980 surge um anteprojeto para reforma da parte geral do Código Penal de 1940, presidida por Francisco de Assis Toledo, Miguel Reale Junior entre outros grandes nomes da época. Este projeto era apoiado pelo princípio nullun crimem sine culpa, e suas inovações são: A

reformulação do instituto de erro, adotando a distinção entre erro de tipo e erro de proibição onde como elemento objetivo deve considerar a consciência e a vontade, logo estará excluído se o autor desconhece ou se engana a respeito dos componentes da descrição legal do crime (conduta, coisa, pessoa), como excludentes da culpabilidade e a criação de norma especial referentes aos crimes qualificados pelo resultado para excluir-se a responsabilidade objetiva.

Nesta reforma também será apresentado à reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes, temos a criação da multa reparatória. Esta reforma apresenta um influxo liberal e uma mentalidade humanista que buscou criar medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando o encarceramento dos agentes por curto espaço de tempo, respeitando a dignidade do homem e o tratando como ser livre e responsável, enfatizando-se assim a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal.

6.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO DIREITO PENAL

Para a manutenção do Estado Democrático de Direito pode-se destacar, como elemento essencial, o Direito Penal que visa garantir condições necessárias à coexistência entre os elementos do grupo social do Estado, buscando tanto para sua aplicação como para sua regulação normativa, a aplicação dos princípios que o fundamentam, e desta forma podemos citar o princípio da legalidade, onde conforme o Código Penal expressa se como: “Não há crime sem lei anterior que o defina”, disposto em seu artigo 1º, este elemento traz a sociedade a confirmação de que o Estado não poderá punir ou julgar o cidadão de forma a impor sua autoridade, buscando a dominação de seu povo.

A definição de lei penal no tempo, como regra geral para a irretroatividade da lei penal, neste caso mesmo após a sua revogação

continua a ser aplicada a lei anterior, caso a mesma seja mais benéfica do que a anterior

Ocorrerá o fenômeno *abolitio criminis* quando a lei nova não incriminar a conduta que anteriormente era considerada ilícito penal, onde se faz desaparecer o delito e todos os seus reflexos penais permanecendo apenas as sanções civis. Neste condão, o Direito Penal como conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o poder sancionador e preventivo do Estado, onde se estabelece a definição de crime e a forma como o Estado deverá agir para responsabilizar o sujeito ativo associado à infração da norma penal, onde sua principal aspiração ética seja evitar o cometimento de crime e agir de forma intolerável na proteção dos bens jurídicos expressos na Constituição e no Código Penal. A norma penal é valorativa, finalista e sancionadora, porque dispendo de forma hierárquica atuará de forma mais severa de acordo com a conduta do agente.

6.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL

O Estado Democrático de Direito é fruto da relação humana harmônica entre seus membros para assegurar a vida em coletividade de forma equilibrada e ordeira, onde cada cidadão conhece e cumpre seu papel junto à sociedade. Neste sentido, Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2010, p.10) afirma:

O Direito é a construção da humanidade em decorrência de suas necessidades, sendo produzido por ela para a regulação dos interesses prevalentes em cada época.

Para limitar os abusos e afronta ao Direito do ser humano os indivíduos criaram o Estado, sendo este regido por eles e em detrimento deles com o condão de atingir o que fosse melhor para eles. Desta forma o Estado passou a intervir em

questões de convívio social buscando uma relação harmônica entre os indivíduos de seu grupo. O Estado passa a se configurar pela busca de assegurar a seu povo a liberdade de gerir a própria vida de forma individual, pela participação dos mesmos na tomada de decisões pelas quais os cidadãos serão atingidos, assegurando aos mesmos seus direitos fundamentais, seguindo o princípio da legalidade conforme disposto no texto constitucional. Pode se afirmar que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o seu título II discorreu sobre o tema com profundidade absorvendo as garantias essenciais do ser humano como princípios, sendo as mesmas fontes principais de sua organização democrática.

No constitucionalismo democrático as garantias fundamentais e a participação nas decisões se tornam um fator de legitimação do poder e pluralismo no pacto social. Desta forma, não se admitirá nenhuma norma que não se aplique ao seu autor quando esta for emitida por legislador, e sendo este membro da sociedade será abarcado pela mesma norma que criou, buscando-se assim a regulação da conduta social para todos seus membros. A função jurisdicional se afirmará dentro da estrutura constitucionalizada do processo e nele estarão as garantias constitucionais que abrangerá todos os participantes.

