



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA-UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO
HUMANITÁRIO DO PROCESSO PENAL**

Aldemar Monteiro da Silva Neto

Fortaleza - CE
Agosto, 2016

ALDEMAR MONTEIRO DA SILVA NETO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO
HUMANITÁRIO DO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa.

Fortaleza – Ceará
2016

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza.

Silva Neto, Aldemar Monteiro da.

A audiência de custódia como instrumento humanitário do
processo penal / Aldemar Monteiro da Silva Neto. - 2016

110 f.

Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de
Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional,
Fortaleza, 2016.

Orientação: Gustavo Raposo Pereira Feitosa.

1. Audiência de custódia. 2. Convencionalidade. 3.
Ilegalidade. 4. Prisão. 5. Reincidência. I. Feitosa, Gustavo
Raposo Pereira. II. Título.

ALDEMAR MONTEIRO DA SILVA NETO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO
HUMANITÁRIO DO PROCESSO PENAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Orientador
UNIFOR

Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias
Examinador
UNIFOR

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Examinador
UFC

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me fortalecer em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, Aldemar e Gerusa, por tudo o que sempre fizeram e fazem por mim.

À Ariadny, minha esposa, pelo apoio e companheirismo de sempre.

Aos colegas da Universidade, pelos bons momentos e experiências compartilhadas.

Ao professor Gustavo Raposo, pela orientação e por todos os ensinamentos em sala de aula.

“Ninguém conhece realmente uma Nação até entrar nas suas prisões”

Nelson Mandela

RESUMO

Por meio do presente trabalho, pretende-se examinar a obrigatoriedade da audiência de custódia, isto é, da apresentação da pessoa presa perante uma autoridade judiciária, sem demora, ou no mais prévio prazo, consagrada em tratados internacionais, dos quais o Estado brasileiro é signatário, mesmo sem previsão no ordenamento interno. Somente o art. 306 do Código de Processo Penal, corroborando o disposto no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, determina a comunicação imediata da prisão em flagrante ao juiz competente e o envio do respectivo auto, no prazo vinte e quatro horas, a contar da detenção, mas não comina a obrigação de apresentação pessoal do preso. Para isso, abordaram-se os princípios aplicáveis à audiência de custódia, bem como se destacou o conceito, finalidades da audiência de custódia e a proteção aos direitos fundamentais, que foram protegidos por diversas garantias fundamentais, bem como em tratados internacionais de direitos humanos, utilizados como parâmetro na interpretação das normas internas, realizando-se o controle de convencionalidade. Ademais, analisou-se a experiência cearense na implantação da audiência de custódia, comparando com outros Estados brasileiros, e a sua contribuição para a redução no número de pessoas no sistema penitenciário. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, assim como se utilizou de pesquisa bibliográfica e documental, com consultas em sítios eletrônicos, além de livros, dissertações, legislação e artigos científicos, tendo sido realizada também pesquisa jurisprudencial nos sítios de Tribunais. Conclui-se que a não realização da audiência de custódia, apesar de entendimento jurisprudência majoritário em sentido contrário, torna a prisão em flagrante ilegal, mesmo quando observadas as exigências constitucionais e legais, haja vista que os direitos humanos não foram respeitados e que aquela pode ser um importante instrumento no desencarceramento e na diminuição da reiteração de crimes, desde que seja realizado o acompanhamento das medidas cautelares diversas.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Controle de convencionalidade. Ilegalidade da prisão em flagrante. Redução do encarceramento. Reincidência.

ABSTRACT

Through this work, we intend to examine the requirement of the custody hearing, that is, the person presentation prey before a judicial authority without delay, or in the previous term, as enshrined in international treaties, of which the Brazilian State is signatory, even without provision in national law. Only the art. 306 of the Criminal Procedure Code, confirming the provisions of art. 5, LXII of the Federal Constitution, determines the immediate communication of the arrest in flagrante delicto to the competent court and sending the respective procedure within twenty-four hours, after the arrest, but not the obligation Comina personal presentation of the prisoner. For this, the principles we approached the custody hearing, and highlighted the concept, custody hearing purposes and the protection of fundamental rights, which are protected by several fundamental guarantees, as well as international human rights treaties used as a parameter in the interpretation of internal rules, performing control of conventionality. In addition, we analyzed the cearense experience in the implementation of the custody hearing, compared to other states, and their contribution to the reduction in the number of people in the prison system. Adopted the hypothetical-deductive method, and was used bibliographical and documental research, with consultations in their websites, as well as books, dissertations, legislation and scientific papers and was also carried out research on the sites jurisprudential Courts. It follows that failure to custody hearing, despite understanding majority jurisprudence to the contrary, makes the arrest illegal act, even when subject to the constitutional and legal requirements, given that human rights were not respected and that it can be an important instrument for extrication and decreased reiteration of crimes, provided it is carried out the monitoring of various protective measures.

Key-words: Custody hearing. conventionality control. Prison illegality in the act. incarceration reduction. Recidivism.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Número de autuações, presos não apresentados e audiências realizadas (apresentados) de agosto a dezembro de 2015 na Comarca de Fortaleza.....	92
Tabela 2 – Quantidade de pessoas mantidas presas, medidas cautelares, alvarás de soltura, relaxamento de prisão, monitoramento eletrônico em 2015.....	93
Tabela 3 – Quantidade de pessoas mantidas presas, medidas cautelares, alvarás de soltura, relaxamento de prisão, monitoramento eletrônico no primeiro semestre de 2016.....	94

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS RELACIONADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	17
1.1 Devido processo legal.....	18
1.2 Do contraditório.....	21
1.3 Da ampla defesa.....	23
1.4 Presunção (estado) de inocência ou não-culpabilidade.....	26
1.5 Duração razoável do processo.....	29
1.6 Da proporcionalidade.....	32
2 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	36
2.1 Conceito.....	38
2.2. Finalidades.....	40
2.3 Da falta de regulamentação legal.....	41
2.4 Audiência de Custódia na América Latina.....	44
2.5 Da implantação das audiências de custódia no Brasil.....	47
2.6 O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que estabelece o Novo Código de Processo Penal.....	48
2.7 O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.....	49
2.8 A Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça.....	53
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	58
3.1 A liberdade de locomoção como direito fundamental.....	59
3.2 Tratados internacionais de Direitos Humanos e controle de convencionalidade.....	62
3.3 Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF nº 347).....	67
3.4 Da (i)legalidade da prisão em flagrante ante a ausência da audiência de custódia...	69
4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO CEARÁ.....	80
4.1 A implantação Audiência de Custódia no Estado do Ceará (Resoluções nº 14/2015 e nº 13/2016 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará)..	80
4.2 Da regulamentação no âmbito da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará....	83

4.3 Da atuação do Ministério Público.....	84
4.4 A reação e a receptividade dos atores sobre a audiência.....	86
4.5 Desafios após a regulamentação.....	88
4.6 Experiências vivenciadas nas audiências de Custódia em Fortaleza.....	90
4.7 Dos resultados preliminares.....	92
4.8 Central de Alternativas Penais – CAP.....	96
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS.....	103
APÊNDICE.....	101

INTRODUÇÃO

Em estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014, conclui-se que a população carcerária brasileira é de 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três mil) presos, levando-se em consideração as pessoas mantidas em prisão domiciliar, cerca de 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Com esses números, tem-se que o Brasil é o terceiro colocado em população carcerária do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China e superando a Rússia. Desse total, 32% (trinta e dois por cento) são presos provisórios, isto é, estão com sua liberdade de locomoção privada por força de prisões cautelares e que, sequer, tiveram uma sentença, ainda que provisória. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Trata-se de uma situação preocupante, mormente levando-se em consideração o alto índice de encarceramento sem uma manifestação do Poder Judiciário sobre mérito do processo (leia-se: sobre a acusação imputada ao preso). Prende-se antes de se verificar efetivamente a culpa, violando o postulado da presunção de inocência.

A prisão antes da sentença definitiva é possível desde que tenha natureza cautelar, visando garantir a eficácia do processo penal. Porém, não se pode esquecer que se trata de uma medida extrema, sem falar na possibilidade de imposição de outras medidas cautelares menos invasivas.

Outro dado inquietante das prisões brasileiras consiste no índice da prática da tortura e de outras formas de abusos e maus tratos. Sim, a tortura, infelizmente, ainda é uma realidade, ocorrendo na detenção, por agentes públicos e também por particulares, uma vez que a sociedade, indignada com o aumento da violência, vem realizando a autotutela, que, na maioria dos casos, culmina em torturas seguidas de mortes.

A prática da tortura é percebida, ademais, nos interrogatórios e dentro dos estabelecimentos prisionais, quando o preso é submetido a sofrimento físico e mental não previsto em lei, notadamente por agentes penitenciários.

Devidos aos problemas do sistema penitenciário apontados, estendidos até as delegacias de polícia, o Estado brasileiro vem sendo duramente criticado e sancionado em organismos internacionais, já que não vem cumprindo tratados internacionais de direitos humanos dos quais é signatário.

Já se percebeu que não adianta construir mais estabelecimentos prisionais, criando vagas no sistema carcerário, se os problemas causadores da criminalidade não forem mitigados. Neste contexto, tem-se a audiência de custódia como um mecanismo para reduzir a população carcerária, uma vez que, logo após a prisão a pessoa detida deve ser apresentada a uma autoridade judicial que decidirá sobre a legalidade e a necessidade do encarceramento.

Desde os tempos do império, a prisão em flagrante foi usada como ferramenta de “controle social”, especialmente de negros e pobres. Mesmo com o passar dos séculos, o panorama não mudou. A polícia continua realizando prisões, muitas destas desnecessárias ou até mesmo arbitrárias, sendo a análise da legalidade realizada pelo Judiciário *a posteriori*.

O Poder Judiciário brasileiro, por sua vez, tem a sua parcela de contribuição no grande número de pessoas encarceradas, já que adota uma postura conservadora, malgrado a promulgação da Lei nº 12.430/11, a qual instituiu as medidas cautelares diversas da prisão, pois muitos dos juízes continuam com a bipolaridade da prisão e da liberdade provisória.

O índice de presos provisórios apontado não pode ser considerado dentro dos padrões da normalidade. Vários fatores contribuem para isso, dentre eles a morosidade processual, ocasionada pela falta de estrutura do Poder Judiciário, assim como devido ao uso excessivo das prisões cautelares.

Deve-se ter em mente que as prisões cautelares são medidas excepcionais, e mesmo quando necessárias, prejudiciais. Em muitos casos, a aplicação de medidas cautelares diversas, como, por exemplo, a obrigação de comparecimento a determinado local, como a Central de Alternativas Penais – Órgão de apoio ao cumprimento das medidas cautelares no Estado do Ceará, bem como a proibição de contato com a vítima, são suficientes para garantir o processo penal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) restou internalizada pelo Decreto nº 678/92. Referido diploma internacional prevê a apresentação do preso, sem demora, perante a autoridade de judiciária competente para verificar a legalidade e a necessidade da prisão (art. 7º, item 5). Mesmo signatário da convenção, o Brasil não possui previsão da audiência de custódia em seu ordenamento interno, prevendo o artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal somente o envio do auto de prisão em flagrante ao juiz, no prazo de vinte e quatro horas (PAIVA, 2015).

Além de analisar a legalidade, a necessidade da prisão cautelar, bem como intimidar a prática da tortura, a obrigatoriedade da audiência de custódia ainda colabora na prevenção de desaparecimentos e execuções de presos, sendo esta a fundamentação da Corte Interamericana no *Caso Velásquez Rodríguez VS. Honduras* em 1988. (ARAÚJO, 2015)

O presente trabalho objetiva responder aos seguintes questionamentos: O que consiste a audiência de custódia? Ela é obrigatória no ordenamento brasileiro, uma vez que é previstas em tratados internacionais assinados pelo Brasil? Quais as suas finalidades? Com a sua aplicação contribuir-se-á para a diminuição do número de prisões cautelares e da reincidência?

Neste diapasão, tem-se como objetivo pesquisar os fundamentos para um tratamento mais humanitário das pessoas presas com a aplicação da audiência de custódia, prevista em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, os quais o Brasil é signatário, sendo aquela como uma medida de abreviar o encarceramento ilegal e desnecessário.

De forma mais específica, objetiva-se analisar criticamente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, se os mecanismos postos pela audiência de custódia, com a participação da Defensoria Pública do Estado do Ceará e demais atores do sistema de justiça, são capazes de reduzir o número de presos provisórios, evitar torturas e outras formas de maus tratos, assim como mitigar o percentual reincidência em prisões em flagrante delito no Estado do Ceará, mais especificamente, na comarca de Fortaleza.

Através da presente pesquisa pretende-se evidenciar a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, em face da sua previsão em tratados internacionais de direitos humanos, bem como a sua contribuição para o desencarceramento provisório, diminuição da prática da tortura e reincidência.

No que tange à metodologia, adotou-se o método hipotético-dedutivo. Utilizou-se pesquisa bibliográfica, com consultas em sítios eletrônicos, além de livros, dissertações, legislação e artigos científicos. Também se realizou pesquisa jurisprudencial nos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e dos Tribunais Superiores. Conquanto se trate de tema recente, buscou-se, ademais, analisar os dados fornecidos pelos Estados acerca da audiência de custódia, notadamente as realizadas na Comarca de Fortaleza.

A importância desta pesquisa reside no fato de que, por muitos anos, o Estado Brasileiro não cumpriu institutos consagrados em tratados internacionais de que é signatário, institutos estes que se referem a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Malgrado passadas décadas da internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos, procura-se adequar a legislação interna aos ditames convencional.

Para escopo, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, inicia-se com a diferenciação entre regras e princípios, segundo a teoria de Alexy, para em seguida observar os princípios constitucionais e convencionais do processo penal que aplicáveis à audiência de custódia, dentre os quais, destacam-se o contraditório, a ampla defesa, bem como o postulado da proporcionalidade.

No segundo capítulo, aborda-se a audiência de custódia na sua conceituação, abrangendo as suas finalidades. Observa-se, ademais, a previsão daquela nos ordenamentos alienígenas e tratados internacionais de direitos humanos. Ressalta-se a ausência de ato legislativo interno regulamentando o tema, existindo, apenas, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 554/11, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009), assim como a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que implantou a audiência de custódia em âmbito nacional e as Resoluções dos Tribunais estaduais, no caso cearense, a Resolução nº 14/2015, do Órgão especial do Tribunal de Justiça.

Será estudado o controle de convencionalidade (leia-se: interpretação da Constituição e de normas infraconstitucionais a luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados internacionais) no terceiro capítulo, dando-se ênfase à teoria do “Estado de coisas inconstitucional”, adotada pela Corte Suprema brasileira, na decisão liminar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, que obrigou os todos os estados implantarem a audiência de custódia no prazo de noventa dias.

Ainda neste capítulo, aponta-se o entendimento jurisprudencial pátrio acerca da obrigatoriedade da realização da audiência de custódia e as consequências pela sua não realização.

No último capítulo, busca-se analisar a experiência da audiência de Custódia no âmbito do Estado do Ceará, desde a elaboração dos atos normativos do Poder Judiciário (Resoluções nº 14/2015 e 13/2016), da Defensoria Pública e Ministério Público estaduais. Aponta-se, ainda neste capítulo, como se deu a receptividade da audiência de custódia pelos operadores do direito, bem como as dificuldades relatadas durante a implantação na Comarca de Fortaleza.

Por fim, analisa-se os resultados obtidos no Estado do Ceará (Leia-se: Comarca de Fortaleza) com os demais estados brasileiros, bem como as medidas de acompanhamento no cumprimento das medidas cautelares, observando se estas mitigam ou não a reincidência.

1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS RELACIONADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A atividade de conceituar princípios é uma das mais tormentosas no meio acadêmico, existindo grande divergência entre os conceitos. Porém, resta imprescindível, ao menos a delimitação do conceito de princípio, para a compreensão do objeto estudado.

No presente trabalho, adotar-se-á os princípios no sentido de espécie de normas jurídicas, assim como as regras. Segundo Luís Roberto Barroso (2007, p. 10):

O reconhecimento da distinção valorativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.

Para Robert Alexy (2008, p.141), as normas de direitos fundamentais podem ter o caráter dúplice, já que normalmente se expressam como regras ou princípios, mas, em determinados casos, possuem natureza de princípios e regras simultaneamente.

Logo, Alexy classifica as normas jurídicas em duas classes, as *regras* e os *princípios*. Essa classificação não é fundamentada em critérios como generalidade e especialidade da norma, porém, em sua estrutura e forma de aplicação. As *regras* anunciam deveres definitivos e são aplicadas através da subsunção. Por sua vez, o *princípios* expressam deveres *prima facie*, sendo o seu conteúdo definitivo determinado somente após sopesamento com o princípios colidentes no caso concreto. São normas que obrigam que alguma coisa seja realizada na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (mandamentos de otimização) (SILVA, 2002, p.26).

Nesta senda, como mandamento de otimização os princípios são aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Normativas, porquanto a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se objetam. Fáticas, pois o conteúdo dos princípios como normas de conduta somente é determinado quando diante dos fatos (ÁVILA, 2009, p. 35-36).

A seguir abordar-se-á os princípios fundamentadores da audiência de custódia, quer no plano constitucional (direitos e garantias fundamentais), quer no plano convencional, como normas de proteção aos direitos humanos.

1.1 Devido processo legal

O devido processo legal foi positivado, pela primeira vez, na Inglaterra medieval, por meio da *Magna Charta Libertatum* de 1215, após uma onda de abusos praticados pelo Rei João Sem-Terra - sucessor de Ricardo Coração de Leão - que cobrava impostos elevados e invadia as propriedades dos não pagadores. A nobreza cansada das explorações e dos abusos do monarca, obrigou este a editar aludido documento para assegurar seus direitos (MORAIS, 2001, p. 138).

Dentre os direitos consagrados, estava o *due process of law*, que garantia um processo justo antes que perda da liberdade e do patrimônio fosse razoável e proporcional. O homem livre deveria ser julgado pelos seus pares e conforme os costumes locais (COSTA, 2001, p. 267-280).

