

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS E POSSIBILIDADES NA SEARA PENAL MILITAR

Cleiton Lixieski Sell¹

Joéquison Taschetto Almeida²

Mauro Cesar Maggio Stürmer³

Celso Celidonio⁴

RESUMO

O presente trabalho visa investigar os limites e as possibilidades, bem como os desafios que a audiência de custódia trouxe no âmbito das Forças Armadas. Nessa averiguação, identificaram-se quais os pontos relevantes que tomaram espaço com a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Diante desse aspecto que recentemente foi motivado pelo CNJ, utilizou-se na metodologia a trinômio teoria de base/abordagem, procedimento e técnica. A teoria de base fundamentou-se no cerceamento da liberdade por

intermédio do flagrante delito invariavelmente motivada pelo ato. Como procedimento utilizou-se de leituras através de uma análise bibliográfica, utilizando-se a consulta de livros, artigos científicos e *sites* direcionados a pesquisa, que ao cabo, foram consolidadas por fichamentos e resumos para formulação das hipóteses e suas respostas. Diante dessa constatação, torna-se um desafio no ambiente militar a execução da audiência de custódia, vindo a contribuir para manter a integridade e coerência ao fiel cumprimento dos direitos da ampla defesa do flagranteado.

¹Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta UNICRUZ. Integrante dos Grupos de Pesquisas do Trabalho (GPT) da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, registrado no Diretório de Grupos do CNPq. cleitonls.direito@gmail.com

²Pós Graduando em Direito Público (EAD) pela Faculdade Damásio. Pós Graduando em Direito Administrativo (EAD) pelo Centro Universitário Amparense – UNIFIA. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. jotaschetto@gmail.com

³Mestre em Direito Público pela Universidade de Direito de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Militar pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Faculdade Metodista de Santa Maria – FAMES. Professor na Pós Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Palotina de Santa Maria – FAPAS. mauro_sturmer@hotmail.com

⁴Juiz-Auditor Diretor do Foro Militar da 3ª Auditoria da 3ª CJM - Justiça Militar da União. Professor do Curso de Especialização em Direito Militar da Faculdade de Direito de Santa Maria. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade da Região da Campanha URCAMP (1980/1986). Advogado de Ofício da Justiça Militar (atual cargo de Defensor Público Federal) (1977/1982). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ. celsocelidonio@gmail.com

Palavras-chave: Audiência de custódia. Justiça Militar da União. Prisão em Flagrante Delito.

ABSTRACT

This study aims to investigate the limits and possibilities as well, the challenges that the custody hearing brought in the Armed Forces. In this investigation, we identified that the relevant points that took space with Resolution 213/2015 of the National Council of Justice. Given this aspect that recently was motivated by the CNJ, we used the methodology to trinomial basic theory / approach procedure and technique. The basic theory was based on the restriction of freedom through the flagrante delicto invariably motivated by the act. As procedure we used readings through a literature review, using the consultation of books, scientific articles and websites targeted research, which the cable, were consolidated by fichamentos and summaries for the formulation of hypotheses and their answers. Considering this fact, it becomes a challenge in the military environment the execution of the custody hearing, been contributing to maintain the integrity and coherence of the faithful fulfillment of the rights of legal defense of flagranteado.

Keywords: Custody hearing. Military Justice Union . Prison. Arrest in Flagrante Delicto.

1 INTRODUÇÃO

Com as fortes tendências que permeiam a sociedade na atualidade, consita-se, a voltar ao tempo onde as regras da sociedade eram as forças míticas, onde os povos acreditavam que somente era correto e permitido aquilo que a vontade dos deuses não proibisse. Então, depois de tantos anos chega-se aos dias atuais, onde se é regido por normas positivas as quais defendem a vontade e o bem-estar da sociedade, dando-lhes - em teoria - condições básicas

de proteção ao seu bem maior, que é a vida.

Em busca de um avanço no desvelamento da Constituição, faz-se necessário compreender a origem histórica da filosofia racionalista, onde esses entendimentos eram materializados e consolidados em meados do século XVI, que sobre tudo, contemplavam autores como Hobbes, Leibniz e Spinoza, sendo os precursores do racionalismo a partir dessa perspectiva.

Em virtude de o ambiente militar ser diferenciado, e que a cada ano incorporam novos jovens para cumprir o tempo de serviço militar inicial obrigatório, é preciso fazer uma reflexão das principais falhas que ocorrem quando o militar ainda está na ativa, e seus reflexos que geram um desconforto para a própria administração. Para tal, precisa-se fazer um combate preventivo em relação às medidas cautelosas que cada autoridade competente tem e, a partir de suas atribuições, acompanhar problemas dessa natureza para diminuir o número de casos de militares que cometem crime anualmente.