O juiz no Estado Democrático de Direito se torna aplicador e construtor da decisão do caso concreto junto com as partes, não lhe podendo ser atribuído a livre interpretação da lei, frente ao caso concreto, e sua legitimidade terá caráter constitucional, exercendo sua função de proteger os direitos fundamentais de todos, e logo em alguns casos contrariando a decisão de pelo menos uma das partes do processo Carnelutti (1959, p. 21-22) afirma:

O processo seria um conjunto de normas jurídicas de caráter a permitir a participação das pessoas interessadas (partes) e das pessoas desinteressadas (juiz, auxiliares, peritos, etc.), servindo o processo para a aplicação do direito. Assim, os sujeitos processuais estabeleceriam relações jurídicas processuais para ordenar as atividades do processo viabilizando seu desenvolvimento.

Neste sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2000, p. 43) apresenta o contraditório como avanço ao instrumentalismo liberal, trago pela necessidade de propiciar a exposição de suas razões e de requererem a produção de provas que forem mais importantes, sendo este momento o confronto público das alegações em igualdade de condições processuais.

Em outro momento, Rosemiro Pereira Leal (2010, p.99) traz a ampla defesa pelo prisma do Estado Democrático de Direito como devido processo legal se traduzindo como garantia de plenitude de defesa em tempo e modo hábil para se sustentar no processo de modo a evitar lesão a direito e falha processual em seu curso. Podemos dizer que a ampla defesa é a garantia irrestrita de provas dentro de um espaço procedimentalizado.

Diante destes elementos poderá afirmar-se que o Estado Democrático de Direito, apresenta elementos essenciais em sua estrutura como forma de efetivar a participação dos sujeitos para sua administração e resolução de conflitos internos e externos, buscando sempre a aplicação de seus elementos essenciais como forma de viabilizar sua administração pela sociedade sendo eles o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

6.4 PRECEITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Para que sejam efetivas todas as medidas necessárias para aplicação da pena ao indivíduo tem como elemento essencial a lei, como sendo fonte formal direta do Direito Penal no Brasil e esta se apresenta como imperativa, geral, impessoal, e exclusiva. Neste sentido afirma Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, parte geral 23ª edição de 2006, jurídico atlas p.53

É imperativa porque a violação do preceito primário acarreta a pena. É geral por estar destinada a todos, mesmo os inimputáveis, sujeitos à medida de segurança. É impessoal por não se referir a pessoas determinadas e exclusiva porque somente ela pode definir crimes e cominar sanções e, por fim, se aplica apenas a fatos futuros, não alcançando os pretéritos, a não ser quando aplicada em benefício do agente criminoso.

Assim as leis ordinárias são as que vigem em quaisquer circunstâncias e temos as leis excepcionais que são destinadas a viger em situação de emergência, ainda neste sentido serão as leis penais incriminadoras que definirão os tipos penais e não incriminadoras que buscarão ter em sua constituição elementos explicativos, também temos as leis permissivas que não considera como ilícito ou isenta de pena o autor de fatos que em tese são típicos, como exemplo o estrito cumprimento do dever legal.

Deverá completar como elemento essencial do Direito Penal os princípios que derivam da conceituação legal para sua manutenção e regulação social. Assim terá a Norma Penal em Branco como sendo normas de conteúdo incompleto, vago exigindo assim uma complementação por outra lei ou decreto. Terá de ser apresentado como outro elemento derivado da lei a sua interpretação e conforme Bercaria “este é o processo lógico que procura estabelecer a vontade contida na norma jurídica”, logo se buscará a uma interpretação lógica onde é considerado seu conteúdo literal e gramatical que por vezes se apóia em definições doutrinárias para aplicação em casos mais complexos.

Por este viés, consta observar que os princípios do Direito Penal estabelecem uma relação direta com o disposto em lei, e os mesmos tem em sua constituição uma analogia sistêmica incorporada em sua função social, equilibrando assim a aplicação deste instituto ao cidadão quando agente de conduta ilícita.