O cânone do devido processo legal foi introduzido no direito norte-americano colonizadores ingleses, sendo previsto, inicialmente, na Declaração dos Direitos da Virgínia, malgrado alguns defenderem a sua existência em cartas anteriores, como a *Charter of New England* – 1620; *Charter of Massachusetts Bay* – 1629 (LEAL, 2001, p. 14).

Depois da guerra pela independência estadunidense, inclui-se a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*) na Constituição norte-americana, a qual previu vários direitos fundamentais, tais como o tribunal do júri, o devido processo prévio para a pena de morte e a privação da liberdade e dos bens dos cidadão americanos. Em 1868, com a vigência da emenda XIV, o devido processo legal, passou a ser positivado da seguinte maneira:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. (RAMOS, 2006, p. 269)

Diversamente da Magna Carta inglesa de 1215, que previa um devido processo não democrático, pois beneficiava apenas a nobreza, detentora das fontes de riqueza, a Emenda XIV democratizou referido princípio, estendendo-o a toda pessoa nascida em solo norte-

americano. A cláusula do devido processo legal passou a proteger os direitos fundamentais, tornando-se numa garantia fundamental.

O legislador constituinte originário brasileiro, com fundamento nos valores ligados à dignidade da pessoa humana, à democracia, aos direitos fundamentais, elencou o princípio do devido processo legal como uma garantia fundamental (art. 5º, LIV, da CF). Com efeito, ninguém poderá ter seus bens confiscados ou sua liberdade tolhida sem um processo prévio com procedimento tipificado em lei.

Doutrinariamente, o devido processo legal é classificado em duas perspectivas: a *processual*, a qual assegura os direitos por meio de procedimentos, previamente estabelecidos, tanto na investigação, quanto na instrução e julgamento (*procedural due process*); a *material ou substancial*, que possibilita um controle das decisões judiciais, já que obriga uma atuação adequada, correta e razoável do magistrado (*substantive due process of law*). (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 66).

Para o neoconstitucionalismo, o grande desafio da atualidade é dar a máxima eficácia aos direitos fundamentais. No campo do processo penal, verifica-se a existência de dois direitos: o “privado” (acusado) e o público (sociedade). Muito se tem invocado o princípio da supremacia do interesse público no processo penal, o que é um equívoco. Aury Lopes Júnior (2015, p. 34) assevera que:

em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os dos réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal.

É que os direitos e garantias fundamentais, desde sua idealização na Revolução Francesa, são dirigidos ao Estado como forma de amparar o indivíduo contra abusos praticados por representantes deste, limitando, desta feita, a soberania estatal. Essa proteção individual também resulta do Estado Democrático, uma vez que a soberania popular estabeleceu uma dimensão jurídica ao homem que o Estado não pode afastar.

Quando a Constituição e outros diplomas convencionais estabeleceram que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, adveio uma contenção ao poder-dever punitivo. Malgrado o direito penal possuir a finalidade de proteção aos bens jurídicos, segundo Claus Roxin, é por intercessão da pena que se revela a sua verdadeira essência, necessitando a sanção, ademais, de um processo anterior.

Destarte, a pena é um efeito jurídico do delito e do processo (LOPES JÚNIOR, 2015, p.61), uma vez que se o processo se extingue antes do final do procedimento, quer seja por meio de uma suspensão condicional do processo, ou mesmo antes com a transação penal, não será possível a aplicação de uma pena privativa de liberdade.

O próprio Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula Vinculante nº35, determinou que, em caso de descumprimento de pena restritiva de direitos imposta em transação penal, os autos deverão retornar ao titular da ação para a apresentação da exordial ou requisição de instauração de procedimento investigativo.

Portanto, o processo previsto na lei não é apenas um instrumento para aplicação de uma sanção penal, concretizando o direito de punir estatal, mas, ainda mais importante, trata-se de um instrumento de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

Não obstante a ausência de norma oriunda do Poder legislativo pátrio, a audiência de custódia possui previsão convencional no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, por sua vez, afirma que os direitos fundamentais não excluem outros assegurados em tratados internacionais que o Brasil seja signatário. Ademais, consoante jurisprudência já consolidada do Pretório Excelso, referidas normas internacionais possuem natureza jurídica de supralegalidade.

Nesta senda, a lacuna normativa interna é plenamente superada pela legislação humanista. O Conselho Nacional de Justiça, seguindo a decisão na ADI nº 5240, por meio da Resolução nº 213/15 regulamentou o procedimento da audiência de custódia em todo território nacional, procedimento este que deve ser cumprido sob pena de violação ao devido processo legal formal.

Trata-se de uma solução dada pelo Poder Judiciário para a inércia legislativa acerca da votação do projeto de lei nº 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), que altera o Código de Processo Penal (CPP) para estabelecer prazo máximo de 24 horas para uma pessoa presa em flagrante ser apresentada ao juiz.

1.2 Do contraditório

Contraditar é o método para se confrontar uma afirmação elaborada pela parte contrária, provando-se a verdade do alegado. No processo penal, de um lado se tem a acusação – que representa o interesse punitivo estatal – e de outro a defesa, expressando os interesses do acusado. Assim, o contraditório exige o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas ou da igualdade processual.

É por meio do contraditório que o processo se torna dialético, pois a reconstrução da história da infração penal será realizada com base na versão do ofendido ou de pessoas apontadas pela acusação, mas também pela versão do acusado (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 231).

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (1993, p.177) o contraditório faz parte da própria essência do processo, juntamente com o procedimento. Sem estes dois elementos não haveria processo, daí porque a sua não observância tornará a relação processual nula, de maneira absoluta, quando houver prejuízo à defesa e relativa se o prejuízo for para a acusação, devendo esta arguir em momento oportuno, sob pena de preclusão (OLIVEIRA, 2013, p.43).

O contraditório deve ser respeitado mesmo antes da formação da relação processual (juiz, acusação e defesa), com a intimação do acusado para apresentar contrarrazões do recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que rejeitou a denúncia (Súmula nº 707 do STF).

Não se pode confundir o contraditório com a ampla defesa, mesmo estes direitos fundamentais estando previstos no mesmo dispositivo (art. 5º, LV, da CF). Enquanto o contraditório traduz a garantia da parte contrária tomar conhecimento das alegações do seu adversário e poder refutá-las, apresentando a sua versão, nem sempre a parte assim o procede. Somente quando a defesa realmente participa, apresentando a sua versão sobre fatos é que se concretiza a ampla defesa (OLIVEIRA, 2013, p.45).

No mesmo diapasão, asseveram Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (1992, p.63):

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Mas o contraditório no processo penal não se refere apenas à atividade probatória. Com o advento da Lei nº 12.403/11 – que alterou o sistema das medidas cautelares pessoais no processo penal – não pairam mais dúvidas acerca do contraditório também na atividade cautelar. É que o Código de Processo Penal prevê, expressamente, que não sendo caso de urgência, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, com envio do pedido, para que esta se manifesta (art. 282, §3º).

Essa intimação tem por finalidade a realização de uma audiência entre as partes, onde o indiciado ou acusado poderá, oralmente, opor-se ao pedido de medida cautelar, justificando que o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* não estão presentes, decidindo o juiz em seguida. Não sendo possível a designação da aludida audiência, nada obsta que a defesa apresente peça escrita com seus argumentos.

Como exemplo, tem-se um pedido de prisão preventiva, sob o fundamento de que o réu está descumprindo uma medida protetiva de urgência – proibição de frequentar determinados lugares. Aqui se verifica a possibilidade de o magistrado ouvir o acusado para melhor decidir sobre a medida cautelar pleiteada.

Por óbvio, se restar demonstrado que o ofendido corre risco de vida ou de ter sua integridade física atingida pelo réu, poderá o juiz decretar a medida extrema sem ouvir a parte contrária. Ainda que a medida cautelar seja deferida *inaudita altera pars*, empós a sua concretização o contraditório deve ser realizado, para se ter a certeza de sua necessidade.

Com a implantação da audiência de custódia se reforça ainda mais o contraditório na aplicação das medidas cautelares, posto que, ao ser preso em flagrante, a pessoa será encaminhada ao juiz competente após vinte e quatro horas do envio do auto de prisão em flagrante (art. 1º, da Resolução nº 213/2015 do CNJ).

Durante a audiência, não se discutirá o mérito, mas apenas legalidade e a necessidade de se manter o indiciado preso cautelarmente. É nessa oportunidade que a defesa poderá contraditar eventual representação de prisão preventiva do delegado de polícia ou pedido do representante do Ministério Público, apresentando contra-argumentos sobre a ilegalidade da prisão ou possibilidade de liberdade provisória.

Trata-se de um avanço na análise das medidas cautelares pessoais pela autoridade judicial, mormente na decretação da prisão preventiva, haja vista que, antes da implantação da audiência de custódia, o magistrado dispunha apenas de “papéis” (auto de prisão em flagrante

ou representação por prisão). Agora, ele terá maior segurança na sua decisão, já que a defesa também se manifestou sobre a necessidade da medida cautelar.

1.3 Da ampla defesa

Um dos direitos intrínsecos a pessoa humana é a defesa que, no processo penal, revela-se como uma oposição, proteção ou justificação contra a imputação da prática de uma infração penal. Surge automaticamente, posto que é da natureza humana o sentimento de salvaguarda e permanência, não se assumindo a culpa, quando esta está presente, já que terá como consequência a imposição de uma sanção por parte do Estado (NUCCI, 2013, p.314).

Como o processo tem conteúdo dúplice – um adjetivo e outro material – diferenciam-se duas formas de defesa: a processual e a de mérito. Com aquela, o acusado mostrará, quando cabível, que a prestação jurisdicional pleiteada é inaceitável, por ausência de um pressuposto processual, condição da ação (procedibilidade). Já com a segunda, tentará provar que o *jus puniendi* não está presente, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente (MARQUES, 1980, p. 102-103).

A defesa processual pode ser alegada de forma bastante ampla, quer negando a autoria, quer reformulando a acusação com fatos diversos, quer avocando causas que legitime a conduta. Trata-se de um desdobramento do estado natural de inocência, que somente é contrariado após a sentença definitiva, garantindo-se um processo previsto na lei e assegurada a defesa.

A Constituição Federal de 1988 positivou a ampla defesa como direito fundamental (art. 5º, LV), logo, qualquer violação a este postulado, torna o processo eivado de nulidade absoluta, passível de ser conhecida a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição.

A ampla defesa também foi agasalhada, no âmbito internacional, para a proteção dos direitos humanos, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI): Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa)

Por sua vez, CADH também previu expressamente o presente cânone (art. 8º, item 2, c, d, e, f, g, h):

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;
 - e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Malgrado as leis processuais penais estabeleçam prazos, formas e procedimentos, a ampla defesa não poder ser vista como um ato formal, já que se trata de direito fundamental e, por conseguinte, indisponível, devendo o Estado garanti-la de maneira integral. Deste modo, não apenas as chamadas *provas nominadas*, estas concebidas como as previstas em lei, com ou sem procedimento para a sua realização, mas *provas inominadas*, isto é, aquelas sem previsão legal, devem ser aceitas no processo (*rectius*: qualquer meio de prova hábil). Precisa o magistrado acatar requerimentos e indicação de provas pelo acusado, quer seja no seu interrogatório (art. 189 do CPP), ou mesmo em audiências.

Os dispositivos legais que, de alguma forma, cerceiam a atuação defensiva precisam ser considerados inconstitucionais por violação a ampla defesa. Ademais, na interpretação das normas, recomenda-se buscar o sentido que mais favorece a defesa e não à acusação (NUCCI, 2013, p.317).

A ampla defesa é concebida sobre dois enfoques: a autodefesa, realizada pelo acusado; e a defesa técnica, exercida por profissional com conhecimentos jurídicos, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, as quais devem sempre estar presentes nos processos (art. 8º, item 2, “d”, CADH).

A defesa realizada pelo próprio réu (autodefesa) independe de conhecimentos jurídicos, consistindo no *direito de presença*, *direito de audiência* e *direito de petição*.

O *direito de presença* oportuniza ao acusado estar presente em todos os atos processuais, ressalvada as hipóteses do art. 217 do CPP, ou seja, quando a vítima ou

testemunha tiver receio da presença do acusado e não sendo possível a sua oitiva por videoconferência, é procedida à retirada daquele, permanecendo seu defensor. Segundo Rogério Schietti Machado Cruz (2002, p. 132-133), o direito de presença consiste:

A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais, constitui, assim, a autodefesa (...). Saliente-se que a autodefesa não se resume à participação do acusado no interrogatório judicial, mas há de estender-se a todos os atos de que o imputado participe. (...) Na verdade, desdobra-se a autodefesa em direito de audiência e em direito de presença, é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais

Já o *direito de audiência* consiste na prerrogativa de o réu ser ouvido pelo magistrado sobre a sua prisão (audiência de custódia) ou acerca dos fatos e de sua vida (interrogatório judicial);

Por fim, o *direito de petição* versa sobre a possibilidade de o acriminado peticionar diretamente em juízo, quer para interpor recursos, ajuizar ações de impugnação, requerer a produção de provas, etc. Ressalte-se que a autodefesa deve ser assegurada mesmo ao acusado que se encontra preso, ainda que em Estado da Federação diverso do qual tramita o processo.

Por meio da defesa técnica tem-se a obrigatoriedade de o acusado ser assistido por advogado ou defensor público em todas as fases do processo (art. 261 do CPP e art. 8º, item 2, d e “e” da CADH). Não supre a exigência da ampla defesa apenas a nomeação de um defensor, haja vista que a defesa tem que ser efetiva. A Suprema Corte brasileira já se manifestou que as alegações finais contendo apenas o pedido de aplicação da pena no mínimo legal deve ser considerada nulidade por falta de efetividade da defesa (HC nº 82.672/RJ).

Cabe ao juiz realizar a fiscalização da eficácia da defesa técnica, podendo, inclusive, desconstituir o patrono, intimando o réu para nomear outro defensor particular ou público. Ainda com relação à eficiência da defesa técnica, o Supremo sumulou entendimento de que a sua ineficácia acarreta nulidade relativa e a sua ausência é considerada uma nulidade absoluta (Súmula nº523 do STF).

Consoante o art. 8º da Resolução nº 213/2015 do CNJ a audiência de custódia não tem por objetivo a formação de provas para o processo de conhecimento. Ao magistrado cabe esclarecer ao preso sobre o que consiste a audiência, cientificando-o de seus direitos fundamentais (por exemplo, o direito ao silêncio); indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, porém, com o cuidado de não formular perguntas sobre o objeto do auto de prisão e flagrante (leia-se: infração penal).

A defesa técnica, de outro lado, também foi assegurada no aludido ato normativo do CNJ, uma vez que, além do juiz e do representante do Ministério Público, deve estar a Defensoria Pública para os presos que não constituíram advogados (art. 4º).

Com efeito, verifica-se que a audiência de custódia, mesmo sem ter o escopo de produção probatória, consubstancia-se na ampla defesa, já que o preso estará exercendo o seu direito de audiência, ainda que para relatar as circunstâncias de seu aprisionamento e relatar possíveis torturas e abusos sofridos.

1.4 Presunção (estado) de inocência ou não-culpabilidade

A presunção de inocência teve sua origem no direito romano, mais precisamente nos escritos de Trajano. Porém, foi profundamente deturpada durante a “idade das trevas”, haja vista que existia uma “presunção de culpabilidade”, posto que a dúvida do julgador, gerada pela insuficiência de provas, era equivalente a uma semiprova, autorizando um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena mais branda (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 225). Não era imprescindível a certeza do fato ou da autoria, pois a dúvida já autorizava a aplicação da pena.

Com o advento da Revolução Francesa, que culminou com a consagração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1879, a presunção de inocência e o princípio da jurisdicionalidade passaram a ser aplicados ao processo penal (FERRAJOLI, 1997, p. 550).

Mas nem por isso o postulado da presunção de inocência deixou de sofrer críticas, notadamente, no século XX, pelos adeptos do nazi-fascismo. Vincenzo Manzini (1951, p.252) critica a democracia francesa, taxando-a de superficial e confusa, já que defendia que o processo penal tinha por finalidade principal a tutela da inocência. Para o processualista de Veneza, a ordem natural das coisas é que a presunção de veracidade está na acusação, sendo a presunção de inocência uma atenuação da presunção de culpabilidade, justificando seu pensamento no fato de a maioria das ações penais resultar em condenação.

A maioria da doutrina não distingue “princípio da presunção ou estado de inocência” e “princípio da não culpabilidade”, tendo-os como nomenclaturas sinônimas. Nestor Távora e Rosmar Alencar (2015, p. 51), por exemplo, afirmam não haver utilidade prática na diferenciação. Para quem defendia a diferenciação, a Constituição Federal era mais garantista, já que o indivíduo só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença ou

acórdão condenatórios transitados em julgado, ao passo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, garante a “inocência” apenas até o cumprimento do duplo grau de jurisdição, permitindo, assim, a execução provisória após a confirmação do decreto condenatório.

Essa discussão perdeu ainda mais o seu prestígio com o julgamento do HC nº 126.292/SP, já que o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento, permitindo a execução provisória da pena, após a decisão de um Tribunal condenando o réu, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário. Com efeito, relativizou-se o princípio da não culpabilidade, previsto expressamente na Lei Fundamental, dando-se o mesmo tratamento convencional.

O processo penal deve ter como fundamento o princípio da presunção de inocência, com o escopo de que sejam, adequadamente, resguardadas as demais garantias constitucionais dos cidadãos quando exercido o poder punitivo do Estado, promovendo-se a restrição dos direitos daqueles somente quando tal medida se mostrar imprescindível.