O presente estudo visa desmistificar a questão da audiência de custódia no âmbito penal militar. Onde por sua vez, cada vez mais aumentam os casos em que militares se envolvem em crimes e passam a responder processos que tramitam na Justiça Especializada Castrense. Com o escopo de garantir os direitos fundamentais do custodiado, especialmente àqueles concernentes a sua integridade física e psíquica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, regulamentou a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Insta salientar que o início do Projeto “Audiência de Custódia” deu-se por ocasião do julgamento de medida cautelar solicitada na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que pedia providências para a crise

prisional do país. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pediu, em sede de cautelar, o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

Dentre as medidas solicitadas incluem-se a que pede providências a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Essa rápida apresentação ao Magistrado, torna o processo mais transparente e resguardado de elementos como a integridade física do flagranteado presente, visto que, tendo em vista a atual conjuntura que as forças de segurança estão dispostas, principalmente as forças auxiliares que diariamente entram em confronto com traficantes, torna-se fundamental pensar em alternativas que possam direcionar essas condutas nos procedimentos como o Auto de Prisão em Flagrante (APF).

Com uma perspectiva baseada na Constituição Federal de 1988, vale destacar que o desenvolvimento desse trabalho passou a ser analisado de forma linear, onde teve o ponto de partida com a resolução do CNJ de 2015, onde trouxe para o direito penal a audiência de custódia após o flagrante. Diante dessa abordagem, foram detalhados alguns aspectos relevantes que inovaram esse procedimento inicial, onde foram observados alguns desafios e possibilidades que o processo penal incorporou, tendo em vista que o Brasil é um país onde os índices de violência atingem patamares assustadores.

2 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015 SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL: ORIGEM E PRESSUPOSTOS

Nessa linha de raciocínio, o fenômeno

da “Constitucionalização” do direito ocorre com a nova configuração das Constituições de outros países que surgem após a segunda Grande Guerra, quando elas deixam de ter um papel apenas inspirativo e, passam a conter um extenso catálogo de direitos fundamentais que reclamam a atuação do Estado. Com a crise do Estado do Bem-estar, como também o cumprimento de boa parte dos programas previstos nas Constituições, cresce a importância do Poder Judiciário, o que irá implicar nessa adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção (SARMENTO, 2009).

2.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Ocorrendo a violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade das autoridades públicas em modificar a conjuntura que se apresenta, diz-se que se está diante do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) (CAMPOS, 2015). Desse modo, apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pedindo que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. O objetivo principal da arguição foi de mover a estrutura do Estado no sentido de encontrar solução à precariedade do sistema prisional no país e, dessa forma, garantir os direitos fundamentais da população carcerária.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma

violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo cruéis e desumanas e que diversos dispositivos constitucionais e documentos internacionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas. Nesse sentido, a corte suprema decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar e, dentre os diversos pedidos, determinar aos juízes e tribunais do país que programem as audiências de custódia.

Verifica-se que havendo a inércia generalizada nos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal, cabe, em conformidade com a teoria em análise, ao STF coordenar ações visando resolver o problema e monitorar os resultados alcançados.

2.2 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nessa abordagem a respeito da audiência de custódia, são levantadas situações que reiteradamente ocorrem envolvendo a questão do “flagrante”. Insta salientar que, no momento em que o flagranteado se torna vítima de uma abordagem equivocada ou com grau de responsabilidade por parte da autoridade militar policial, abrem-se discussões em torno de sua finalidade enquanto órgão garantidor dos direitos do indivíduo, no caso, o flagranteado.

Essa prisão em flagrante delito está descrita no inciso LXI, do art. 5º, da Constituição Federal⁵. Dessa forma, fica explícito a questão do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), sendo de competência de autoridade judiciária, tendo à exceção a regra que é quando se trata de transgressão realizada por militar, bem como crime que seja considerado propriamente militar.

Nessa perspectiva fundamentada no direito penal militar, a audiência de custódia vem no sentido de garantir o correto procedimento em relação à proteção dos direitos individuais que passam a ser resguardados desde os preceitos da Carta Magna. Assim sendo, tendo uma matriz teórica sustentada pela hermenêutica, perpassando pelo método de procedimento histórico, que consiste em investigar os fatos, bem como acontecimentos e/ou fenômenos nos processos e instituições do passado que passam a ser analisadas sob a ótica do presente, onde as instituições alcançaram alterações consistentes em componentes, vindo a ser influenciadas por elementos como a cultura particular de cada período e local.