7 PENA DE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

A pena tem para a sociedade um caráter punitivo que historicamente está associado a sanções para com as condutas reprováveis em um mesmo grupo absorvendo, predominantemente, como retribuição ou castigo, com a finalidade de prevenção e a ressocialização do agente. No presente momento, a pena continua sendo necessária como medida judicial reparadora e impostergável, pode-se destacar que nos dias atuais sua função preventiva e coercitiva, serve para prevenção à prática de novos delitos, promovendo a reinserção social do condenado Julio Fabbrini Mirabete (2006 ed.23ºp. 246)

De qualquer forma, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homem delinqüente o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe.

Para SOLER, (1970, p.342) “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.”

Logo, a pena possui vários elementos característicos a serem atingidos, como legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade. As doutrinas classificam a pena com sendo: corporais (não mais aplicadas), privativas de direito, privativa de liberdade, restritiva de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direito.

Historicamente, o mundo aplicou a pena corporal nos períodos de dominação e escravidão, onde os açoites, mutilações e até a morte foram aplicadas, a pena de morte encontrou defensores na sociedade, onde os mesmos afirmam que está é a única medida onde o homem criminoso apresenta timidez quanto à prática

de atos ilícitos, sendo esta repudiada e conforme os tratados internacionais vêm sendo abolida em todos os Estados membros do pacto de Direitos Humanos.

Consta necessário citar que neste momento existe uma reflexão social, onde os cidadãos que cumprem e respeitam as leis buscam uma aplicação dos princípios sociais, almejando uma ressocialização do indivíduo criminoso junto à sociedade tornando-a equilibrada e harmônica em seu convívio, e em contra partida existe uma parcela de indivíduos que notadamente desrespeita as normas impostas e eleitas por esta mesma sociedade, aplicando aos demais membros de seu grupo a morte como forma de adquirir patrimônio e por conseqüência o estatus social que o mesmo impõem nesta sociedade.

Posto isto, deve-se explicitar os regimes penais, aplicados pelo Direito Penal, logo o regime fechado que deverá seguir regras definidas e deverá ser aplicado em estabelecimento de segurança máxima ou média, conforme art. 33, §1º, b e neste mesmo diploma tem se o regime semi-aberto, conforme art. 33 §1, b e ainda consta apresentar o regime aberto onde o cumprimento da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado conforme art. 33 §1º, c.

Deste modo, o regime fechado será o cumprimento da pena feito em penitenciária, construída para este fim, sendo em local afastado do centro urbano, más em distância que permita a visitação do apenado, podendo o mesmo estar sujeito a trabalho diurno e a isolamento noturno. A unidade celular tem como características: dormitório, aparelho sanitário, lavatório e área mínima de seis metros quadrados, além de permitir condições salubres para o cumprimento da pena.

O regime semi-aberto deverá ser cumprido em colônia agrícola industrial ou similar, podendo o mesmo ser alojado em ambiente individual ou coletivo, observados os preceitos de salubridade, onde deverá ainda existir uma seleção adequada dos presos que fazem jus a este regime, limite de capacidade máxima para aplicação da individualização da pena.

O regime aberto tem como finalidade a autodisciplina do apenado e como contrapartida seu comprometimento com o senso responsabilidade conforme art. 36, caput, CP. O prédio designado para casa de albergado deverá situar-se em centro urbano, caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra fuga. Neste local

ocorrerá palestras, cursos, assim como serviços para fiscalização e orientação dos mesmos. Neste regime o apenado deverá trabalhar fora do estabelecimento sem vigilância e exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido no período noturno e nos dias de folga. Assim tem-se como objetivo principal que o apenado ao ter experiência de liberdade concreta possa viver e trabalhar como um homem livre embora esteja cumprindo pena afim de se ressocializar. Ainda no CP teremos o dispositivo do artigo 37º, onde estabelecerá as regras para execução do regime especial, e as mulheres submetidas a ele deverão ter acesso a estabelecimento próprio, observado os direitos a sua condição pessoal. Completa ainda esta máxima, o disposto no art. 88 da Lei de Execuções Penais, onde o mesmo requer que as mesmas sejam dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir o menor desamparado cuja responsável esteja presa, atendendo assim o disposto na CRF/88 em seu art. 5º, XLVIII, assegurando assim condições para as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