Nesta senda, em sua atividade judicante, o juiz não só deverá abster-se de pré-julgar o réu como culpado, mas também deverá tratá-lo, efetivamente, como inocente. Aury Lopes Júnior assim assevera (2013, p. 228):

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e **consagração do juiz de garantias ou garantidor**). (grifou-se)

A situação jurídica de inocência acarreta para o Estado duas regras específicas em relação a todo acusado: uma de tratamento e outra probatória. A primeira, consiste na hipótese de que nenhuma pessoa acusada de ter cometido uma infração penal pode permanecer presa antes da sentença definitiva, simplesmente, pela probabilidade de uma condenação, contrariando, destarte, a teoria de Manzini. Já a segunda, refere-se ao ônus probatório que recai sobre a acusação que alegou os fatos criminosos e os imputou ao réu, incidindo sobre a defesa o dever de comprovar causas de extinção da punibilidade e excludentes de ilicitude ou culpabilidade (OLIVEIRA, 2014, p. 48).

Com efeito, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, toda prisão ou outra medida cautelar deve ser fundamentada para garantir a eficácia do processo, quando

presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Não se justifica, destarte, uma prisão processual meramente pela gravidade do delito ou mera antecipação da pena, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou, expressamente, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) como sendo uma garantia fundamental, destarte, indisponível e irrenunciável, decorrente da natureza humana (estado de natureza), inexoravelmente respeitada, haja vista a dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2013, p. 285).

Por sua vez, no âmbito internacional, o estado de inocência encontra-se positivado em diversos tratados. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 9º estabelece que "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Organização das Nações Unidas (ONU), prescreve que "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), no seu art. 14, item 2, determina que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, a presunção de inocência também se encontra, expressamente, prevista. Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), tal postulado encontra-se insculpido no art. 6º, item 2, posto que, "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". Por último, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8º, item 2, assevera que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando o presente princípio, decidiu que "o juiz é garante dos direitos de toda pessoa que esteja na custódia do Estado, pelo que lhe corresponde a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias e

garantir um tratamento conforme o princípio da presunção de inocência.” (CORTE IDH, 2008).

Como se percebe, o princípio da presunção de inocência é tanto uma garantia fundamental, como um direito humano, sendo qualquer violação passível de controle no âmbito interno pela constitucionalidade ou convencionalidade.

A audiência de custódia possui seu fundamento no aludido postulado. Ora, se toda pessoa presa em flagrante ou por ordem judicial deve ser apresentada, sem demora, perante um juiz ou outra autoridade com jurisdição para que possa decidir sobre sua prisão, é porque todos são presumidamente inocentes.

1.5 Duração razoável do processo

Ser processado criminalmente, ainda que em liberdade, é um estigma para qualquer pessoa, posto que recai o dever de comparecimento aos atos processuais, que, via de regra, são públicos; a imagem pessoal é vinculada na imprensa e nas redes sociais, com desvirtuação do estado de inocência; temor de uma possível condenação. Acrescente-se a tudo isto, o fato de o acusado estar com sua liberdade de locomoção privada antes de ter uma sentença condenatória transitada em julgado. De outra ótica, tem-se o interesse social e do ofendido em ver o acusado de uma infração penal condenado e cumprindo a pena imposta.

A sensação do tempo é influenciada por diversos fatores pessoais, conseqüentemente, não compartilhados, variando conforme idade, gênero, profissão, ansiedade, estresse, rotina, atividade realizada, lugar de sua realização, em resumo, dependendo da experiência de tempo. Logo, para o acusado, a dilatação do processo pode ser entendida de maneira diversa dos jogadores processuais (defensor público, promotor de justiça, advogado, magistrado (MORAIS DA ROSA, 2014).

O certo que a delonga processual não interessa a ninguém. A demora no julgamento do processo e, destarte, na aplicação da pena, afasta a justiça e a utilidade desta, porque o acusado procrastinará com a aflição da incerteza e da prisão cautelar.

O longo tempo na prestação da justiça é uma das mazelas mais antigas da administração da justiça, contudo, apenas com o final da Segunda Grande Guerra que os Estados passaram a se preocupar com a duração razoável do processo (PASTOR, 2002, p. 103). O reflexo dessa

atenção é percebido com a promulgação de vários tratados internacionais sobre essa garantia fundamental, notadamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º, item 1):

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

A Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH também positivou o aludido princípio (artigos 7.5 e 8.1):

Art. 7º, item 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 8º, item 1. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Quando o julgamento ocorre muitos anos depois do fato, a pessoa submetida à chancela do Poder Judiciário é completamente outra. Um homicídio ocorrido há cerca de trinta anos do dia da sessão em plenário, na melhor das hipóteses, terá uma réu com cerca de 48 (quarenta e oito) anos, com a vida possivelmente reconstruída, totalmente oposto ao jovem da época do crime. Na espécie, a pena perdeu sua finalidade ressocializadora, servindo unicamente como castigo.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o princípio da duração razoável do processo passou a ser um direito fundamental explícito (art. 5º, LXXVIII). Ademais, a mesma emenda (art. 5º, §§1º e 2º) incorporou os direitos e garantias insculpidos na CADH.

A grande questão é que, mesmo com previsão constitucional e convencional expressa, a lei e o Poder Judiciário, costumeiramente, não fixam sanções para o descumprimento dos prazos procedimentais, asseverando Aury Lopes Júnior (2014) que o Brasil adotou a teoria do não prazo. Ou seja, existem muitos prazos no Código de Processo Penal, mas completamente despidos de sanção processual, o que equivale a não ter prazo algum.

O fundamento utilizado para não se considerar a prisão ilegal é o princípio da razoabilidade, flexibilizando-se os prazos legais a depender do caso concreto. Com isso, o excesso de prazo passa a ser regra e o cumprimento dos prazos a exceção.

Como ressaltado, o processo penal moroso é prejudicial para as partes, mas, o processo “eficiente”, rápido, veloz, também o é. Não se pode esquecer que o processo é uma garantia fundamental (leia-se: devido processo legal) e que a pena somente poderá ser aplicada após o seu término.

Samuel Miranda Arruda (2006, p. 95), na mesma senda, afirma que:

Identificar um mandato de celeridade – ou, dizendo de forma mais completa, um direito a julgamento em prazo razoável – como corolário do devido processo é reconhecer também uma limitação ao exercício do poder-dever estatal de aplicação de sanções. Dentre as garantias a serem observadas nos procedimentos sancionatórios, há, estreme de dúvidas, a exigência de observância de um prazo de tramitação adequado às necessidades da defesa e não abusivamente dilatado. Aliás, é relevante anotar que a ampla defesa pode ser maculada também pela exacerbação do tempo de transcurso do procedimento. Para nos limitarmos apenas a uma das repercussões gravosas ao réu, é indiscutível que a lentidão processual dificulta a busca da verdade real e restringe a produção probatória. Causando prejuízo à defesa – e não só, pois em tese prejudica ambas as partes – torna injusto o processo.

Contudo, a prisão cautelar se tornou uma espécie de pena antecipada, contendo as finalidades de prevenção e retribuição pelo suposto crime. O fundamento da ordem pública (*rectius*: possibilidade concreta de o acusado cometer novas infrações), muitas vezes confundida com credibilidade da justiça e clamor social, justifica o encarceramento apressado.

A abreviação do processo penal jamais se deve fundamentar no sentimento de justiça ou vingança, mas sim, como forma de sintetizar a consternação de quem a ele está submetido. Nesta senda, são as palavras de Aury Lopes Júnior (2015, p. 58):

No que tange a duração razoável do processo, entendemos que a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação do desejo de vingança. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excesso, pois o grande prejudicado é o réu, aquele submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de pendência. (...) É uma inversão na ótica da aceleração: acelerar para abreviar o sofrimento do réu.

A audiência de custódia objetiva corrigir ou cessar as prisões em flagrante, estando diretamente ligada à duração razoável do processo, tanto que a CADH a previu no mesmo dispositivo (art. 7.5). A apresentação de uma pessoa, sem demora, a um juiz ou pessoa com jurisdição pode abreviar uma privação ilegal ou a concessão de liberdade provisória combinada ou não com outra medida cautelar diversa da prisão.

Não se trata apenas de uma forma de fiscalização da atividade policial, que, malgrado quase trinta anos da redemocratização do Brasil, ainda sofre com o ranço da tortura e do

abuso, mas de se verificar a necessidade da manutenção da prisão, dando uma resposta rápida a quem está sendo submetido ao sistema de justiça.

1.6 Da proporcionalidade

Os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra a ação estatal, correspondendo a normas de competência negativa, já que a liberdade e a igualdade não podem ser objeto de controle do Estado. Trata-se da função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo (SARLET, 2005).

A Restrição aos direitos fundamentais é um tema que atormenta o direito constitucional moderno. O certo é que direitos, liberdades e garantias têm limites, que podem ser diretos (leia-se: quando excluem imediatamente certas parcelas do direito); ou indiretos, quando atuam como fundamentos para ulteriores restrições (ALEXANDRINO, 2007, p.112-113). Esses limites podem vir expressos em normas constitucionais que delimitam o direito ou para posteriores restrições.

Alexy (2008, p.588), na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, prescreve que a máxima da proporcionalidade é averiguada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim; necessidade desse meio utilizado; e a aplicação "strictu sensu" da proporcionalidade, entendida esta como a ponderação ou sopesamento.

Virgílio Afonso da Silva, discorrendo sobre o postulado da proporcionalidade, afirma que, no Brasil, a proporcionalidade é terminologicamente classificada como princípio pela grande maioria da doutrina. Contudo, seguindo as lições de Humberto Bergmann Ávila, a utilização do termo "princípio" é inadequada, notadamente quando se adota o conceito de princípio da teoria de Robert Alexy (SILVA, 2002, p.25).

Diante de uma colisão entre direitos fundamentais, *a priori*, para solucioná-la utiliza-se da adequação do meio, isto é, entre as várias opções possíveis, a mais apropriada; em seguida, a necessidade desse meio (busca do mínimo gravame possível); e por último, se ainda não solucionada a colisão, a ponderação.

No processo penal, sempre se verifica a colisão de dois direitos fundamentais: a proteção à liberdade e a eficácia da punição dos delitos (segurança pública). O tema ganha maior relevância quando da aplicação das medidas cautelares pessoais, notadamente as prisões, que após a edição da Lei nº 12.403/11, sofreram profundas mudanças.

O postulado da proporcionalidade tem como escopo direcionar a conduta do magistrado, diante do caso concreto, pois aquele sopesará a gravidade da medida a ser imposta com a finalidade almejada. Como já se ressaltou, as medidas cautelares visam a eficácia do processo e não se prestam como pena antecipada, sob pena de violação ao princípio da presunção (estado) de inocência.

O critério da *adequação* infere que a medida cautelar a ser imposta deve ser apta aos seus motivos e suas finalidades. O art. 282, II, do Código penal, preceitua que adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Com efeito, o juiz deve optar pela medida que melhor proteja o caso em concreto, sempre lembrando que a prisão preventiva é a medida cautelar extrema (leia-se: *ultima ratio*).

A Lei Adjetiva Penal, no seu art. 283, §1º, determina que as medidas cautelares prisionais (preventiva e temporária) não serão adequadas quando a infração penal imputada não cominar pena privativa de liberdade. Ora, parece óbvio que, se ao final do processo, após comprovada a culpabilidade, a lei não impuser uma pena privativa de liberdade, não será possível manter o acusado preso.

Ademais, deve o magistrado atentar para a execução de futura pena, notadamente, o regime prisional a ser imposto e a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena. Neste diapasão, afirma Badaró (2007, p.150):

O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade (...) Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera se ao final imposta, não será dotada de caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.

Na mesma esteira de pensamentos, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 55488/SP, oportunidade em que um condenado por crimes de falsificação de documento e uso de documento falso (art. 304 do CP), em regime inicial aberto, teve o direito de recorrer em liberdade negado, haja vista a manutenção de sua prisão preventiva, pelo fato da gravidade do delito e de o paciente ser reincidente. A manutenção da custódia cautelar, na espécie, violou o postulado da adequação, pois a medida é irrazoável.

O segundo critério, a *necessidade*, estabelece que a medida fixada não deve perdurar mais do que o necessário para se alcançar o resultado pretendido (OLIVEIRA, 2003, p.321). Assim, as medidas cautelares estão ligadas a uma situação fática, que, se desaparecida ou

modificada, ensejará na revisão daquelas, como, por exemplo, a possibilidade de revogação da prisão preventiva (art. 316 do CPP). Trata-se da provisonalidade das medidas cautelares que também foi positivada no art. 282, §§4º e 5º, da Lei Adjetiva Penal.

O Tribunal Europeu de direitos Humanos, no julgamento do caso *Ringeisen vs. Hungria*, decidiu que a prisão cautelar é considerada excessiva não apenas quando o acusado permanecer enclausurado por mais tempo do que o necessário, mas também quando a prisão é mantida mesmo após o desaparecimento das causas que a justificaram (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 794).

Com o advento da Lei nº 12.403/11, findou-se com a dicotomia das medidas cautelares pessoais (prisão e liberdade provisória) possibilitando-se, ao julgador, a aplicação de outras medidas diversas (arts. 319 e 320 do CPP) a depender da necessidade do caso concreto (*periculum libertatis*).

Outro ponto ainda ligado à necessidade é a provisoriedade das prisões cautelares, devendo estas ter curta duração, pois como já se ressaltou, não podem elas ser utilizadas como antecipação da pena. Diferentemente da prisão temporária, que tem prazo estabelecido na lei (art. 2º da Lei nº 7.960/89 e art. 2º, §4º, da Lei nº 8.72/90), a prisão preventiva não possui duração legal, ensejando nos Tribunais brasileiros a aplicação do princípio da razoabilidade.

Para tentar amenizar o problema das prisões cautelares do Brasil, que representam cerca de 32 % (trinta e dois por cento) da população carcerária, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução nº 89/2009, estabeleceu que as prisões cautelares devem ser revistas a cada ano (art. 1º).

Por fim, tem-se a *proporcionalidade em sentido estrito* que consiste no sopesamento dos direitos fundamentais colidentes no caso concreto (ponderação). O juiz se depara com colisão da presunção de inocência do acusado e a necessidade de acautelar o processo (*periculum libertatis*).

O postulado da proporcionalidade da prisão cautelar encontra-se previsto na CADH, no art. 7º, item 3 (*Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*), sendo o enclausuramento arbitrário quando desnecessário, quer seja pela falta de motivação, quer seja pela longa duração.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH condenou o Equador no caso em que Colombiano Acosta Calderón por foi preso pela polícia militar alfandegaria sob a acusação de tráfico de drogas. Na espécie, o acusado permaneceu sob detenção arbitrária por mais de cinco anos [sem] tribunal convicção para justificar [a sua] detenção. Detenção arbitrária prolongada excessiva desmentiu o seu carácter excepcional e tornou-se uma punição. (Corte IDH, 2005).

Logo, como medida cautelar extrema, a prisão processual deverá atender ao postulado da proporcionalidade, somente sendo cabível quando estiverem presentes a *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, pois do contrário ter-se-á a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, daí porque deve ser aquele observado pelo magistrado quando da realização da audiência de custódia.

2 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

No Brasil imperial, o principal escopo da atividade policial no Rio de Janeiro, bem como nas demais cidades, consistia na vigilância dos escravos e o controle do comportamento dos homens pobres e livres, mas também tinha como objetivo a solução de pequenos conflitos do dia a dia, que não eram resolvidos pelo Poder Judiciário. Somente de forma subsidiária, a polícia realizava atividades investigativa das infrações penais. (KOERNER, 1999, p. 35).

Com a abolição da escravidão, os negros continuaram a ser os principais escopos dos órgãos de persecução penal, tendo muitos de seus costumes sido tipificados no Código Penal de 1890, como por exemplo a prática do espiritismo (art. 157), do curandeirismo (art. 158) e da capoeira (art. 402)¹.

Foram, ainda, penalizadas as condutas de mendicância e vadiagem, que na grande maioria eram praticadas por negros libertos com o fim da escravidão. Não obstante previsão do princípio da legalidade ter sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no final do século XIX, a sociedade brasileira, notadamente, a classe dominante não se empenhou para mudar a realidade.

A polícia tinha como uma de suas funções a manutenção da ordem nas grandes cidades,

¹ Art.157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

Penas de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000.

§ 1º Si por influencia, ou em consequência de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporária ou permanente, das faculdades físicas:

Penas de prisão celular por um a seis anos e multa de 200\$ a 500\$000.

§ 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação, incorrerá o medico que diretamente praticar qualquer dos atos acima referidos, ou assumir a responsabilidade deles.

Art.158. Ministrara, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:

Penas de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000.

Parágrafo único. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporária ou permanente de suas faculdades físicas ou funções fisiológicas, deformidade, ou inabilitação do exercício de órgão ou aparelho orgânico, ou, em suma, alguma enfermidade:

Penas de prisão celular por um a seis anos e multa de 200\$ a 500\$000.

Se resultar a morte:

Pena de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de habilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem; andar em correrias (...): Pena Prisão celular por 2 a 6 meses. (BRASIL, 1890).

e para isso realizava uma repressão aos pobres, notadamente os negros alforriados que frequentavam as cidades já que ficaram sem ocupação com o fim da escravatura.

Malgrado nosso Estado ter passado por várias mudanças – sim, nossa Constituição de 1988 estabeleceu que o Brasil consiste num Estado Democrático de Direito – a atividade policial continua sendo utilizada como forma de controle social! Vivencia-se, costumeiramente, prisões em flagrante ilegais, acompanhadas muitas vezes de torturas, posto que mesmo superando a ditadura militar da década de 1960, ainda há o ranço da prática da tortura em nossas delegacias e estabelecimentos prisionais.

Nas palavras de Foucault (2011, p.218), “a prisão é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”. Com efeito, a custódia é um mal necessário que, malgrado a sua amargura, é imprescindível, devendo, contudo, ser reformada para atender à modernidade (BITENCOURT, 2012).

É notório que as prisões brasileiras são verdadeiras “masmorras medievais”, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos (SARMENTO, 2015).

Mas, sendo as prisões necessárias, como compatibilizá-las com a proteção aos direitos humanos? Uma das ferramentas que respondem à indagação é o processo penal, o qual deve ser utilizado como limite ao exercício do poder estatal. (SEMER, 2014).