Com a análise da resolução 213/15, o direito processual penal passou a ser observado por outra lente, onde foi introduzida na seara penal militar a audiência de custódia. Nessa perspectiva, o processo está buscando uma aproximação com a Constituição Federal, observando direitos fundamentais como da manutenção da integridade física do custodiado. Dessa forma, trazendo para a *práxis* jurídica, evita o abuso no momento da prisão do flagranteado.

Diante do projeto que foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como

⁵Art. 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:

[...].

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

com o Tribunal de Justiça de São Paulo, a audiência de custódia consiste em uma apresentação do custodiado para uma audiência, onde será assegurado tanto ao custodiado e/ou advogado, quanto ao Ministério Público e a Defensoria, manifestações a respeito dos motivos da prisão do flagranteado (MICHAELSEN, 2016).

Nessa hipótese, é importante destacar o avanço que se teve em relação à jurisdição processual penal e o seu reflexo na seara penal militar. Essa quebra de paradigma que percorre uma história de descumprimento de direitos básicos, onde esses direitos iniciam desde o descumprimento do prazo processual até o cumprimento da sentença. Dessa forma, insta salientar, que mesmo fazendo uma análise literal da resolução, ainda caminha-se a passos largos em destino ao prazo discricionário do Juiz.

Nessa senda, a audiência de custódia procura estabelecer o contato do custodiado com o Magistrado em um período de tempo razoável. No âmbito do direito penal militar, a audiência de custódia tem a finalidade de evitar o famoso “tapa na cara”, visto que, quando da apresentação ao magistrado, este observará a lisura do ato e o respeito às garantias constitucionais e legais. Essa observação aos direitos do custodiado, corroborada pela audiência de custódia, evitaria desdobramentos futuros no tocante à manutenção da prisão legal por parte dos agentes da segurança, que no caso das Forças Armadas, seria a garantia de um procedimento íntegro e coerente com o processo.

Como todo dilema, prevenir é melhor do que remediar, nos processos judiciais não é diferente, pois ao trabalhar de forma orientada com os militares no sentido de prevenir que ocorra um número elevado de processo torna-se fundamental para que os prazos possam ser atendidos.

3. DESAFIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO MILITAR

Logo após a edição da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede em Santa Maria – RS baixou a portaria regulamentando a realização de audiência de custódia naquele órgão. Trata-se da Portaria nº 128 de 13 de novembro de 2015. Para a edição do ato normativo levou-se em consideração as garantias e direitos fundamentais do cidadão expressos nas diversas leis esparsas, na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no direito brasileiro.

O “Projeto Audiência de Custódia”, no âmbito da 3ª Auditoria da 3ª CJM é subordinado ao Juiz-Auditor, a quem cabe determinar as medidas necessárias à sua programação e desenvolvimento. O projeto foi implantado a partir do dia 07 de janeiro de 2016, e a principal ação consiste na oitiva do preso em flagrante, por autoridade judicial, a fim de controlar a legalidade e a necessidade da prisão, bem como de resguardar a integridade física e psíquica do custodiado.

Estabelece a referida portaria que, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial militar deverá encaminhar o procedimento ao juízo, inicialmente pela via eletrônica, sendo os originais, remetidos posteriormente. Após a análise preliminar, o Juiz-Auditor designará data e hora para a audiência de custódia, que ocorrerá até 48 horas após a prisão, devendo a autoridade policial apresentar o preso na sede do juízo. Nestes casos, dada à necessidade de celeridade do ato, a intimação do Ministério Público Militar e da defesa constituída ou da Defensoria Pública da União será feita por meio de contato telefônico. Percebe-se a constante preocupação com a agilidade na execução dos atos iniciais do procedimento,

especialmente no que tange à utilização de meios eletrônicos para as comunicações e remessa de documentos. Dessa forma, pretende-se abreviar ao máximo a apresentação do custodiado ao seu juiz natural e, assim, prevenir e/ou cessar o cometimento de arbitrariedades, especialmente àquelas concernentes à integridade física e psíquica.

Note-se que o prazo previsto na Portaria 128 difere daquele estampado na Resolução 213 do CNJ. Tal fato se dá haja vista a distância variável das diversas organizações militares (OM's) pertencentes à jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª CJM. Em alguns casos, as OM's distam mais de 300 quilômetros da Auditoria, o que pela distância e dificuldades de acesso inviabilizaria a apresentação do preso no prazo de 24 horas determinado pelo CNJ. As audiências de custódia realizam-se nos dias úteis, finais de semana e feriados mediante prévio contato do preso com o seu advogado constituído ou, caso não possua, com o Defensor Público Federal.