7.1 DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, em sentido estrito, é a medida cautelar de privação de liberdade do acusado, sendo esta aplicada pelo juiz durante o inquérito, ou instrução criminal, diante a existência de elementos legais, para assegurar o interesse social de segurança, objetivando alcançar a ordem pública e o devido andamento do inquérito. Neste caso, este será o elemento que suprime a liberdade do acusado antes da sentença condenatória transitada em julgado, más defendida pela manutenção de um bem maior, o qual seja a ordem pública, temos então neste momento que realizar uma análise do princípio da inocência, onde conforme o art. 5º, inc. LXVII da CRF/88 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Neste momento, o acusado, embora não sendo considerado culpado, poderá ter sua liberdade constringida para manutenção da ordem pública, visto a evidência, não fazendo juízo de valor quanto à culpa processual porque está será decretada em juízo com a sentença e neste sentido

temos a previsão constitucional em seu art. 5º, LXVI, onde o juiz pode aplicar a prisão provisória, onde temos prisão em flagrante delito e a preventiva.

O princípio de presunção de inocência não impede a aplicação de medidas cautelares contra a liberdade do réu, impede apenas a aplicação de sanções antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O artigo 311 do CP requer a observação do exposto acima para sua aplicação eficiente, temos então que conforme Julio Fabbrini Mirabete (2003, p.793)

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, tanto nos casos de ação pública quanto de ação privada, desde que preenchidos os pressupostos legais, mas nunca em caso de contravenção.

A prisão cautelar é parte do sistema penal, não contrariando a Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, indo de encontro aos preceitos do Estado Democrático de Direito, garantindo assim a ordem pública e sendo esta medida aplicada somente quando absolutamente indispensável.

Tal medida processual pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou de instrução criminal, desde que preenchidos seus requisitos legais. Nada impede que o juiz provocado pelo Ministério Público, querelante, ou por representação da autoridade policial decrete tal medida, e decretado tal procedimento, não se permite demora nos atos processuais. Uma conseqüência disto é que para a preventiva não cabe a liberdade provisória, considerando assim a mesma uma interferência processual de relevante importância para a realização do feito. Cabe ao acusado, que teve sua preventiva declinada pelo juízo, o pedido de Habeas Corpus.

7.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

A lei 7.960 de 21-12-89 passou a apresentar outra espécie de prisão provisória, denominada como temporária, sendo esta medida ser aplicada pela autoridade judiciária, pelo prazo de 5 (cinco dias), prorrogáveis por igual período. Caberá a aplicação desta medida, conforme o art. 1º, quando imprescindível para investigações do inquérito policial, ou não se puder determinar o endereço do acusado e, ainda, sua identificação não for devidamente esclarecida nos autos. Poderá ainda existir casos excepcionais como os crimes hediondos, onde a lei 8.072/90 em seu artigo 2º, §2º discorre sobre a previsão de aplicação de 30 dias sendo prorrogáveis por igual período, onde o despacho deverá ser fundamentado.

Em todos os casos de aplicação da medida que objetive a restrição de liberdade, medida esta a mais gravosa para o cidadão, deverá ter como fundamento elementos que evidenciem a sua aplicação assim como o prazo de término da mesma, e em caso de reiteração do pedido deverá apresentar os pressupostos assim como a devida argumentação de direito pertinente ao caso concreto. Esta medida se justifica com base no periculum in mora, fundamento de toda medida cautelar, para uma efetiva prestação jurisdicional ao caso concreto e a manutenção dos preceitos do Estado democrático.

Para a manutenção da ordem pública será a presente medida necessária para que o indivíduo não pratique novos crimes contra a vítima, ou qualquer pessoa visto sua propensa prática delituosa, evitando assim o clamor da ordem pública pelo cidadão, por estar intimidado com a presença do acusado na sociedade, atentando que somente a repercussão do fato não apresenta motivos suficientes para a aplicação desta, logo tem que se observar a periculosidade do indivíduo.