Importante ressaltar que a limitação do poder punitivo não poder ser entendida como sinônimo de impunidade, mas sim de respeito às normas processuais, constitucionais e convencionais que regulamentam o sistema de justiça penal (LOPES JÚNIOR, 2013).

Segundo Caio Paiva, a audiência de custódia “surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos”. (PAIVA, 2015, p.29)

Nossa Lei fundamental prevê o controle judicial da prisão em flagrante, exigindo a sua comunicação imediata (art. 5º, LXII), mas apenas o envio de papel (leia-se: auto de prisão em flagrante), pois o preso foi esquecido! O magistrado como regra não tem o contato direto com o preso, apara olhar nos seus olhos e decidir sobre a legalidade e a necessidade da custódia, bem como apurar abusos cometidos.

Mas essa lacuna é perfeitamente superada com a aplicação de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário que, há tempos, já preveem a audiência de custódia ou “de apresentação” que será estudada a seguir.

2.1 Conceito

Como ressaltado, a denominada “audiência de custódia” encontra-se prevista, há tempos, em tratados e convenções internacionais. *Custodiar* consiste no ato de *guardar, proteger*, sendo a audiência de custódia aquela realizada com a pessoa presa momentos depois de sua prisão, com a presença de um juiz (ou pessoa com jurisdição), do membro do Ministério Público e de um defensor (público ou particular), onde, após o prévio contraditório, será analisada a legalidade e a necessidade da prisão, bem como serão apurados abusos praticados contra o preso.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, norma pertencente ao sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, foi aceita pelo Conselho da Europa, em Roma, na data de 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor, na ordem internacional, em 3 de setembro de 1953. Referido diploma convencional previu o instituto da audiência de custódia em seu art. 5º, item 3:

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

[...]

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

[...]

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. (grifou-se) (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil, dispõem, expressamente, acerca da audiência de custódia. Aquele estabelece, em seu art. 9º, item 3, que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais. Já esta, em seu art. 7º, item 5, assevera que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais.

Por sua vez, o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, das Nações Unidas de 1988, em seu Princípio 37 dispõe que:

1. A pessoa detida pode se beneficiar da assistência de um advogado. A autoridade competente deve informá-la desse direito imediatamente após a sua captura e proporcionar-lhe meios adequados para o seu exercício.
2. A pessoa detida que não tenha advogado da sua escolha, tem o direito a que uma autoridade judiciária ou outra autoridade lhe designem um defensor oficioso, sempre que o interesse da justiça o exigir e a título gratuito no caso de insuficiência de meios para remunerá-lo. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1988).

Com efeito, segundo a previsão convencional, a audiência de custódia trata-se de ato pré-processual de condução do preso à presença da autoridade judiciária, que avaliará a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão. Como se verá mais detalhadamente adiante, não se deve analisar o mérito da prisão (leia-se: a ocorrência da infração imputada), mas sim as circunstâncias da prisão, inclusive, com perguntas pessoais sobre a vida, trabalho, família, antecedentes, dentre outras, da pessoa conduzida. Após ouvir a pessoa presa, o juiz, fundamentadamente, poderá adotar uma das medidas previstas no art. 310 do CPP, quais sejam, relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva; ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP).

Da conceituação da audiência de custódia, tem-se a conclusão de que ela apenas é aplicada nas hipóteses de prisão em flagrante. Todavia, esta não é a melhor interpretação, sendo possível também a sua incidência em outras espécies de prisões cautelares. Neste sentido, é o escólio de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2015, p. 847), os quais asseveram que a audiência de custódia é cabível também nas prisões temporária e preventiva, fundamentando que o Pacto de San José da Costa Rica não restringiria esse direito ao preso em flagrante.

Tal pensamento é coadunado por Cleopas Isaías Santos (2015), que ressalta que os tratados de direitos humanos não a exigem somente nas hipóteses de prisão em flagrante, sendo a audiência de custódia imprescindível em qualquer espécie de prisão cautelar; bem como por Nereu Giacomolli (2013, p. 60).

2.2 Finalidades

A finalidade mediata da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos (PAIVA, 2015, p.34). Decorrente desta finalidade, tem-se outras três, quais sejam, relaxamento de prisões ilegais; concessão de liberdade provisória para as prisões desnecessárias; e redução da tortura e outras formas de abuso.

A primeira finalidade imediata visa evitar a manutenção de prisões ilegais, arbitrárias, uma vez que o magistrado terá diante de si, não apenas o auto, mas também ouvirá o preso sobre as circunstâncias de sua prisão.

Tem-se a análise da necessidade da prisão como a segunda finalidade imediata. Com já ressaltamos, em decorrência do princípio da presunção (ou estado) de inocência, a prisão é exceção e não a regra, assim, sempre que as medidas cautelares diversas forem eficazes para a garantia do processo penal, aquela deve ser vista como desnecessária sendo, por conseguinte, concedida a liberdade provisória.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2014), opinando sobre o tema, aduz:

No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Por último, mas não menos importante, tem-se o escopo de combater tortura. Sim, malgrado os avanços da atividade policial no Brasil, aquela ainda é uma triste realidade! Segundo notícias do Conselho Nacional Justiça, após um ano de realização das audiências de custódia, registrou-se cerca de 2,7 mil denúncias de torturas. proibição da tortura, além de ser constitucional, foi positivada em convenções, dentre elas, o Pacto de San José da Costa Rica, que, em seu art. 5º, item 2, estabelece que: ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (BRASIL, 1992).

A prática da tortura, por agentes públicos, consiste, nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni (2006, p.52/53), no “Sistema Penal Subterrâneo”, aquele praticado à margem da lei,

de maneira violenta e arbitrária, com a conivência dos demais operadores que compõem o sistema penal.

Como se verá, a implantação, no Brasil, da audiência de custódia foi idealizada pelo atual presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski, com o objetivo de diminuir a população carcerária brasileira. Porém, referido ato não objetiva facilitar a soltura de presos, mesmo em casos de abusos, posto que, se a prisão for legal e necessária, esta será mantida com os autores da tortura devidamente responsabilizados.

2.3 Da falta de regulamentação legal

Malgrado a audiência de custódia ser expressamente positivada em diversos tratados dos quais o Brasil é signatário, ela não foi prevista na Código de Processo Penal.

O Código Eleitoral de 1965 estipula em seu art. 236, §2º que:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator. (grifou-se)

Percebe-se que esta previsão na legislação eleitoral pode ser considerada um *embrião* da audiência de custódia, uma vez que, diante da prisão em flagrante de um eleitor, o juiz eleitoral verificará a legalidade daquela, responsabilizará o autor da prisão por eventuais abusos e, salvo melhor juízo, analisará a necessidade de se manter a pessoa presa. Todavia, tal dispositivo legal não se aplica ao processo penal comum, por força do que dispõe o art. 3º do CPP “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, o qual apenas autoriza a suplementação das normas processuais penais (Leia-se: Código de Processo Penal) quando não existir previsão expressa em sentido contrário.

Outra suposta audiência de custódia prevista em nossa legislação interna seria o disposto no art. 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, “em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência”,

que ordena a apresentação do adolescente apreendido em flagrante de ato infracional perante o representante do Ministério Público.

Todavia, tal dispositivo não se equipara a audiência de custódia, a uma, porque o Ministério Público não possui atividade jurisdicional; a duas, porque mesmo entendendo por arquivar o auto de apreensão em flagrante ou propor remissão ao adolescente, estes atos ficariam condicionados à homologação do magistrado (art. 181 do ECA).

Nesta senda, esclarece Maria Cristina Monteiro Sanson (2009) que:

O procedimento legal determina a imediata apresentação do adolescente infrator perante o Ministério Público, que, então, poderá optar pelo oferecimento da representação (instauração do processo), pelo arquivamento ou pela concessão de remissão, acompanhada ou não de medida sócio-educativa, como forma de exclusão do processo. Esta determinação legal, em nosso entender, não visa apenas a celeridade que deve ser imprimida ao procedimento, mas constitui verdadeiro direito do infrator, direito de dar a sua versão dos fatos àquele que, em um primeiro momento, decidirá sobre o curso do processo.

Portanto, hodiernamente, a despeito da previsão nos instrumentos internacionais, não há regulamentação da audiência de custódia no processo penal. Os artigos 5º, LXII, da Constituição Federal e 306, *caput*, da Lei Adjetiva Penal deliberam, apenas, a comunicação imediata, ao magistrado, da prisão e do local onde o preso se encontre. Por sua vez, o parágrafo primeiro do mesmo art. 306 determina que o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao magistrado em até vinte e quatro horas após a realização da prisão. Diante desta regulamentação, na maioria dos casos, o contato físico entre o juiz e o preso somente se concretiza meses depois da captura deste, ou, oxalá, no dia da audiência de instrução e julgamento.

O Projeto de Lei nº. 554/2011 do Senado Federal busca modificar esta realidade, adequando o Ordenamento Jurídico interno brasileiro aos preceitos dos tratados e convenções internacionais, os quais versam sobre a audiência de custódia. Hodiernamente, tem-se apenas algumas resoluções e provimentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de alguns Tribunais de Justiça, com o escopo de implantá-la, como se verá nos tópicos a seguir.

O Brasil vem descumprindo suas obrigações assumidas em pactos e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos há mais de duas décadas. Desde o ano 2015, com a campanha do Conselho Nacional de Justiça, percebeu-se uma alteração progressiva desse cenário. Ressalte-se que, como será abordado no próximo capítulo, diante do controle de convencionalidade, não se faz necessária uma ampla regulamentação da

matéria, considerando a supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.56), aduz que seria imprescindível:

uma regulamentação mínima dos aspectos organizacionais e logísticos, bem como uma orientação isonômica aos atores envolvidos, (...) a uma implantação geral do modelo e evitar (ou pelo menos minimizar) eventuais distinções arbitrárias e efeitos colaterais, de modo a prevenir sejam afetados outros direitos fundamentais.

Nesta toada, cada juiz se encarregaria de cumprir o mandamento de apresentação, sem demora, do preso à sua presença, por meio de um controle de convencionalidade, isto é, de uma interpretação da Constituição Federal e do Código de Processo Penal e face dos dispositivos dos aludidos tratados internacionais.

Sempre se posicionando contra qualquer forma de ativismo judicial, Lenio Streck (2015, p. 60), entende ser imprescindível a edição de lei alterando o Código de Processo Penal, para reger a matéria da audiência de custódia. Desta maneira, estar-se-ia respeitando o princípio democrático:

Embora a AC seja uma medida bem-vinda em face da realidade de descumprimentos da própria Constituição — *uma vez que a “comunicação imediata” já de há muito deveria ter resolvido o imbróglío* — isso não quer dizer que o judiciário, mormente por via administrativa, possa vir a fazer a regulamentação, mesmo que para “acatar” um dispositivo de uma Convenção. Quem deve fazer essa adaptação é o parlamento, com sanção ou veto do poder executivo.

Conquanto os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia terem aplicação automática, sem nenhum implemento normativo interno, a promulgação de lei regulamentando o tema exerce um papel fundamental na *promoção* do direito, mormente pela normativização “aberta” das convenções sobre o assunto (LOPES JÚNIOR e PAIVA, 2014).

Com a regulamentação interna não se estará negando a vigência a regras de direito internacional, ao contrário, buscar-se-á uma tutela mais efetiva dos direitos humanos nelas previstos. Nesta esteira de pensamentos, Eduardo Alvares de Oliveira (2015), afirma que é preciso que o legislador estabeleça a forma de operacionalização da audiência de custódia.

Com já exposto, o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos determina a apresentação do preso, *sem demora*, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais. Entretanto, não esclarece o aspecto temporal, isto é, o que se deve entender por *sem demora*, sendo a jurisprudência da Corte

Interamericana no sentido de interpretar a aludida expressão segundo cada caso, observando as suas características (BADARÓ, 2014).

Nesta senda, Caio Paiva (2015, p.45), observa que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu, consoante o caso concreto, prazos diversos para o cumprimento da norma convencional: “quase uma semana após a prisão, quase cinco dias, aproximadamente trinta e seis dias, vinte e três dias, dezessete dias, quase seis meses, quase dois anos”.

A resolução nº 213/15 do CNJ, como se abordará a seguir, estipulou o prazo de vinte e quatro horas após o envio do auto de prisão em flagrante (art. 1º, §1º), porém, pelos argumentos acima, tal matéria carece de ser regulamentada por lei.

2.4 Audiência de Custódia na América Latina

A audiência de custódia já é uma realidade em diversos países da América Latina e da Europa há anos, inclusive com previsão expressa nos Ordenamentos Jurídicos internos. No presente tópico, sem a pretensão de exaurir o tema, até porque não se trata do objeto do presente trabalho, expor-se-á a previsão da audiência de custódia na legislação de alguns países.

Nos Estados em que a audiência de custódia é realizada, denomina-se o magistrado que a preside de “juiz de garantias”, haja vista ser ele o verdadeiro guardião dos direitos humanos e fundamentais da pessoa presa que lhe é apresentada.

O Código Processual Penal do Chile, em seus arts. 94, “c” e 95, traz as disposições da audiência de custódia, permitindo ao defensor, bem como aos parentes da pessoa presa ou, até mesmo a qualquer pessoa, em nome desta, requerer ao magistrado a realização da audiência de custódia:

Artículo 94. - Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:

[...]

c) A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención.

[...]

Artículo 95. - Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar

donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Igualmente, o art. 131 do Código de Processo Penal chileno assevera que, nas hipóteses de flagrante delito, esta será comunicada ao Ministério Público dentro de doze horas, podendo o *Parquet* tornar sem efeito a prisão ou determinar o encarcerado seja conduzido à presença do juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, contadas da efetivação da prisão. Em casos de inércia Ministério Público, a própria autoridade policial policia deverá apresentar ao juiz, senão veja-se:

Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas.

Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

O Código de Procedimento Penal colombiano, no artigo 2º, modificado pela Lei nº 1142/2007, fixou o prazo de trinta e seis horas para que o preso seja apresentado ao “juiz de controle de garantias”. Registre-se que Corte Constitucional (sentença C-730 e 2005) colombiana estendeu a obrigatoriedade da audiência de custódia a toda a modalidade de prisão e não apenas a em flagrante delito:

Artículo 2º. *Libertad*. Modificado por el art. 1, Ley 1142 de 2007. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

Na Argentina, o Código Processual Penal *de la Nación* de 5 de dezembro de 2014, estabelece regramento semelhante ao contido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo o preso ser apresentado, sem demora, à presença autoridade judiciária competente, a qual decidirá sobre a legalidade da detenção:

ARTÍCULO 64.- Derechos del imputado. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, a cuyo fin las autoridades intervinientes le informarán los siguientes derechos:

a. a ser informado de las razones de su aprehensión o detención, la autoridad que la ha ordenado, entregándole si la hubiere copia de la orden judicial emitida en su contra, y el de ser conducido ante un juez, sin demora, para que decida sobre la legalidad de aquélla.

Ressalte-se que o revogado Código de Processo Penal Argentino de 1991, em seu art. 286, já previa a realização da audiência de custódia num prazo de seis horas após a prisão: *El “funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente”*.

Por sua vez, o Código Federal de Procedimientos Penal do México (art. 194) determina que o Ministério Público, no prazo de quarenta e oito horas, em casos urgentes e de flagrante delito, deverá colocar o indiciado em liberdade ou encaminha-lo à disposição da autoridade judicial, com a possibilidade de duplicação deste prazo, quando se tratar de “crime organizado”.

Artículo 194 Bis.- En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada.

O art. 16, §3º, da Lei Fundamental mexicana obriga a apresentação sem demora, pela autoridade que cumprir o mandado de prisão, do preso ao juiz:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

[...]

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

No mesmo diapasão, é o que dispõe o artigo 263 do Código Processual Penal do Peru:

ARTÍCULO 263º Deberes de la policía.-

1. [...]

2. En los casos del artículo 261º, sin perjuicio de informar al detenido del delito que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención, comunicará la medida al Ministerio Público y pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Juez de

la Investigación Preparatoria. El Juez, tratándose de los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 261°, inmediatamente examinará al imputado, con la asistencia de su Defensor o el de oficio, a fin de verificar su identidad y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Acto seguido, lo pondrá a disposición del Fiscal y lo ingresará en el centro de detención policial o transitorio que corresponda. En los demás literales, constatada la identidad, dispondrá lo conveniente.

Pelo exposto, mesmo a audiência de custódia tendo previsão em tratados internacionais, relevante é a sua regulamentação no Ordenamento interno dos países signatários para uma melhor aplicação.

2.5 Da implantação das audiências de custódia no Brasil

Em janeiro de 2015, em atendimento àquela solicitação do Conselho nacional de Justiça, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo-SP e a Corregedoria Geral da Justiça editaram o Provimento Conjunto nº. 3/2015, regulamentando a implantação paulatina da audiência de custódia no respectivo Estado, e, no mês de fevereiro de 2015, passou a vigorar o “Projeto Audiência de Custódia”, sendo realizadas 25 audiências e concedidas 17 liberdades provisórias no primeiro dia de funcionamento.

Consoante o ato administrativo regulador das audiências de custódias na capital paulistana, o delegado de polícia providenciará o encaminhamento do preso ao juiz competente em até vinte e quatro horas após a sua prisão, a fim de que participe da audiência de custódia. Na oportunidade, será enviado auto de prisão em flagrante, nos termos da lei processual, podendo a apresentação do detido ser dispensada, quando circunstâncias pessoais deste justificarem.

Durante a realização da audiência, o apresentado será ouvido acerca das circunstâncias de sua prisão, sem, contudo, questionar acerca do mérito. Em seguida, é dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e à defesa para se manifestarem sobre a legalidade e a necessidade da prisão, decidindo, em seguida, o magistrado. Toda a audiência será gravada, exceto se todos os atos forem reduzidos a termo, e uma cópia da gravação instruirá o auto de prisão em flagrante.