Inicialmente, o custodiado é ouvido acerca de sua qualificação e condições pessoais, tais como estado civil, nível de escolaridade, profissão ou meio de vida, fontes de renda e local de residência e trabalho. Ato contínuo, o Juiz-Auditor informa ao preso o seu direito constitucional de permanecer calado e ouve-o sobre as circunstâncias objetivas de sua prisão. Em seguida podem formular perguntas ao preso os representantes do Ministério Público Militar e da defesa, respectivamente. Importante destacar que neste ato não são admitidas perguntas que antecipem a instrução própria de eventual processo de conhecimento.

Ao final da audiência de custódia, cabe ao magistrado decidir sobre a manutenção ou não da restrição de liberdade. Verifica-se três possibilidades de decisão, quais sejam: a) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; b) relaxamento da prisão; ou c) concessão de liberdade provisória. No primeiro caso,

quando há a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a manutenção da restrição de liberdade é imediatamente comunicada à autoridade policial militar e abre-se vista ao Ministério Público Militar para os fins previstos no Código de Processo Penal Militar. Havendo relaxamento de prisão ou concessão de liberdade provisória, incontinenti será expedido o devido alvará de soltura, que será encaminhado à autoridade policial militar para imediato cumprimento, após dar-se-á vista ao Ministério Público Militar para os fins legais.

Partindo de uma análise processual judicial, os magistrados fundamentam suas decisões adequando a um princípio, que seja coerente em relação ao direito, que passa a ser o impulsor nessa relação processual. Também cabe ressaltar, que essa estrutura deverá manter a integridade, onde Dworkin (2014) define serem essenciais nos casos difíceis, que consistem em analisar situações preliminares, onde existe dúvida em relação à prevalência das interpretações no caso concreto.

Assim sendo, caberá ao magistrado optar, não por livre e espontânea vontade, como muitas vezes são reproduzidos memoriais descritivos, mas baseada na interpretação mais adequada, calcada nos preceitos da moral política, estruturada nas instituições, bem como, nas decisões da comunidade, no caso do júri popular no processo penal.

Nas palavras de Streck (2011), é necessário pensar o direito sob a lente constitucional, onde o magistrado tenha certeza de sua responsabilidade que tem com a sociedade, bem como política, pois deverão estar presentes princípios como a integridade e a coerência, que é o que uma Constituição dirigida, como a brasileira estabelece.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da abordagem realizada no

decorrer do texto, fazendo uma análise das origens do projeto da audiência de custódia, que passou a ser inserido nos tribunais pela determinação do CNJ, onde se tem analisado nessa audiência os requisitos como a legalidade, bem como a manutenção da prisão em determinados casos. A audiência de custódia torna-se ainda mais efetiva em relação à garantia do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, após ser ouvido o custodiado, terá direito a palavra o Ministério Público, do Defensor Público ou do próprio advogado que o custodiado for arguir.

Nesse sentido, tendo sido argumentada a questão da manutenção da integridade física do indivíduo, a audiência de custódia comprova ser fundamental para obedecer de forma mais segura e garantidora dos direitos humanos fundamentais, que devem ser cumpridos a luz da Constituição. Também vale lembrar, que em se tratando de processo, com essa audiência reforça o processo fidedigno desde o início, onde no momento da prisão propriamente dita, já estão intrínsecos os preceitos da garantia da dignidade da pessoa humana, sendo obedecida a questão da legalidade processual, visto que, evita, sobre tudo, a prisão equivocada ou por falha processual do flagranteado.

Importante destacar, ainda, que a audiência de custódia em nada abala os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, portanto, verdadeiros pilares que regem a vida na caserna. Pelo contrário, o que se verifica com a realização da audiência de custódia é que corroborado está o ato do comandante (ou chefe) da OM que efetuou a prisão, pois, a partir da realização da mencionada audiência, o agente coator, se existir, será o magistrado presidente da mesma e não mais o comandante ou chefe.

Nessa linha de raciocínio, os caminhos que essa nova sociedade em rede trouxe, e ainda está por trazer, ainda é desconhecida, e não podem ser medidos por palavras inseridas em processos, pois caberá ao jurista trazer o direito que muitas

vezes é contaminado pelas raízes históricas, que em última análise, trata dois pesos e duas medidas que vai de encontro com tudo o que foi abordado no texto sobre os desafios da audiência de custódia inserida no âmbito penal militar no século XXI.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. **Portaria 128 da 3ª da Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar**. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/upload/bjm/7890.pdf>>. Acesso em: 26 de ago. 2016.

_____. **Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 26 de ago. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 26 de ago. 2016

MICHAELSEN, Maurício. **Audiência de Custódia**. O direito do militar. Disponível em: <<https://odireitodomilitar.blogspot.com.br/2016/01/audiencia-de-custodia.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George

Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.