8 ORIGEM DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO PRESO OU AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia serve para apresentação do preso, buscando cumprir o disposto no artigo 310 do CPP. Assim deverá ocorrer logo que recebido o auto da prisão em flagrante a manifestação do juiz para fundamentar seu relaxamento, conversão da prisão em flagrante em preventiva observando o disposto no artigo 312 do CPP ou ainda conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Esta redação foi alterada com o advento da lei 12.403/2011, apresentando uma metodologia de garantir a efetividade de um novo modelo de cautelares penais introduzidas no sistema de código com uma eficácia geral. Neste momento surge uma garantia efetiva junto aos direitos fundamentais do cidadão preso em flagrante delito.

O projeto de lei n°. 554/2011 recebido pelo congresso adotou o nome de audiência de custódia onde a redação do artigo 306 do CPP passou a ter a seguinte redação:

§1º No prazo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no artigo 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo, a autoridade judicial tomar medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

Esta medida inclui no artigo 306 §3º que a oitiva será registrada em autos apartados e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente, e discorrerá sobre a legalidade da prisão, ocorrência de técnicas de tortura e ou maus tratos, zelando assim pelos direitos assegurados ao preso e ao acusado de ilícito penal. Logo neste momento o juiz como fiador das garantias essenciais dos direitos humanos. Estas medidas foram frutos de um sistema que apresenta graves problemas em sua gestão, é obvio que o encarceramento brasileiro composto por uma séria de medidas não vinha cumprindo seu objetivo principal o qual seja a

reflexão de conduta adversa e reprovável de um cidadão junto à sociedade, o Brasil ainda possui uma população carcerária com altos níveis e vem se destacando cada vez mais em relação a outros países.

8.1 FUNDAMENTOS E NORMATIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de apresentação é um instrumento de natureza pré-processual, buscando firmar o direito de todo cidadão a ser apresentado sem demora à presença de autoridade judiciária, sendo ela juiz, desembargador, ou ministro de acordo com a prerrogativa de foro existente no caso concreto, sendo seu objetivo inicial analisar a legalidade, necessidade para que se ponha fim à constrição ilegal. Esta medida pode, diante do caso concreto e após a análise de todos os elementos que ensejaram sua aplicação, ser revertida em prisão preventiva, ou aplicação de medida cautelar alternativa, afastando de um modo geral do jurisdicionado as práticas de maus tratos e ou tortura. Assim tem-se um processo penal melhor instruído refutando de imediato todos os elementos que corroboram para o mau gerenciamento do sistema carcerário brasileiro, evitando lesão a direito defeso em lei e futuros prejuízos a instrução penal do custodiado.

Após a edição da lei 12.403/2011 que trouxe 11 medidas cautelares alternativas a prisão, e a alteração do Código Penal Brasileiro em seus artigos 319 e 320, firma-se o entendimento que a custódia preventiva so deve ser decretada em último caso. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 estabelece como seu fundamento em seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana e reafirma em seu artigo 5º XLIX, assim o estado brasileiro ratifica a Convenção contra tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, sendo esta aprovada pelo Congresso Nacional pelo decreto nº 4/1989 sendo promulgada pelo decreto presidencial nº40/1991. Ainda buscando atuar de forma mais segura nos

procedimentos de restrição de liberdade e conseqüentemente nos processos penais o Estado brasileiro adere a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura aprovada pelo Congresso Nacional pelo decreto n° 05/1989 sendo confirmada pelo decreto presidencial 98.386/1989.

O propósito destas medidas é reprimir a violência policial e desta forma surge a lei n°9.299/1996 que delega a competência para a justiça comum nos crimes de homicídio praticados por militares contra civis. Esta medida ocorre logo após militares serem flagrados praticando crimes de tortura contra civis na Favela Naval de Diadema/SP e somente após este acontecimento que o Congresso Nacional aprova a lei n° 9.455/1997 que define o crime de tortura.

A resolução 213/2015 do CNJ busca prevenir a prática de atos de violência notoriamente ocorrido no âmbito de Direito Penal por seus agentes seja Civil ou Militar e busca com a condução imediata do preso a autoridade judicial repelir práticas indevidas no curso de persecução penal.