Em meados de maio de 2015, o Estado do Espírito Santo aderiu ao projeto das audiências de custódia, seguido pelo Maranhão no mês de junho de 2015, por Minas Gerais e Mato Grosso em julho/2015. A adesão do Estado do Ceará se deu em agosto de 2015 e a sua implementação será abordada no Capítulo 4 deste trabalho. O Distrito Federal aderiu apenas

em outubro de 2015, conseguindo abranger todo o seu território em razão da sua pequena dimensão geográfica.

Como já ressaltado, uma das finalidades da audiência de custódia é analisar a necessidade das prisões cautelares e, com isso, desafogar o sistema carcerário brasileiro. A conta é simples: com a redução do número de presos, menos gastos com o sistema se terá, proporcionando o investimento em outras áreas como a educação, saúde, esporte, etc.

A participação da defesa na audiência de custódia corrobora com o princípio do contraditório aplicado nas fixação de medidas cautelares, como asseverou-se no Capítulo 1, influenciado na decisão do magistrado acerca da necessidade da prisão cautelar. Assim, entende de Renato Brasileiro de Lima (2015 p. 927):

Quando a convalidação judicial da prisão em flagrante é feita sem a apresentação do preso em flagrante, ou seja, tão somente com a remessa dos autos do APF à autoridade judiciária, a decisão judicial acaba sendo influenciada exclusivamente pela opinião da autoridade policial e do órgão ministerial, que geralmente se manifestam a favor da conversão em prisão preventiva (ou temporária). Daí a importância da audiência de custódia. A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des) necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante.

Com o escopo de garantir a participação dos membros do Ministério Público às audiências de custódia, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Recomendação nº. 28, de 22 de setembro de 2015.

2.6 O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que estabelece o Novo Código de Processo Penal

Tramita na Câmara do Deputados o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que estabelece o Novo Código de Processo Penal, o qual, em seu art.14, *caput*, prevê o “juiz de garantias”, isto é, aquele responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e à proteção de direitos fundamentais. Dentre as competências do “juiz de garantias” está a possibilidade de determinar a apresentação do preso até a sua presença (PAIVA, 2015, p.59).

Ora, tal previsão não pode ser considerada como uma audiência de custódia, mormente pela sua faculdade e pela falta de imediatidade, como preveem os tratados internacionais. Ademais, no seu art. 553, o novo Código determina apenas o envio do auto de prisão em flagrante, como no diploma fascista de 1941, senão veja-se:

Art. 553. Observado o disposto no art. 545, em até 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas.

§ 1º Cópia integral do auto de prisão em flagrante será encaminhada à Defensoria Pública no mesmo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, salvo se o advogado ou defensor público que acompanhou o interrogatório já a tiver recebido.

§ 2º Também no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, será entregue ao preso, mediante

recibo, a nota de culpa, assina da pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. (BRASIL, 2010)

Portanto, espera-se que o aludido projeto seja emendado na Casa do Povo, incluindo-se dispositivos determinando a realização da audiência de custódia nos moldes convencionais.

2.7 O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011

Há quase cinco anos, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que propõe a alteração do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, para determina a realização da audiência de custódia no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão (PAIVA, 2015, p.62):

Art. 306. [...]

§1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (BRASIL, 2011).

Logo após o envio do aludido projeto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o Senador Randolfe Rodrigues apresentou emenda substitutiva acolhendo sugestões da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, alterando redação do artigo (PAIVA, 2015, p.63):

Art. 306. [...]

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

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o § anterior, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará exclusivamente sobre a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela

autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código (BRASIL, 2011).

Ocorre que a emenda substitutiva, todavia, não foi votada por aquela CCJ do Senado Federal, tendo sido redistribuída à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). Na oportunidade, o parlamentar João Capiberibe apresentou outra emenda substitutiva, agora acrescentando três parágrafos ao art. 283 do CPP (PAIVA, 2015, p.64):

Art.283 [...]

§ 3º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão, a pessoa presa, acompanhada de seu advogado ou, na falta deste, de defensor público, deverá ser conduzida à presença do juiz que decretou a medida, ou do juiz do local, ocasião em que será apresentado o auto de prisão acompanhado de todas as oitivas colhidas e do laudo do exame de corpo de delito.

§ 4º Na ocasião da apresentação a que se refere o § 3º, o juiz deverá inquirir a pessoa presa e respectivo defensor se houve violação dos direitos e garantias fundamentais e ordenar, diante da suposta ocorrência, as medidas cabíveis para a preservação da integridade da pessoa presa e a apuração das violações apontadas.

§ 5º Cópias dos documentos referidos no § 3º serão imediatamente disponibilizadas ao advogado da pessoa presa ou, caso não seja informado o nome deste, à Defensoria Pública. (BRASIL, 2013)

O Projeto retornou em maio de 2015 à CCJ para ser analisado, quando o Senador Humberto Costa apresentou nova emenda alterando o *caput* e acrescentando seis parágrafos ao art. 306 do CPP:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pelo delegado de polícia ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 3º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da ocorrência de suposta violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 5º Na impossibilidade da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia por meio de seus agentes tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

§ 6º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 2015)

Importante ressaltar, ainda, que Senador Francisco Dornelles, apresentou emenda substitutiva prevendo a possibilidade de realização da audiência de custódia por meio do sistema de videoconferência. Justificou o parlamentar que o *deslocamento de presos coloca em risco à segurança pública, à segurança institucional e, inclusive, à segurança do preso*. Todavia, referida emenda recebeu parecer contrário do relator Senador Humberto Costa, que aduziu ser indispensável o contato direto entre o preso e o magistrado, para que este tenha melhores condições de analisar o caráter, a índole e a personalidade do acusado (PAIVA, 2015, p.54).

A Doutrina concebe a utilização da videoconferência na audiência de custódia apenas em casos excepcionais. Renato Brasileiro (2015, p. 930), entende ser possível, desde que se observe, de maneira plena, os direitos fundamentais do preso e se configure uma das hipóteses legais de cabimento para o interrogatório por videoconferência (art. 185, §2º, do CPP). Caio Paiva (2015, p.55), afirma que a utilização do sistema de videoconferência normalmente nas audiências de custódia viola a Convenção Americana de Direitos Humanos, somente podendo ser este método aceito em situações extraordinárias e justificadas quando a condução do preso trouxer riscos para a segurança.

A emenda substitutiva do PLS 554/2011 apresentada pelo Senador Humberto Costa foi, finalmente, aprovado na CCJ do Senado em setembro de 2015. Assim, segundo ela, o art. 304 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

Art. 304 [...]

§ 4º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante o seu interrogatório policial, podendo lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade policial que presidir o ato.

§ 5º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou médico nomeado pela autoridade policial, preferencialmente da rede pública de saúde.

§ 6º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, proceder-se-á na forma do art. 306, ficando o preso à disposição do juiz competente,

em estabelecimento prisional previsto na Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.” (BRASIL, 2015)

Já o Art. 306 do mesmo diploma legislativo regulamentaria a audiência de custódia:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 2º O descumprimento do prazo previsto para a apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão.

§ 3º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 4º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da alegação de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, a autoridade policial em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na de membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 9º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 10º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 11º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser

apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 2015)

Inicialmente, verifica-se um equívoco na redação do parágrafo 6º, pois ele faz referência parágrafo quarto, quando devia fazer ao quinto. Trata-se de pequeno erro de fácil retificação. Ademais, como se percebe, a redação do §7º, do art. 316 do projeto, se vier a ser aprovada, impedirá a utilização da oitiva realizada na audiência de custódia como meio de prova, reforçando as finalidades daquela, quais sejam, averiguar a legalidade e a necessidade da prisão.

O Conselho Nacional do Ministério Público aprovou, em agosto de 2015, Nota Técnica defendendo que a entrevista do preso na audiência de custódia não constitui antecipação de interrogatório judicial, contudo, não se pode desconsiderar as informações prestadas por ele. O Conselheiro Relator da referida Nota Técnica, Fábio George Cruz da Nóbrega, aduziu que:

[...] certamente não há sentido em que seja o depoimento autuado em apartado e completamente desprezado para o julgamento do processo, uma vez que se cuida de ato oficial e, mesmo que pré-processual, já produzido sob o viés do contraditório, com a observância da ampla defesa, vez que revela-se indispensável a presença de defesa técnica. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015)

No dia 13 de julho de 2016, o plenário do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei do Senado nº 554/11, porém deverá ser novamente apreciado em turno suplementar antes de ser encaminhado para a Câmara dos Deputados.

Portanto, a redação aprovada pelo Senado Federal vai ao encontro do estabelecido em Convenções Internacionais, garantindo-se a proteção de direito humanos, razão pela qual, deve ser ter prioridade de tramitação para que sua aprovação não se arraste por mais longos anos.

2.8 A Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça

Após a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347, onde se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, determinando, dentre outras providências, a implantação obrigatória da audiência de custódia em todas as comarcas do Brasil, no prazo de trinta dias, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 213, com início de vigência no 1º de fevereiro de 2016.

Consoante o artigo 1º da Resolução, toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente dos motivos ou natureza da prisão, será, obrigatoriamente, apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante (leia-se: envio do auto de prisão em flagrante), ao juiz competente, para ser ouvida sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão. Atendendo à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o simples envio do auto, sem a apresentação do preso não supre a exigência da audiência de custódia (art. 1º, §1º).

A autoridade judiciária competente é entendida como aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, em casos de omissão, pela definida em ato normativo do Tribunal local que instituir as audiências de apresentação, incluindo-se os juízes plantonista as (art. 1º, §2º).

Portanto, torna-se relevante a normatização complementar pelos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais para especificação da competência para a realização da audiência de custódia. Se a pessoa detida gozar de foro por prerrogativa de função, a sua apresentação será ao presidente do Tribunal ou relator (art. 1º, §3º).

No caso de o preso se encontrar acometido de grave doença grave ou existir circunstância excepcional que o impossibilite de ser apresentado ao juiz no prazo estabelecido, a audiência será realizada no local em que aquele se encontrar, salvo nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, quando deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação (art. 1º, §4º).

O deslocamento da pessoa presa ao local da audiência e, posteriormente, em caso de decretação de prisão preventiva ou temporária, para alguma unidade prisional específica, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública (art. 2º). Aqui, como veremos no Capítulo 4, está uma das maiores dificuldades e críticas da audiência de custódia. Porém, como se verá, existem alternativas para contornar essas dificuldades.

Em obediência os princípios do contraditório e da ampla defesa (vide tópicos 1.2 e 1.3), a audiência de custódia será realizada na presença de membro do Ministério Público e de defensor, público no caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante (art. 4º). Nesse ponto, um grande avanço na análise das medidas

cautelares pelo magistrado, pois comumente só ouvia os argumentos do delegado e do representante do *Parquet* antes da decretação daquelas.

É bem verdade que o art. 282, §3º, do CPP (alterado pela Lei nº 12.403/11) já previa esse contraditório prévio, mas esse dispositivo era deixado de lado, sob a alegativa da urgência! Agora, não mais, já que, mesmo em casos emergenciais, a defesa se manifestará influenciando no convencimento do magistrado.

Para se garantir uma oitiva verdadeira do apresentado, sem receios de represálias é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia. (art. 4º, parágrafo único).

A resolução determina que a notificação do advogado constituído durante a lavratura do auto de prisão em flagrante deve ser realizada pelo delegado de polícia, quer pelo meio físico, quer pelo meio eletrônico (inclusive de mensagens de texto, como *WhatsApp*) ou por telefônico, para que compareça à audiência de custódia, consignando nos autos (art. 5º).

Antes do início da audiência, será assegurada uma conversa prévia reservada entre a pessoa presa e o 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 (art. 6º).

Nos termos do art. 8º, durante a audiência de apresentação, a autoridade judicial entrevistará o conduzido, devendo esclarecer no que consiste a audiência; assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, exceto nos casos de resistência ou de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito (Súmula Vinculante nº 11); cientificar-lhe sobre seu direito constitucional de ficar calado; questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente os direitos de consultar-se com advogado ou defensor público, de ser atendido por médico e de comunicar-se com seus familiares (do contrário, verifica-se vício formal no auto de prisão em flagrante); indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e de maus-tratos, devendo adotar as providências cabíveis; verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que não tiver sido realizado, em que os registros se mostrarem insuficientes, em que

a alegação de tortura e de maus-tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado ou em que o exame tiver sido realizado na presença de agente policial; abster-se de formular perguntas relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante que objetivem produzir prova para a investigação ou para a ação penal (mérito); adotar as providências que estiverem ao seu alcance para sanar possíveis irregularidades e, por último, averiguar, hipóteses de gravidez, de existência de filhos ou de dependentes sob cuidados do preso e de histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e de concessão da liberdade provisória, com ou sem imposição de medida cautelar.

Depois de ouvir o preso, o magistrado deferirá reperguntas ao Ministério Público e ao defensor, nesta ordem, indeferindo as perguntas relativas ao mérito (fatos que constituam eventual imputação), permitindo-lhes, em seguida, requerer o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão da liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação de prisão preventiva ou a adoção de outras medidas necessárias à preservação dos direitos do detido (art. 8º, §1º, incisos I, II, III e IV).

Concluída a audiência, cópias da ata serão fornecidas à pessoa presa em flagrante delito, ao Ministério Público e ao defensor, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e com cópia da ata, seguirá para livre distribuição (art. 8º, §4º).

Proferida decisão de relaxamento da prisão; de concessão de liberdade provisória, com ou sem a cominação de medida cautelar diversa; ou de arquivamento do auto de prisão em flagrante, a pessoa presa será imediatamente colocada em liberdade, com a expedição de alvará de soltura, sendo cientificada de seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar detida (art. 8º, §5º).

Importante ressaltar que, mesmo com a aplicação das medidas cautelares diversas, há uma restrição da liberdade de locomoção, razão pela qual aquelas devem ter sua necessidade avaliada pelo magistrado. Neste sentido, a resolução consignou, expressamente, que o monitoramento eletrônico (art. 319, IX, do CPP), será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a inadequação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a indiciados por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal,

assim como em hipóteses de cumprimento de medidas protetivas de urgência que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa (art. 10).

Com o escopo de combater os abusos e a prática da tortura, se houver declaração da pessoa presa ou indícios de que ela foi vítima destas ações criminosas, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado (art. 11).

O art. 13 da Resolução deixou clara a aplicação da audiência de custódia às hipóteses de prisão preventiva e temporária, podendo, inclusive ser aplicada no âmbito da Justiça Castrense, em casos de crimes militares (art. 9º do Código Penal Militar)(PAIVA, 2015, p.87).

Por fim, consoante dispõe art. 15, a contar do início da vigência da resolução, os Tribunais terão o prazo de noventa dias para implantação da audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições, sendo assegurado, no mesmo prazo, às pessoas presas antes da implantação da audiência de custódia e que ainda não tenham tido contato com um magistrado em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a apresentação à autoridade judicial para tal fim.

Portanto, a Resolução nº 213/15 do CNJ veio em momento oportuno diante da inércia do Poder legislativo em votar e aprovar o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, regulamentando o procedimento da audiência de custódia e garantido a efetivação de suas finalidades.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A concepção moderna dos direitos fundamentais surgiu nos movimentos que precederam a Revolução Francesa de 1789, sendo uma limitação ao poder estatal em face do particular. Por sua característica histórica, os direitos fundamentais evoluíram com o tempo, sendo, doutrinariamente, divididos em dimensões (gerações). As liberdades públicas encontram-se na primeira dimensão (geração) dos direitos fundamentais, sendo a liberdade de locomoção um direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, “caput”).

Com o resultado desastroso da segunda guerra mundial, que teve o holocausto fundamentado na Constituição alemã de Weimar de 1919, desponta, no cenário mundial, a preocupação internacional com os direitos humanos, estes entendidos não como os direitos fundamentais de cada Estado, positivados nas constituições, mas sim como direitos inerentes à natureza humana, reconhecidos formalmente pela ordem internacional.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos que, na visão tradicional da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal eram equiparados à lei ordinária, ganharam status de normas constitucionais com o advento da EC nº 45/2004. Mas como ficariam os ratificados anteriormente à alteração constitucional? Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Pretório Excelso decidiu que os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 teriam natureza de norma supralegal, prevalecendo sobre as leis ordinárias.

Para se garantir a supremacia dos tratados sobre direitos humanos em face da lei ordinária, bem como se estabelecer parâmetros interpretativos da Constituição, surgiu a teoria do controle de convencionalidade ou do “diálogo das fontes”.

A audiência de custódia tem previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, mas não se encontra positivada na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Destarte, deve o magistrado realizar o controle de convencionalidade no caso concreto para a adequação do Ordenamento Jurídico

brasileiro ao regime internacional de proteção aos direitos humanos? Em não sendo observada a obrigatoriedade da audiência de custódia, a prisão em flagrante se tornaria ilegal, passível de ser relaxada pela autoridade judicial competente? Esses são os questionamentos que se pretende analisar no presente capítulo.

Para esse escopo, será primeiramente analisada a liberdade de locomoção dentro do contexto dos direitos fundamentais. Após, abordar-se-á a evolução da natureza jurídica do tratados internacionais no direito brasileiro, com a adoção da teoria do controle de convencionalidade. Por fim, realizar-se-á o estudo da obrigatoriedade da audiência de Custódia no Brasil, analisando a jurisprudência da pátria e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1 A liberdade de locomoção como direito fundamental

Pode-se conceituar os direitos fundamentais como princípios, jurídica e positivamente, vigentes em uma ordem constitucional que revelam a ideia de dignidade humana de uma sociedade e torna legítima um determinado ordenamento jurídico (LOPES, 2001, p.33).

Desta feita, eles são a expressão imediata da dignidade humana, esta insculpida como o fundamento de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, CF/88), ou seja, seu “núcleo essencial intangível” (GUERRA FILHO, 2003, p.49).

O termo "direitos fundamentais" teve sua origem em 1770, na França, como resultado do movimento político e cultural que deu início à declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, vindo a alcançar, depois de muito tempo, um lugar de destaque no constitucionalismo alemão, de onde estabelece uma relação entre o indivíduo e o estado (PÉREZ-LUÑO, 1995, p.30).