Diante o exposto, passa-se a apresentar o instituto da Audiência de Custódia resolução n°213/2015 objeto desta pesquisa em seus pontos principais:

Art. 1° Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independente da motivação ou natureza do ato seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1° A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio de encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2° Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluindo o juiz plantonista.

§ 3° No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que Presidir o Tribunal ou Relator designar para este fim.

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstâncias comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização de audiência no local em que se encontre e nos casos de deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput.

Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais.

Parágrafo Único: Os Tribunais poderão celebrar convênios de modo a viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária correspondente.

Art. 3º Se, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo do art. 1º, a pessoa será levada imediatamente ao substituto legal, observado, no que couber, o § 5º do art. 1º.

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

Parágrafo Único: É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

Art. 5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia, consignado nos autos.

Parágrafo Único: Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública.

Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Parágrafo Único: Será reservado local apropriado do visando à garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público.

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 a integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
- III- Dar ciência sobre seu direito de permanência em silêncio;
- IV- Questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos seus 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 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;

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 de 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 a 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 de liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
- III- A decretação da 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 ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência de custódia conterà, apenas resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso de 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 de liberdade provisória sem ou com 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 expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Art. 12º O termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou a ação penal.

Art. 13º A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurado às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo Único: Todos os mandados de prisão deverão conter expressamente, a determinação, para que, no momento de seu cumprimento a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme a lei de organização judiciária local.

Buscando não só aplicar este instituto, mas também gerir de forma eficiente o mesmo retira-se dados da sua aplicação objetivando sua melhoria, e logo a presente resolução dispõem em seu art. 7º § 1º da seguinte forma quanto ao SISTAC Sistema de Audiência de Custódia:

- I- Registrar formalmente o fluxo das audiências de custódias nos tribunais;

- II- Sistematizar os dados coletados durante a audiência de custódia, de forma a viabilizar o controle das informações produzidas, relativas às prisões em flagrantes, às decisões judiciais e ao ingresso no sistema prisional;
- III- Produzir estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de indicação de respectiva modalidade, de denúncias relativas à tortura e maus tratos, entre outras;
- IV- Elaborar ata padronizada de audiência de custódia;
- V- Facilitar a consulta a assentamentos anteriores, com objetivo de permitir a atualização do perfil das pessoas presas em flagrante delito a qualquer momento e a vinculação do cadastro de seus dados pessoais a novos atos processuais;
- VI- Permitir o registro de denúncias de torturas e maus tratos, para posterior encaminhamento para investigação;
- VII- Manter o registro dos encaminhamentos sociais, de caráter voluntário, recomendados pelo juiz ou indicados pela equipe técnica, bem como os de exame de corpo delito, solicitados pelo juiz;
- VIII- Analisar os efeitos, impactos e resultados da implementação da audiência de custódia

8.2 CORRENTES CONTRÁRIAS A IMPLANTAÇÃO DA “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”

É cediço que alguns seguimentos jurídicos apresentaram certa rejeição à implantação da “Audiência de Custódia”, principalmente por motivos corporativos, alegando falta de recursos para sua implementação sejam eles recursos materiais ou até mesmo humanos, frente o exercício de suas funções inerentes ao ato jurisdicional, fundamentado no sucateamento do sistema prisional brasileiro. Alega-se, em segundo instante, até mesmo argumentos quanto sua necessidade, mas

nenhum deles é capaz de refutar consubstanciadamente os argumentos que levaram a criação de tal mecanismo.

Embora já existisse prerrogativa para encaminhamento ao juiz ou outra pessoa habilitada a exercer as funções jurisdicionais, conforme disposto no artigo 7º do Pacto de San José de Costa Rica, sendo ela juiz ou agente público que exerça função análoga como o delegado de polícia, logo a equiparação entre a autoridade judiciária e o delegado de polícia apresenta-se desequilibrada visto a jurisdição processual de ambas as partes. Ainda existe os que alegam que a audiência de custódia realizada em momento tão precoce da persecução penal faça o magistrado exercer um juízo de valor antecipado podendo ser desproporcional as alegações produzidas até o momento de apresentação do custodiado.

Em último plano a obrigação de apresentação do preso poderia apresentar um elevado gasto aos cofres públicos e por conseqüência elevar os números de pautas no judiciário

8.3 CORRENTES FAVORÁVEIS A “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”

A audiência de custódia não altera os elementos materiais, produzidos pela autoridade policial, mas busca de imediato a análise dos argumentos apresentados, assim permite uma avaliação dos elementos subjetivos do custodiado focando em consubstanciar a fundamentação jurídica para uma sensata análise do caso podendo este ter conhecimento das expressões, tom de voz, forma de agir, quando confrontado por autoridade.

Ao presidir uma audiência de custódia o magistrado terá condições de indagar e fundamentar o juízo de valor fiel ao caso concreto, estando assim em plena consciência de conseguir chegar onde os papeis e documentos, não lhe permitiam vislumbrar, exercitando um juízo de valor completo.

Assim o processo oral consubstanciado em provas técnicas exercido em primeiro plano jurisdicional, torna mais fiel todo o processo penal frente aos bens jurídicos elencados pela sociedade, quanto mais cedo ocorrer à audiência de custódia melhor será tanto para o custodiado quanto para o magistrado evitando-se lesão aos direitos humanos do indivíduo e zelando pela integridade de todo procedimento persecutório penal.

Para refutar todo o alegado quanto à custa para aplicação de tal medida muito se discute frente ao gasto indevido do dinheiro público, como propagandas da administração pública em rádio e televisão e outras medidas desnecessárias. O principal argumento é que este mecanismo poderá mudar a cultura de encarceramento do estado brasileiro, gerando assim desde sua aplicação uma efetiva resposta para a sociedade.

9 ARBITRAMENTO DE FIANÇA

Após o arbitramento de fiança, e não ocorrendo o depósito, seja na fase policial ou jurisdicional deverá ser avaliada a condição de hipossuficiência do agente, verificando as condições que o impediram de cumpri-la e analisando esta falta de pagamento com a conseqüente imposição do cárcere sendo interpretado como impossibilidade de arcar com a presente obrigação devendo ser levado em conta outras medidas para não gerar um dano maior ao agente. A prisão cautelar deve ser considerada exceção, vista como não pronunciamento definitivo do juízo é por isto que esta medida só se aplica caso demonstrado sua real necessidade, buscando assegurar a ordem pública e a devida instrução criminal, por este motivo a aplicação de cautelares se faz necessário dispensando a fiança como única forma de garantir o juízo quanto à devida instrução.

9.1 OMISSÃO DO JUÍZO FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 310 DO CPP

Ao receber toda documentação que instrua a prisão em flagrante a autoridade judiciária deverá fundamentar e aplicar uma das medidas dispostas no artigo 310 do CPP, logo a sua não manifestação constitui ilegalidade e constrangimento ilegal sendo sua permanência contrária ao dispositivo acima, ainda que o mesmo esteja aguardando diligências pendentes, logo a prisão precária imposta ao cidadão sem a devida observação e respaldo legal deverá ser de imediato relaxada.

10 O NOVO PAPEL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COM O ADVENTO DA “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”

O preceito constitucional de presunção de inocência disposto no artigo 5º LVII da CRF/88 impõe as medidas restritivas de direito decretadas durante o processo penal um caráter cautelar, pois o contrário seria antecipação da pena baseado na presunção de culpa do agente que deve coordenar o ato jurisdicional.

A Constituição já trazia em seu bojo a indicação de aplicação da medida cautelar ou colocação em liberdade, desde que fosse requerido pelo Ministério Público é de fundamental importância a manifestação do juízo, o que ocorrerá ao antigo texto do artigo 310 do CPP era um evidente descaso ocasionando um despacho genérico homologando a prisão em flagrante aguardando a remessa do inquérito, logo o que ocorrerá era manutenção da privação da liberdade do agente pela simples existência do estado de flagrância, não levando em conta sua necessidade cautelar violando assim o princípio da inocência descrito na CRF/88.

A reforma originada com a lei 12.403/2011 do artigo 310 do CPP impôs expressamente ao juiz que ao receber o auto de prisão em flagrante manifesta-se quanto à mesma. Este mecanismo alterou a redação do artigo 319 do CPP prevendo alternativas à prisão e mesmo assim a cultura do encarceramento prevaleceu.