Assim, em um primeiro momento, os direitos fundamentais foram concebidos verticalmente, ou seja, nas relações jurídicas entre os indivíduos e o Estado, limitando a ação deste último.

Por conta da sua dupla dimensão, os direitos fundamentais são considerados ambivalentes, posto que possuam valores *jusnaturalistas*, inerentes à natureza do homem, destarte, anterior à constituição Estado Moderno; e outros valores positivistas, como sendo os direitos humanos positivados em um determinado ordenamento jurídico (LOPES, 2001, p.36). Com efeito, os direitos fundamentais pertencem à essência humana, mas para serem assim

identificados e não como direitos humanos, necessita-se da análise de determinado ordenamento jurídico que os expressamente reconhecemos.

O homem passou a ser visto como protagonista de sua própria história, sendo o Direito apenas um instrumento em seu benefício. Para Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p.35-36):

Essa transformação repercutiu, sobretudo, no direito penal e processual, nos quais se impugnou a tortura como meio para obter provas ou como sanção, exigindo-se a criação de garantias processuais na defesa do indivíduo, mudanças que constituem antecedentes diretos das atuais garantias do devido processo.

Portanto, seguindo a filosofia kantiana, a dignidade tem como fundamento a autonomia. As coisas tem um preço e são substituíveis, mas quando a coisa não tiver cotação e, destarte, não puder ser trocada, possuirá dignidade. O homem como ser racional é fim em si mesmo e nunca o meio para se alcançar outros fins, ainda que estes sejam, por exemplo, a proteção de dezenas, ou até mesmo, milhares de outras vidas. (BARROSO, 2010, p.17-18).

A classificação dos direitos fundamentais é controvertida, porém, seguindo os ensinamentos de Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 37) pode-se traçar as seguintes características: a) normas constitucionais (positivistas), ainda que não estejam em um único livro, ou seja, podem estar fora do texto constitucional (bloco de constitucionalidade), reconhecidas pelo Estado e não propriamente criado por este (ex. contrato); b) historicidade, na medida em que, por serem normas positivas, foram desenvolvidas no decorrer da história; c) natureza principiológica do seu enunciado segundo a teoria do Alexy, já que são enunciados abstratos que admitem interpretações; d) função dignificadora, na medida em que possuem a função de dignificar o ser humano, protegendo a sua dignidade (antropocentrismo); e) elementos legitimadores da atuação do Estado e dos particulares, sendo denominados de “termômetros da democracia”, pois são utilizados para avaliar se o Estado e os particulares estão respeitando os direitos fundamentais criados.

Jorge Miranda (2000, p.7/12) estabelece uma dicotomia na formação dos direitos fundamentais, dividindo-os em dois sentidos: formal e material. No primeiro sentido, são os direitos pertencentes (leia-se: inseridos ou positivados) no texto constitucional. Por sua vez, materialmente, são os que mesmo não declarados de forma expressa, encontram-se implícitos, por serem valores pré-constitucionais produto da evolução social.

Por serem históricos, como já ressaltado, os direitos fundamentais evoluíram com o tempo, tendo a doutrina os dividido em gerações sucessivas, que traduziram um processo

cumulativo e quantitativo (BONAVIDES, 2006, p.563). O termo “geração” foi idealizado por Karel Vasak, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. (MARMELSTEIN, 2008, p.42)

Alguns autores criticam a classificação realizada, uma vez que passa a ideia de sucessão, dentre eles Ingo Sarlet que prefere a utilização do termo “dimensão”, justificando:

verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

Com efeito, a expressão “geração” fomentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, o que não corresponde com a realidade vivenciada que não é de sucessão, mas sim de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos consagrados (TRINDADE, 1997, p.390).

As liberdades públicas constituem a primeira dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais e garantem a atuação livres dos indivíduos contra a ingerências do Estado. São também denominadas de direitos de defesa, como, por exemplo, a liberdade de imprensa, de religião de expressão, dentre outras.

A liberdade é um direito natural do homem, posto que é inerente a sua natureza, sendo anterior à sociedade e ao Estado. Com a Revolução Francesa de 1789 ganhou status de direito fundamental e desde então vem sendo prevista nas constituições modernas. Contudo, recebeu proteção jurisdicional antes mesmo do Estado moderno com o Estatuto da Paz, Carta editada pelo Rei Luiz VI, o Gordo (1108-1137), de França; em 1679, o *habeas corpus act* (RUIZ, 2006, p.145).

Consoante a teoria contratualista do Estado, o homem percebeu as desvantagens do “estado de natureza” e abdicou parcela de sua liberdade para viver em sociedade, criando o leviatã de Hobbes para gerir seus conflitos.

No presente trabalho, abordaremos a liberdade na sua concepção física, consistindo o direito de ir, vir ou ficar, opondo-se a prisão ou enclausuramento. A Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput* e nos incisos XV, XLVI, LIV, dentre outros, elegeu a liberdade ambulatorial

como direito fundamental, razão pela qual é instrumento para conter as ações estatais em face dos particulares.

3.2 Tratados internacionais de Direitos Humanos e controle de convencionalidade.

Com o final da segunda guerra mundial, o mundo se voltou para os direitos humanos como paradigma ético para fundamentar a ordem internacional, de forma a evitar novas ações genocidas abalizadas em textos constitucionais, como ocorreu com o nazismo.

Com efeito, malgrado o pensamento de que o ser humano tem direitos e liberdades fundamentais que são inerentes à sua natureza tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a compreensão de que os direitos humanos devem ser regulamentados internacionalmente é recente.

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é pautado na ideia de que todo Estado tem o dever de respeitar os direitos humanos e, em não fazendo, qualquer nação e a comunidade internacional pode protestar, para que aqueles sejam cumpridos (BILDER, 1992, 3-5).

A soberania estatal, antes considerada de maneira absoluta, passa a ser relativa, já que sempre será objeto de controle pela comunidade internacional, no caso de violação à direitos humanos.

O Brasil, assim como diversos Estados latino-americanos, foi acometido por ditadura no período pós-guerra, oportunidade em que ocorrem inúmeras violações a direitos humanos. Em decorrência disso, a grande maioria dos tratados internacionais que versavam sobre aqueles direitos não foram ratificados naquela época. Apenas com a redemocratização, em meados da década de 80, iniciou-se o processo de ratificação dos principais tratados.

Segundo Flávia Piovesan (2008, p.25):

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos.

O Constituinte de 1988 estabeleceu no texto constitucional diversas normas para

proteção dos direitos humanos, a exemplo do art. 5º, “caput” e seus incisos e, principalmente, o seu parágrafo 2º, que reconhece outros direitos e garantias previstos em princípios e tratados reconhecidos pelos Estado brasileiro.

Para alguns autores, como Flávia Piovesan (2008, p.26), o parágrafo 2º, tratou, hierarquicamente igual os direitos enunciados em tratados e as normas de direitos e garantia fundamentais.

Igualmente, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner (2000, p. 90), recrimina o posicionamento da jurisprudência do Pretório Excelso, o qual contrariaria os princípios cogentes da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, além das disposições do Tratado de Havana e do Tratado de Viena sobre Direito dos Tratados, autorizando o estado brasileiro a infringir obrigações internacionais, acrescentando:

[...] temos por certo possuírem as normas de proteção aos direitos do homem, formalmente, *status* diferenciado dentro do ordenamento jurídico interno brasileiro, eis que expressamente incorporados ao rol de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal, nos exatos termos do art. 5º, § 2º, da lei maior. Ainda que não estivesse exposto o dispositivo, prevaleceria o entendimento de serem, as normas de proteção aos direitos humanos, normas *materialmente constitucionais*, e, portanto, oponíveis às da legislação infraconstitucional. Desta forma, revogam a legislação infraconstitucional anterior, e vinculam o legislador futuro.

Do processo de globalização, que proporciona e fomenta a abertura da Constituição à normatização internacional, ampliou-se o “bloco de constitucionalidade”. Na mesma toada, é o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos (2009, p.415):

[...] os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, sendo que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do surgimento da EC n. 45/2004, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, reveste-se de **caráter materialmente constitucional**, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de **bloco de constitucionalidade**. (...) Tratados internacionais de direitos humanos não são meras leis ordinárias, pois sua hierarquia advém do art. 5º, §2º, preceito que promove a integração da ordem jurídica interna com a ordem jurídica internacional. (grifo no original)

A expressão “bloco de constitucionalidade” foi criada pelos franceses com supedâneo na teoria do “bloco de legalidade”, utilizada por Maurice Hauriou para fazer referência às funções do Conselho de Estado, no controle dos atos administrativos. Referida teoria foi incorporada ao direito constitucional para especificar um conjunto de normas que possuem mesmo nível hierárquico das normas constitucionais (FAVOREU, RUBIO LLORETE, 1990, p. 20 *apud* LOPES, 2009, p. 45).

Assim, quando se estabeleceu que os tratados ratificados devem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, se eles versarem sobre direitos humanos, é inegável o seu conteúdo de norma constitucional em sentido material, seguindo a teoria defendida por Jorge Miranda.

Em decorrência do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, os direitos proclamados nos tratados com hierarquia de norma constitucional, possuem aplicabilidade imediata, o que fundamenta ainda mais a sua superioridade em face da lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 80.004-SE² em 1º/06/1977 (BRASIL, 1977), adotava a teoria da paritariedade ou do monismo nacionalista moderado, segundo o qual tratados e convenções internacionais têm *status* de lei ordinária, destarte, possível conflito seria resolvido pelos critérios da especialidade ou anterioridade.

Contudo, o tema dos tratados internacionais ganhou uma nova perspectiva com o advento da EC nº 45/2004, quando acresceu-se o §3º ao art. 5º. O constituinte reformador, de maneira expressa, reconheceu a natureza de norma constitucional aos tratados (leia-se: emendas à Constituição), mas desde que estes sejam internalizados segundo o procedimento mais dificultoso. Trata-se apenas do aspecto formal, não tendo o constituinte ratificado a doutrina da natureza material constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos.

Outras inovações da EC nº 45/2004 que iriam influenciar a mudança de entendimento da nossa Corte Suprema foram a constitucionalização do Estatuto de Roma (Decreto nº 4388/2002) e o incidente de deslocamento de competência para justiça federal, na ocorrência de grave violação a direitos humanos (art. 109, §5º, da CF). Com isso, houve uma valorização constitucional dos direitos humanos (MAUÊS, 2013).

²Convenção de genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 1977).

Novamente provocado a enfrentar a natureza jurídica dos tratados, o Pretório Excelso, ao decidir o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP³ (BRASIL, 2008), em que se considerou ilegal a prisão civil do depositário infiel, entendeu que os tratados internacionais podem ser de três naturezas: a) emendas à Constituição, quando versarem sobre direitos humanos e forem ratificados posteriormente à EC nº 45/2004, pelo procedimento daquelas; b) normas supralegais, quando abordarem direitos humanos e forem internalizados antes da EC nº 45/2004 e, por conseguinte, sem o procedimento das emendas à Constituição; c) normas infraconstitucionais, se não tiverem conteúdo de direitos humanos, pouco importando se anteriores ou não à EC nº 45/2004.

A depender da natureza do tratado, tem-se determinada solução para eventual colisão com a lei ordinária. Se possuir hierarquia de norma constitucional, adota-se a teoria do “bloco de constitucionalidade”, com a solução através do controle de constitucionalidade, quer seja abstrato, por meio de processo objetivo; quer seja por meio difuso ou de exceção. Se o tratado for equiparado a norma infra legal, eventual conflito será resolvido pelas regras da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) ou cronológico “tudo ou nada”, com a exclusão total de uma pela outra. Por último, tem-se a hipótese de o tratado possuir status normativo supralegal, continuando em nível hierárquico inferior à Constituição, mas com hierarquia superior às demais normas. Esse entendimento modificou tudo o que havia se construído até então, pois existiam dois posicionamentos adotados: o de norma constitucional e o da lei ordinária.

Para Antônio Moreira Mauês (2013), esse novo posicionamento do Supremo exige o desenvolvimento de um “diálogo” com outros tribunais, notadamente, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista a supremacia da Constituição Federal sobre as normas jurídicas internacionais e a força paralisante dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais.

Como já ressaltado, com evolução da proteção internacional dos direitos humanos, não se pode defender uma tese hierárquica entre o direito interno e os tratados internacionais. Destarte, mister se faz a adoção de uma hermenêutica (parâmetros de interpretação

³ PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (BRASIL, 2008)

constitucional) que compatibilize as normas constitucionais (leia-se: direitos fundamentais) com as normas internacionais (leia-se: tratados de direitos humanos) (MAUÊS, 2013). Foi o que estipulou o Supremo Tribunal Federal quando decidiu pela inviabilidade da prisão civil do depositário infiel, ainda que por meio de emenda à Constituição.

Para Jorge Contesse (2013, p. 3), por meio do controle de convencionalidade:

[...] los jueces y otras autoridades nacionales se encontrarían en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la misma Corte.

Com efeito, os magistrados (ministros, desembargadores e juízes) devem realizar uma interpretação, no caso concreto, das normas internas, quer sejam de natureza constitucional ou infraconstitucional, de modo a adequá-las o Pacto de São José da Costa Rica.

Neste diapasão, afirma Caio Paiva (2015, p.30):

É hora de admitirmos que nossa pirâmide normativa não mais se esgota na Constituição Federal, que a centralidade dos direitos humanos internacionalizou a jurisdição, obrigando que todos os juízes façam não somente o controle de constitucionalidade das normas, mas também o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade não exclui Controle de constitucionalidade, pois aquele visa aferir a validade de um ato, tendo como parâmetro uma convenção (tratado) internacional; já este verifica a validade da norma em face da constituição. Em decorrência destes controles, pode-se chegar a resultados diversos, como a compatibilidade com a Constituição e incompatibilidade com o tratado internacional (ex.: lei de anistia) (ROTHENBURG, 2013, p.684).

No tópico a seguir, examinar-se-á o controle de convencionalidade do Código de Processo Penal em face da Convenção Interamericana de Direitos humanos, no que concerne na necessidade da realização da audiência de custódia.

3.3 Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF nº 347)

No julgamento da Liminar na ADPF nº 347⁴ (BRASIL, 2015), ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, o Supremo Tribunal Federal deferiu, em parte, os pedidos e, no tocante a audiência de custódia, determinou: que os juízes e tribunais motivassem expressamente, nos casos de decretação ou de manutenção da prisão preventiva, os motivos pelos quais não teriam sido aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas nos arts. 319 e 320 do CPP; observassem os artigos 9.3 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a fim de que fossem realizadas, em até noventa dias, audiências de custódia, bem como viabilizassem o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de vinte e quatro horas, contados do momento da prisão em flagrante ou preventiva; observassem a realidade dramática do sistema penitenciário brasileiro, quando da concessão de medidas cautelares penais, da aplicação da pena e no curso da execução penal; e fixassem, quando possível, penas alternativas à prisão, haja vista a reclusão é cumprida em condições muito mais severas do que as prevista em lei.

Na oportunidade, foi reconhecida a Tese da Corte Constitucional da Colômbia do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, que consiste na possibilidade de o Poder Judiciário interferir sobre funções tipicamente executivas e legislativas, podendo determinar dotações orçamentárias (ativismo judicial estrutural). Tais medidas são vistas por muitos como

⁴ O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. (BRASIL, 2015)

violação à separação dos poderes e, por conseguinte, ao regime democrático. Contudo, diante da grave e sistêmica violação de direitos fundamentais, essas oposições devem ser refutadas, já que a decretação do ECI produz uma interlocução entre os Poderes e a população, bem como supera bloqueios da política (CAMPOS, 2015).

Com essa decisão, ainda que provisória, a Suprema Corte Brasileira indiretamente reconheceu a imprescindibilidade de obediência à Convenção Americana de Direitos Humanos, realizando um controle de convencionalidade para, até mesmo, agir de maneira proativa.

Porém, fora fixado prazo para a implantação das audiências de custódia (noventa dias), razão pela qual a sua não realização somente tornará a prisão ilegal após o término daquele. O Superior Tribunal de Justiça, no RHC 58308/RJ⁵, cujo acórdão foi relatado pela Ministra Maria Theresa de Assis Moura, corroborou com esse entendimento.

Nos termos do voto da Ministra Relatora, a Corte entendeu que, não obstante a promulgação do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no ano de 1992, somente no ano de 2015 o Brasil adotou medidas a fim de implementar a audiência de custódia. Ademais, a decisão do STF na ADPF nº. 347, ao fixar prazo para a implementação da audiência de custódia, considerou válidos os atos judiciais de homologação de flagrante em períodos anteriores, não se configurando qualquer nulidade.

A decisão da Suprema Corte, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional, ainda que provisória, tem força vinculante e deverá ser utilizada como argumento para considerar ilegal a prisão quando não for realizada a audiência de custódia após a sua implantação.

⁵ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 37 DA LEI 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. IMPLEMENTAÇÃO GRADATIVA DO ATO. CUSTÓDIA ANTERIOR À RESOLUÇÃO ESTADUAL. DESPROVIMENTO. 1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos preveem a realização de audiência de apresentação ou de custódia, determinando a apresentação do preso à autoridade judiciária “sem demora”. O Conselho Nacional de Justiça, em fevereiro de 2015, lançou o Projeto “Audiência de Custódia”, e os Tribunais estaduais têm editado normas visando sua implementação de forma gradativa. O Supremo Tribunal Federal, em 9.9.2015, nos autos da ADPF 347, deferiu medida cautelar para determinar que os juízes e tribunais viabilizem, em até 90 dias, a realização de audiências de custódia, possibilitando a apresentação do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas. 2. A não realização de audiência de custódia, no caso concreto, não enseja a ilegalidade da prisão cautelar. In casu, a prisão em flagrante ocorreu em 14.11.2014, antes da Resolução 29/2015, que disciplina a audiência de custódia no âmbito do estado do Rio de Janeiro, e antes do prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Dessarte, não há falar em ilegalidade da prisão provisória do recorrente. 3. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, 2015)

3.4 Da (i)legalidade da prisão em flagrante ante a ausência da audiência de custódia.

A prisão consiste na privação da liberdade ambulatorial (de locomoção) em virtude do recolhimento da pessoa humana ao cárcere (LIMA, 2013, p. 862). Na esfera penal é dividida em duas espécie: prisão pena e prisão cautelar. A primeira resulta de sentença penal condenatória com trânsito em julgado que impôs pena privativa de liberdade. Já a segunda, consiste na prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com o escopo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

A prisão cautelar, desde o advento da Constituição Federal de 1988 e, notadamente, da Lei nº 12.403/11, é uma medida de caráter excepcional. Infelizmente, hodiernamente, em virtude da demora do processo, a prisão cautelar vem se tornando a regra.

Por sua vez, a prisão cautelar é dividida em preventiva (arts. 311 e 312 do CPP) e temporária, esta uma prisão eminentemente investigativa, decretada pelo juiz, nos termos da Lei nº 7.960/89.

A prisão em flagrante consiste em uma medida de autodefesa social, caracterizada pela privação de liberdade de locomoção, independentemente, de prévia autorização judicial, uma vez que o Estado não está em todos os lugares. Trata-se de medida precautelada e precária, visto que, segundo o art. 306, §1º, do CPP, subsiste até o envio do auto de prisão em flagrante delito ao juiz competente, que deverá ocorrer no prazo máximo de vinte e quatro horas.

Antes desse lapso temporal, como forma de se evitar excessos por parte do Estado ou mesmo de particulares, o art. 5º, LXII, da Constituição Federal e o *caput* do art. 306, do CPP, determinam que a prisão de qualquer pessoa deve ser, imediatamente, comunicada à autoridade judiciária competente, que realizará a análise da legalidade da prisão, relaxando esta se contrária à lei (art. 5º, LXV, da CF).

Portanto, consoante o ordenamento jurídico brasileiro, a obrigação que a autoridade policial (ou outra autoridade que tenha presidido o auto de prisão em flagrante) é de comunicar, prontamente, a prisão ao magistrado, família ou pessoa indicada e Ministério Público.

Ocorre que o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Decreto nº 678/92, determina que “toda pessoa

presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...). Ademais, na mesma senda, garante o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592/92, que “qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...).”

Trata-se da denominada audiência de custódia que:

Consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão (LOPES JÚNIOR e PAIVA, 2014, p.15).

Desta feita, percebe-se que, malgrado a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal não exigirem que a pessoa presa seja apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente, o Estado brasileiro é signatário de dois tratados internacionais de direitos humanos, que foram ratificados anteriormente à EC nº 45/2004, sendo, por conseguinte, considerados normas supralegais, consoante posicionamento já explanado.

Contudo, como já ressaltado, com a internacionalização dos direitos humanos, a Constituição Federal e a Lei Adjetiva Penal brasileiras devem ser interpretadas a luz do que estabelecem os tratados internacionais de direitos humanos. Nereu Gioacomolli (2014, p.12) assevera que:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.

Por terem natureza supralegal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos devem ser observados pelas autoridades no momento prisão em flagrante, obrigando-se a apresentação da pessoa presa sem demora (leia-se: no mesmo prazo para o envio do auto de prisão em flagrante, qual seja, até vinte e quatro horas) autoridade judiciária competente que, na presença de representante do *Parquet* e de um defensor (público ou particular), ouvirá o preso sobre as causas de sua prisão para, em

seguida, decidir sobre a necessidade desta, nos termos do art. 310 do CPP⁶.

Para Cleopas Isaías Santos (2015), a audiência de custódia constitui uma formalidade essencial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, e, por conseguinte, que a sua não realização acarretaria no relaxamento da prisão, uma vez que esta seria ilegal. Todavia, mesmo diante da ilegalidade, o indiciado poderia permanecer preso, pois ainda seria possível a decretação de sua preventiva. O desrespeito a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia não é um problema jurídico, nas palavras de Cançado Trindade (leia-se: aplicação ampla dos tratados internacionais), mas, de falta de vontade dos poderes públicos, especialmente do Judiciário.

Por sua vez, Cláudio do Prado Amaral (2015, p. 4/6) reconhece que deve ser concedida a liberdade provisória ao preso com consequência do descumprimento do prazo para a apresentação deste ao juiz, já que se está diante de um constrangimento ilegal, configurado pelo excesso de prazo e da falta de motivação para se manter a prisão. Consequentemente, existindo ofensas aos direitos constitucionais e convencionais do indiciado, o ato é eivado de nulidade, devendo, ademais, ser refeito dentro do mesmo prazo.

A não observância da audiência de custódia, por desrespeitar direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais, torna a prisão em flagrante ilegal, passível de ser relaxada imediatamente. Assim, o simples envio do auto de prisão em flagrante delito ao juiz competente não passa pelo controle de convencionalidade, já tendo a Corte Interamericana de Direitos humanos reconhecido a ilegalidade da prisão em diversos precedentes:

[...] o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente (CORTE IDH, 2005)

[...] o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade, concluindo que o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção (CORTE IDH, 2008)

Entretanto, parcela da doutrina entende que, uma vez tendo o preso contato com o juiz durante a ação penal, estaria superada qualquer nulidade pela não realização da audiência de custódia, já que a ausência daquela teria sido convalidada. Mauro Fonseca Andrade (2015) assevera:

⁶ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Essa soma de fatores não nos permite ver, como possível, o acolhimento de eventual alegação de nulidade de uma prisão cautelar e, muito menos, de uma investigação ou mesmo de um processo, sob o fundamento da não realização da audiência de custódia. Em realidade, o que se deve priorizar é a colocação do sujeito passivo da persecução penal o mais rápido possível na presença de um juiz. Se, por ventura, esse contato pessoal já ocorreu em algum momento do processo, em pleno vazio cai a sustentação de ocorrência de nulidade, seja em razão da ausência de prejuízo, seja por observância da diretriz jurisprudencial traçada pelas Cortes internacionais que vêm construindo a aplicabilidade e respeito a este direito.

Assim, para referido autor, a colocação do indivíduo preso em liberdade por ausência da audiência de custódia só seria possível quando ficasse demonstrada a inviabilidade da apresentação imediata ao juiz. Tal situação seria existente na falta de juiz titular de uma determinada comarca, por exemplo.

Em 23 de abril de 2015, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.358.323-2⁷, impetrado pela Defensoria Pública do Paraná, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do referido Estado Membro concedeu a ordem para cessar a ilegalidade da prisão das pacientes, haja vista

⁷ HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE. 1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)”. No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”. 2. “Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional”. 3. “Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social”. 4. “A despeito da autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva, como base no requisito da garantia da ordem pública, diante da “quantia considerável” de drogas, é gritante a falta de conexão lógica entre a quantidade concretamente apreendida em posse das Pacientes Talgia e Daiany, respectivamente, 0,2 gramas de cocaína e 9 gramas de crack (fl. 33) e 0,1 grama de cocaína e 2 gramas de crack (fls. 36/37). Portanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos não representa perigo concreto à ordem pública”. 5. “Analisando as circunstâncias do caso concreto, em cognição sumária até agora, depreende-se que não há indicativo de caráter associativo, nem habitualidade por parte das pacientes na traficância, fatos que, aliados à quantidade das drogas apreendidas, revelam que as medidas alternativas mostram-se suficientes e adequadas”. 6. “Aliás, sem entrar propriamente no mérito da causa, considerando a relação meio/fim, bem ainda as circunstâncias acima apontadas, verifica-se que, em caso de condenação, seria possível a aplicação do §4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não se tratando tal questão de exercício de “futurologia”, mas sim de conceder tratamento jurídico à dinâmica dos fatos estabelecidos pelo Estado” (BRASIL, 2015).

que não fora realizada a audiência de custódia, bem como reconheceu que a prisão preventiva era desnecessária no presente caso.

No caso, duas mulheres foram presas em flagrante, acusadas de estarem traficando drogas ilícitas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Após a lavratura do auto, a prisão fora comunicada ao juiz competente, que homologou auto de prisão e converteu em prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública (art. 312 do CPP).

Quando do julgamento, os desembargadores, por unanimidade, seguindo o voto do relator, reconheceram o controle de convencionalidade como forma de se adequar o Ordenamento Jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos:

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade. Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional. (...)Deste modo, em que pese a efetividade desta proteção internacional esteja calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos, é de se ponderar que a efetividade da proteção internacional recai sobremaneira no controle de convencionalidade das leis brasileiras. (BRASIL, 2015).

Por fim, decidiram os magistrados que a ausência de audiência de custódia, por si só, não deveria anular a decisão do juízo de piso, pois seria possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, nos termos do art. 319 do CPP.

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº. 63.199/MG⁸, interposto no Superior Tribunal de Justiça, buscava-se a revogação da prisão preventiva, alegando-se a ausência dos

⁸ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. DE OFÍCIO. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL, PORQUE NÃO HOUVE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. DESCABIMENTO. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. A via estreita do habeas corpus não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória, como ocorre quando a decisão é atacada sob alegações de insuficiência e/ou má apreciação das provas, devendo a coação ser manifestamente ilegal. 2. Não configura nulidade a decretação, de ofício, da preventiva quando fruto da conversão da prisão em flagrante, haja vista o expresse permissivo do inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal. 3. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada na periculosidade do réu, consistente na afirmação de que o acusado é useiro e vezeiro na prática delitiva, não respeitando os limites impostos como inclusive respondendo por crime da mesma natureza, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 4. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, improvido. (BRASIL, 2015).

requisitos autorizadores da prisão cautelar, bem como a impossibilidade de sua decretação de ofício durante a investigação criminal.

Ademais, argumentou-se que a prisão configurava um constrangimento ilegal, haja vista que não fora realizada a audiência de custódia. O Ministro Nefi Cordeiro, em seu voto, relatou que, malgrado já existisse Resolução em Minas Gerais sobre as audiências de custódia, estas apenas estavam sendo realizadas na capital do Estado, de modo que seriam implementadas, gradualmente, no interior, não existindo norma que obrigasse a sua realização na comarca em que tramitava o processo.

Ademais disto, concluiu-se que a não realização da audiência de custódia não seria relevante, uma vez que o auto de prisão em flagrante fora enviado ao magistrado competente para homologação, sendo, por conseguinte, aquele convertido em prisão preventiva.

Outra decisão do Tribunal da Cidadania acerca do tema foi prolatada no *Habeas Corpus* nº. 335.151/SP⁹, tendo o relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, consignado que, pelo fato de não existir previsão expressa no Ordenamento Jurídico brasileiro (leia-se: leis), mas

⁹ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE NÃO COMPROVADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 3. O indeferimento do pedido de realização de audiência de custódia não consubstancia constrangimento ilegal, ante a ausência de previsão legal sobre o assunto. Precedente. 4. Na hipótese, é necessário reconhecer que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado na posse de considerável quantidade de drogas - 22 porções de maconha -, apreendidas juntamente com certa quantia em dinheiro, bem como diante da inexistência de informação segura e idônea de que o acusado desempenha atividade lícita que lhe garanta o sustento, elementos estes que demonstram a gravidade da conduta perpetrada, a periculosidade social do paciente e justificam, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública. Precedentes. 5. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 7. Não merece guarida o pedido alternativo de concessão da prisão domiciliar. Com efeito, “o deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra” (RHC n. 58.378/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe 25/8/2015). 8. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2015)

apenas na Convenção Americana de Direitos Humanos, a ausência da audiência de custódia não acarretaria na ilegalidade da prisão. Verifica-se no citado julgado total descompasso com a jurisprudência da Suprema corte que classifica a Convenção como norma suprallegal.

No *Habeas Corpus* nº. 330.532¹⁰/SP, requereu-se o relaxamento da prisão preventiva tendo em vista à não realização da audiência de custódia e, subsidiariamente, a revogação da prisão cautelar com aplicação das medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Por ter entendimento que o *writ* não pode ser manejado como meio substitutivo de recurso, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu da ação autônoma de impugnação, porém, concedeu a ordem de ofício para revogar a preventiva, impondo as medidas cautelares previstas nos incisos I, IV e V do art. 319 do CPP. Contudo, em mais uma oportunidade, o Tribunal afirmou não haver constrangimento ilegal diante da não realização da audiência de custódia quando ainda não implantada nas comarcas do interior. No caso, somente na capital do estado de São Paulo, as audiências de custódias estavam se realizando, estando o paciente preso na comarca de Tupã/SP.

¹⁰ HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IMPLEMENTAÇÃO DISCIPLINADA TÃO SOMENTE NO ÂMBITO DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÃO OBRIGATORIEDADE QUANTO AO DEMAIS MUNICÍPIOS. CONSTRICÇÃO CAUTELAR. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE JOVEM, PRIMÁRIO E SEM REGISTRO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SEGREGAÇÃO DESPROPORCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. Disciplinada a implantação da audiência de custódia tão somente no âmbito da capital do Estado de São Paulo, a conversão do flagrante em preventiva nas demais localidades se dá mediante o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao Juízo competente, nos termos do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, exatamente como procedido na hipótese. 3. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer a análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação. 4. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP. 5. No caso, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de ínfima quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e às condições pessoais do agente, jovem com apenas 24 (vinte e quatro) anos de idade, primário e sem registro de antecedentes criminais. 6. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem. 7. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

No *Habeas Corpus* n°. 339.640/SP¹¹, novamente foi ventilado o constrangimento ilegal por não ter havido contato pessoal entre o magistrado e o paciente na audiência de custódia.

O remédio heroico mais uma vez não foi conhecido, e o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, no momento da prisão do paciente, a realização da audiência de custódia não era obrigatória, posto que a custódia efetivara-se antes da decisão liminar, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n°. 347, que fixou o prazo de noventa dias para implementação da audiência. Na mesma esteira, foi o entendimento adotado pelo Tribunal da Cidadania no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n°. 59.980/RJ¹².

¹¹ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SÚMULA 64 DO STJ. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INEXIGIBILIDADE NA ÉPOCA DA PRISÃO. CONSTRANGIMENTO NÃO CARACTERIZADO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. O excesso de prazo para o término da instrução criminal, segundo entendimento jurisprudencial deste Tribunal, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais. Precedentes. 3. Caso em que a ação penal segue regular tramitação, não se mostrando desarrazoado o tempo de segregação cautelar (7 meses), notadamente devido à postura do patrono constituído pelo paciente que, apesar de devidamente intimado, por duas vezes, não apresentou resposta à acusação, circunstância que contribuiu para o prolongamento do processo. Aplicação da Súmula 64 desta Corte, segundo a qual “não constituiu constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido liminar da ADPF 347/DF, proferido em 9/9/2015, nos termos dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinou que os magistrados e tribunais pátrios passassem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão. 5. Hipótese em que, na época da prisão em flagrante do paciente (27/5/2015) - antes do aludido entendimento firmado pela Suprema Corte - não se exigia a implementação da audiência de custódia. 6. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2015)

¹² PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA E EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INEXIGIBILIDADE NA ÉPOCA DA PRISÃO. CONSTRANGIMENTO NÃO CARACTERIZADO. 1. As teses de excesso de prazo na instrução criminal e ausência de fundamentação na medida extrema não comportam conhecimento, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que não foram suscitadas e, portanto, não examinadas pela Corte estadual. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pleito de liminar da ADPF 347/DF, proferido em 9/9/2015, nos termos dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinou que os magistrados e tribunais pátrios passassem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão. 3. Hipótese em que, na época da prisão em flagrante do paciente (08/12/2014) - antes do aludido entendimento firmado pela Suprema Corte - não se exigia a implementação da audiência de custódia. 4. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, 2015).

Por último, impões trazer a baila o precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, corroborando à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No processo nº. 0629030-67.2015.8.06.0000¹³, impetrou-se *Habeas Corpus*, pleiteando-se a revogação da prisão preventiva do paciente, baseando-se na ausência dos pressupostos elencados no art. 312 do CPP.

Opter dictum, arguiu-se o constrangimento ilegal, Pelo fato de o preso não ter participado de audiência de custódia. No julgamento, a ordem, todavia, foi denegada, sob o fundamento de que, a não apresentação do preso à audiência de custódia não acarretaria a ilegalidade da prisão, mormente pelo fato de as garantias constitucionais terem sido asseguradas ao paciente e atendidas às normas processuais penais vigentes (arts. 306, § 1º, e 310, ambos do CPP). Ademais, salientou-se, a ausência de previsão legal acerca da realização da audiência de custódia.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira é resistente em reconhecer a força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos, não reconhecendo o constrangimento ilegal quando da não realização da audiência de custódia, pelo fato desta não ser prevista, expressamente, no Código de Processo Penal. Trata-se de uma visão míope da importância dos tratados, que, como já expostos, possuem natureza jurídica de normas constitucionais ou supralegais.

Os juízes devem realizar o controle de convencionalidade, no caso concreto, para a efetivação dos direitos humanos, adequando as normas internas aos tratados internacionais de direitos humanos. A ausência da realização da audiência de custódia, que mesmo não tendo

¹³ HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. NÃO OCORRÊNCIA. DECRETO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INAPLICABILIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.01 Cediço que a segregação antes da sentença condenatória definitiva deve ser considerada medida de exceção, só autorizada mediante a demonstração da presença de pelo um dos pressupostos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, com a finalidade de assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 02 No caso em exame, o decreto encontra-se devidamente fundamentado, amparado na concreta gravidade do delito, bem como no fato de ter sido cometido em concurso com adolescente, a demonstrar a periculosidade do agente e a necessidade da segregação como forma de resguardo da ordem pública. 03 - De outro lado, constato que, na espécie, não merece prosperar o pedido subsidiário entabulado pelo impetrante, a fim de que sejam aplicadas medidas cautelares alternativas à prisão, considerando estarem presentes, conforme demonstrado, os requisitos para a decretação da prisão preventiva, circunstância que se amolda ao comando do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. 04 Garantidas as prerrogativas constitucionais do Paciente, estando sua prisão em conformidade com as normas processuais penais, não há que se falar em ilegalidade da segregação em função do não comparecimento do autuado à audiência de custódia, considerando a falta de previsão legal para tanto. Precedente do STJ. 05 Ordem denegada (BRASIL, 2015).

previsão legal e constitucional, afronta o disposto em tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, violando a ordem internacional de proteção aos direitos humanos.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2014), opinando acerca das consequências da não realização da audiência de Custódia após a prisão, assevera:

A prisão em flagrante que for convertida em prisão preventiva, com inobservância do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, por não ser realizada a chamada “audiência de custódia”, com oitiva pessoal do preso pelo juiz, será ilegal e, como toda e qualquer prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, como garante o inciso LXV do caput do art. 5º da Constituição.