Tem-se com a audiência de custódia uma mudança de pensamento e conduta, para alcançar os objetivos da política criminal, a diminuição do encarceramento, resguardando-a para as hipóteses que não se mostrarem suficientes, concretiza-se nesta fase do direito penal no Brasil a efetividade do contraditório e a dialética, a resolução 213 do CNJ busca com a entrevista fundamentar melhor o judiciária e permiti-lo um discernimento real da conduta do agente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa apresenta elementos pontuais frente à aplicação dos preceitos do Estado Democrático de Direito na implantação do instituto Audiência de custódia, e por consequência uma aplicação mais efetiva dos Direitos Humanos assim como o Pacto de San José de Costa Rica, incluindo os tratados do qual o Brasil faz parte. Esta pesquisa traz a sociedade brasileira um novo posicionamento do judiciário, assim como o reconhecimento da necessidade de aplicação de conduta diversa a qual vinha sendo aplicada pelo ordenamento jurídico quanto às prisões, deste o momento de flagrância até a avaliação de sua fundamentação, colocando assim o lavramento de auto de flagrante delito como elemento de base, não como elemento fundamental a decretação da mesma.

Temos diante o exposto que a oitiva do preso e sua condição de fato no ato da apresentação será elemento importante para definição da decisão do magistrado, logo após seu convencimento ele decidirá se relaxará ou não o flagrante, assim como se aplicará medidas cautelares diante o caso concreto e a real periculosidade do agente.

Outro ponto importante deste ordenamento é que a partir da implantação da audiência de custódia todos os atos praticados durante a prisão serão pontuados logo no início do procedimento pelo magistrado, obrigando os agentes executores a ponderar os meios necessários para efetivação da mesma e uma avaliação melhor quanto à periculosidade do agente, ocorrendo assim reavaliação dos meios necessários aplicados nesta fase, assim temos o juiz como agente imparcial primando pela oralidade e apresentação de fato do indivíduo para elaborar fundamentação diante o caso concreto, o que esta em pauta neste instituto não é a avaliação do tipo penal, sim dos meios aplicados para a persecução penal e a devida avaliação do tipo penal.

Temos que após esta, caso instaurado o processo penal o juiz poderá analisar de fato com mais clareza todos os elementos do tipo penal, e terá a real percepção da compreensão do agente frente os atos que lhe são imputados,

podendo assim caminhar pelo processo penal de forma segura, sabendo da real periculosidade do agente, não ficando preso á peças processuais.

O magistrado ao aplicar a audiência de custódia agirá como garantidor da sociedade coibindo e repelindo as práticas abusivas, para aplicação da prisão evitando assim o encarceramento precoce de cidadãos primários e agindo desta forma instituirá uma nova política frente à atuação policial e processual. Conclui-se que esta medida busca primar pelas garantias individuais, evitando a inserção do agente no sistema prisional de forma precoce, dando-lhe a oportunidade de ao cumprir as medidas cautelares ter a oportunidade de ser reintegrado à sociedade fazendo que o mesmo reavalie sua conduta.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- FERNANDES, Marco Antônio Oliveira (Org.) **Constituição Federal Vade Mecum de Direito Rideel** 6° Ed. Atualizado e Ampliado São Paulo: Rideel, 2013, 1738 p. ISBN978-85-339-2737-7
- FIGUEREDO, Ricardo Vergueiro (Org.) **Código Penal e Código de Processo Penal Vade Mecum de Direito Rideel** 6° Ed. Atualizado e Ampliado São Paulo: Rideel, 2013, 1738 p. ISBN978-85-339-2737-7
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PACELLI, Eugênio **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- Termo de Cooperação Técnica nº 007/20015** celebrado entre o Estado de Minas Gerais e o Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.
- Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015** celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.
- PINTO, Felipe Martins. **Audiência de Custódia** Belo Horizonte Imprensa Oficial MG 2016
- OLIVEIRA, Gisele Souza de... [et. al.] 2 ed. **Audiência de Custódia: dignidade da pessoa humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)** Rio de Janeiro Lumen Juris 2015
- Resolução 213 CNJ**. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf. Acesso em 30 de Maio de 2017.
- Lei 12.403/2011**. Disponível em:
 < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 30 de Maio de 2017.