Diante do exposto, conclui-se que a audiência de custódia, por ter previsão expressa em tratados internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil é aceitante (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), é de realização obrigatória. Ela é considerada como o direito de toda pessoa presa ser levada à autoridade judicial competente sem demora, para que esta avalie as circunstâncias da prisão, bem como a sua necessidade.

Com efeito, independentemente da teoria adotada para a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos (normas de natureza materialmente constitucional ou normas supralegais), deve o magistrado realizar a análise convencional da Constituição Federal e da Lei ordinária no caso concreto, dando uma interpretação consoante com a ordem internacional, para declarar ilegal a prisão em flagrante na qual o preso não se submeteu à audiência com o juiz, relaxando-se, por consequência, a prisão.

Como se verá no próximo capítulo, os gastos estatais com a realização da audiência de custódia são mínimos, notadamente se esta for realizada no próprio prédio onde é feita a triagem dos presos. Ainda que em local diverso, não há gastos excessivos com a apresentação do detido, mormente que, nos termos do art. 306, §1º do CPP, o auto de prisão em flagrante deve ser enviado para apreciação do juiz competente.

O magistrado, juntamente com o Ministério Público e a defesa, terá a possibilidade de analisar a prisão, olhando nos olhos do preso, em vez de apenas ter na sua frente papel, como ressaltou uma magistrada cearense! Isso torna o mister de decidir menos árduo, além de mais humano.

A audiência de custódia contribui para a redução do número de pessoas encarceradas nos estabelecimentos prisionais brasileiros e para o combate a tortura e abusos, efetivando os

direitos humanos consagrados internacionalmente, impedindo uma responsabilização perante a comunidade internacional do Estado brasileiro.

Ademais disto, trata-se de um ser uma ferramenta para redução da reincidência, já que permite o acompanhamento da pessoa presa, por parte do Estado, em programas durante o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, isto é, antes mesmo da execução da pena privativa de liberdade, o que facilita a redução, sem um contato duradouro com o cárcere.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO CEARÁ

Neste último capítulo, será abordada a experiência cearense com a audiência de custódia, ressaltando os atos normativos e as dificuldades para a sua implantação, a receptividade pelos órgãos que integram o sistema de justiça e a análise dos resultados preliminares.

4.1 A implantação Audiência de Custódia no Estado do Ceará (Resoluções nº 14/2015 e nº 13/2016 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará).

O Estado do Ceará foi o décimo terceiro a aderir ao projeto Audiência de Custódia, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com os Tribunais de Justiça estaduais.

A implantação se deu no dia 21 de agosto de 2015, oportunidade em que realizou o primeiro ato na sede do Tribunal de Justiça do Estado, conduzido pela juíza Marlúcia Bezerra, titular da 17ª Vara Criminal de Fortaleza (privativa das audiências de custódia), com a presença do presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski e da presidente do Tribunal de Justiça, Desembargadora Iracema Vale. Na oportunidade, uma pessoa presa em flagrante delito, indiciada por crime de receptação, recebeu liberdade provisória, já que sua prisão era desnecessária, notadamente, por não possuir antecedentes criminais.

O projeto cearense regulamentou-se pela Resolução nº 14/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, após a oitiva os demais órgãos do sistema de justiça, notadamente a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Segundo o ato normativo aludido, a realização das audiências de custódias passou a ser obrigatória na comarca de Fortaleza, sendo a sua realização de competência privativa da 17ª Vara Criminal, que passou a ser denominada de Vara Única Privativa de Audiência de

Custódia e teve todos os seus processos redistribuídos às demais varas criminais da capital (arts. 1º e 7º).

Com isso, a 17ª Vara Criminal passou a receber da distribuição apenas os autos de prisão em flagrante, atendendo ao disposto no Art. 316, §1º, do CPP (art. 2º). Após o recebimento destes, o magistrado, por despacho, determinava o encaminhamento do auto para a Central Integrada de Apoio à Área Criminal (CIAAC), responsável pela emissão das certidões de antecedentes criminais, podendo relaxar a prisão em caso de flagrante ilegalidade mesmo sem a apresentação do preso (art. 2º, §2º).

Somente após a confecção das certidões de antecedentes criminais era que as audiências de custódias eram designadas (art. 2º, §3º). Aqui o primeiro problema para atender as disposições convencionais acerca do tema. Ora, como já exposto, as convenções determinam a apresentação do preso “sem demora”, tendo a Resolução nº 213/15 do CNJ, estabelecido o prazo de vinte e quatro horas, após o envio do auto de prisão em flagrante.

O procedimento cearense, na forma como estava, inviabilizava o cumprimento do prazo estipulado, posto que apenas após o despacho do juiz que as certidões de antecedentes eram providenciadas pelo CIAAC. A experiência demonstrou que as audiências de custódia passaram a ser concretizadas, em média, trinta dias após a prisão em flagrante, notadamente de presos assistidos pela Defensoria Pública, que não conseguia apresentar logo as certidões, devido á grande demanda.

Com o escopo de antecipar a realização das audiências, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por meio de seu Órgão Especial, editou a Resolução nº 12/2016, alterando o art. 2º, da Resolução nº 14/2015. Agora, o auto de prisão em flagrante deverá ser enviado à Vara Privativa, pela autoridade policial, preferencialmente, por meio eletrônico, dentro do prazo de vinte e quatro horas (art. 306, §1º, do CPP), juntamente com todos os exames e certidões. Não há mais a necessidade de envio dos autos o CIAAC, tão-somente nos casos em que não se puder verificar a (in) existência de restrições à soltura.

Antes da realização da audiência, ao preso deve ser garantido o direito de se entrevistar com seu defensor, público ou particular (art. 3º). Ressalte-se que a intimação dos defensores constituídos será realizada pelos meios mais céleres, inclusive, telefônico ou eletrônico (art. 3º, §1º). Já os representantes da Defensoria Pública e do Ministério Público serão intimados pessoalmente (art. 3º, §2º).

Durante a audiência, o magistrado entrevistará o apresentado sobre sua vida, condições pessoais e as circunstâncias objetivas de sua prisão, sem, contudo, adentrar no mérito, bem como indagará acerca de eventual tortura sofrida. Em seguida é oportunizado, às partes, a realização de perguntas (art. 4º e parágrafos). Percebe-se, portanto, que a Resolução Cearense encontra-se na mesma toada da Resolução nº 213/15 do CNJ e do PLS nº 554/11, proibindo a análise do mérito e a utilização da oitiva do apresentado como meio de prova para formar o convencimento do julgador (art. 5º).

Com o término da oitiva da pessoa presa, será oportunizada a manifestação das partes sobre a legalidade e necessidade da prisão, assim como acerca da possibilidade de concessão de liberdade provisória, nos termos do art. 310 do CPP, com decisão judicial a seguir (art. 4º, §§3º e 4º).

A audiência poderá ser suspensa em situações de tortura, oportunidade em que o preso será encaminhado para a realização de exames complementares, nas próprias dependências do Fórum Clóvis Beviláqua se possível. Em seguida, serão adotadas as providências para a apuração dos crimes praticados contra a pessoa do apresentado (art. 4º, §§7º e 9º). Neste aspecto, há também uma aproximação com a resolução nacional, sempre visando coibir a prática de abusos contra as pessoas detidas.

Terminada a audiência de custódia, os autos serão encaminhados ao setor de distribuição, encerrando-se as funções jurisdicionais da Vara Privativa, sendo-lhe vedado o conhecimento de quaisquer pedidos relacionados à prisão ou medida cautelar diversa, que deverá ser direcionado ao juízo criminal competente por distribuição (art. 5º, parágrafo único).

Um ponto relevante que passou despercebido no ato normativo cearense fora a possibilidade de o magistrado, acompanhado das partes, comparecer ao local onde a pessoa está detida em casos de impossibilidade de apresentação. Nos termos do artigo 6º, não haverá esse deslocamento, mas tão somente a análise do auto de prisão em flagrante, como nos moldes do Código de Processo Penal. Nestes casos, perfeitamente aplicado o disposto no artigo 1º, §4º da Resolução nº 213/15 do CNJ, conforme exposto no tópico 2.8 deste trabalho.

A realização da audiência de custódia nas comarcas do interior do estado foi regulamentada pela Resolução nº 13/2016 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Por ter

sido editada após a Res. nº 213/15 do CNJ, adotou-se o procedimento desta para realização do ato.

Diversamente do que ocorreu na capital alencarina, a Resolução nº 13/16 não criou varas privativas, ainda que regionais, sendo a competência para a realização da audiência de apresentação distribuída consoante o disposto na Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará (Lei Estadual nº 12.342/94)(art. 8º).

Visando cumprir o prazo de vinte e quatro horas para a realização da audiência, as secretarias das varas darão prioridade aos expedientes destas. Nos plantões judiciários, os autos de prisão serão encaminhados ao magistrado plantonista que examinará a legalidade e a necessidade, devendo a audiência ser realizada em dia útil em caso de não soltura (art. 9º).

Diante do exposto, ao menos no plano normativo, o Poder Judiciário cearense seguiu o projeto nacional da audiência de custódia, aplicando-se a Resolução nº 213/15 do CNJ nos casos omissos.

4.2 Da regulamentação no âmbito da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará.

Como instituição permanente e essencial à atividade jurisdicional do Estado (art. 134 da CF), a Defensoria Pública teve papel relevante na implantação da audiência de custódia em âmbito nacional. Através da Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública da União no Amazonas, iniciou-se o movimento no sistema de justiça para o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Estado do Ceará, a Defensoria Pública estadual participou diretamente da elaboração da Resolução nº 14/2015 do Tribunal de Justiça e, após a publicação desta, emitiu a Portaria nº 1.113/2015, designando defensores públicos para participarem das audiências de custódias em Fortaleza.

Nos termos do aludido ato administrativo defensorial, os defensores públicos atuantes em órgãos criminais da capital, inclusive de segundo grau, passaram a atuar nas audiências de custódia, em dias específicos, sem prejuízo de suas funções ordinárias. Contudo, tal medida foi emergencial, com validade até 31 de dezembro de 2015.

Após esta data, além do defensor público titular da 17^a Defensoria Criminal, fora designado um defensor público auxiliar e os defensores atuantes no Núcleo Atendimento ao Preso Provisório e às Vítimas de Violência – NUAPP passaram a se alternar, diariamente, e uma das salas. Porém, na Vara Única das audiências de custódia existem quatro salas, onde ocorrem audiências simultâneas, restando uma sem atuação da Defensoria Pública.

Os defensores atuantes no NUAPP não possuem atribuições apenas nas audiências de custódia, pelo contrário, realizam atendimentos nas duas sedes dos núcleos, elaborando petições de liberdade, além de fazerem inspeções nos estabelecimentos prisionais e delegacias de polícia para atendimento e verificação da situação carcerária.

Em entrevista, os defensores públicos atuantes na área afirmaram que é impossível a atuação em mais de uma sala devido à grande demanda e que, em virtude da carência de defensores públicos, a administração da Defensoria Pública Geral não designava outro defensor para preencher a vaga.

A ausência de defensores públicos em todas as salas onde se realizam as audiências de custódia trás um grande prejuízo para o projeto, uma vez que nem sempre é possível a nomeação de advogados dativos e, por conseguinte, muitas audiências deixam de se realizar. Como forma de corrigir tal panorama, urge um maior fortalecimento da Defensoria Pública com ampliação orçamentária e dos órgãos de atuação.

4.3 Da atuação do Ministério Público

Assim como a Defensoria Pública, o Ministério Público do Estado do Ceará foi consultado pelo Poder Judiciária durante a elaboração da Resolução nº 14/2015, todavia, pelo menos em um primeiro momento, o *Parquet* estadual foi contrário à instalação das audiências de custódia.

Na Nota Técnica nº 01/2015, datada de 9 de abril de 2015, o então Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará, Alfredo Ricardo de Holanda Cavalcante Machado, seguindo o entendimento de outros Ministérios Públicos estaduais, posicionou-se contrariamente à implantação das audiências de custódia. No referido ato, consignou-se a seguinte ementa:

Processo penal. Audiência de Custódia. Implantação no Estado do Ceará. Ilegalidade. Tribunal de Justiça legislando em matéria processual penal. Criação de rito processual em confronto com a CF/88. Brasil como signatário de convenções internacionais. Direito do preso de ter acesso a um juiz “sem demora”. Conceito jurídico a ser implementado conforme a realizada Estado/País. Prazo improrrogável

de 24 horas da efetivação do flagrante. Irrazoabilidade e inexecutabilidade. Deficiência estrutural e de pessoal dos atores do processo penal (Poder Judiciário, polícia civil e militar, Ministério Público e Defensoria Pública). Aprimoramento do prazo para análise documental. Possibilidade de soltura em massa de presos pela impossibilidade de realização da audiência no prazo Estabelecido. Ausência de estudos técnicos e estatísticos por parte do Tribunal de Justiça. Necessidade de aperfeiçoamento da proposta.

O novo em muitas oportunidades sofre resistências. Com a audiência de custódia não foi diferente, especialmente no âmbito do *Parquet*. A grande maioria dos argumentos expostos na ementa acima não fundamentação jurídica.

Primeiramente, em relação a inconstitucionalidade pelo fato de o Tribunal esta legislando sobre processo penal, o próprio Supremo entendeu diversamente no julgamento da ADI nº 5240/SP¹⁴, proposta pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia do Brasil, afirmando que os regulamentos dos Tribunais apenas explicitam o conteúdo normativo já previsto em convenções internacionais.

Em segundo lugar, não se pode alegar o princípio da reserva do possível em se tratando de proteção a direitos humanos, a se justificar a não realização da audiência de apresentação, pelo falta de verbas e estrutura do sistema de justiça.

Por fim, como se verá *a posteriori*, a efetivação da audiência de custódia não gerou uma liberação em massa de presos pelo não cumprimento do prazo previsto para apresentação, pois até mesmo a Corte Interamericana flexibiliza esses prazos a depender do caso concreto.

Contudo, essa resistência ministerial foi apenas inicial, já que com o aprofundamento e conhecimento do tema, o Ministério Público Cearense passou a ser um parceiro do projeto, participando, efetivamente, da elaboração da resolução estadual.

Por meio do provimento nº 42/2015, o Procurador-Geral de Justiça fixou que as 17^a e 22^a promotorias criminais teriam exercício na Vara Única Privativa das audiências de Custódia (art. 2º), podendo, ainda, ter atuação de promotores de justiça auxiliares. Assim,

¹⁴ O artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ter caráter supralegal, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Em outras palavras, a CADH inovou o ordenamento jurídico brasileiro e passou a prever expressamente a audiência de custódia. Ademais, a apresentação do preso ao juiz está intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o “habeas corpus”. A essência desse remédio constitucional, portanto, está justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Justamente por isso, o CPP estabelece que “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar” (art. 656). Desse modo, o ato infralegal que regulamenta a audiência de custódia disciplinando esta exigência não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas da CADH e do CPP. (BRASIL, 2015)

acontece hodiernamente, atuando um promotor de justiça em cada uma das salas onde se realizam as audiências.

4.4 A reação e a receptividade dos atores sobre a audiência.

Malgrado o Brasil já ter internalizado a Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1992 (Decreto nº 678), a qual prevê expressamente a audiência de custódia, esta nunca foi aplicada e, destarte, é considerada, por muitos, com um assunto “novo”. Como tudo que é “novo” causa oposição para muitas pessoas, não foi diferente com a audiência de custódia.

Muitos operadores do Direito se manifestaram contrários, a exemplos dos delegados de polícia que, por meio de sua associação nacional, questionaram a constitucionalidade da Resolução do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em artigo escrito no jornal “O Povo”, datado de 15 de abril de 2015, o promotor de justiça Marcus Vinícius Amorim, manifestou-se contrário à implantação da audiência de custódia, aduzindo que esta é inviável haja vista a falta de recursos e estrutura, possibilitando a soltura de delinquentes perigosos:

Não há dúvida de que a audiência é uma ideia elogiável, pois maximiza direitos fundamentais e contribui para coibir a prática de abusos como a tortura. Entretanto, não há lei processual que cuide disso. O Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, estipula o direito do preso de ser apresentado “sem demora” a um juiz. Mas o que pode ser considerado sem demora num Estado onde há poucos policiais para cumprir até mesmo sua função básica, que é investigar crimes, faltam-lhe viaturas para conduzir presos e o suporte de segurança nos fóruns é precária?

[...]

A implantação de uma audiência de custódia só faz sentido se, antes disso, forem otimizadas as condições operacionais do sistema de justiça criminal. **Muito mais prejudicial ao réu, por exemplo, é sujeitá-lo a uma espera de meses, recolhido numa carceragem insalubre de delegacia, para uma audiência no processo criminal por causa do número insuficiente de juízes e promotores. E tanto quanto os direitos individuais do preso, os interesses da sociedade também merecem ser respeitados.** (Grifou-se) (AMORIM, 2015)

Com a devida vênia, como já consignado, não se pode justificar o desrespeito a direitos humanos pela falta de verbas. Ademais, aplicando-se o controle de convencionalidade, a não realização da audiência de custódia, acarreta, por si só, a ilegalidade da prisão cautelar, ilegalidade essa muita mais cristalina que a realização tardia da audiência. Assim, a não implantação é que representa uma contrariedade aos interesses da sociedade, porque, na análise da ilegalidade de uma prisão, não se afere as condições pessoais do preso.

Outra má receptividade da audiência de custódia, desta vez relacionada aos gastos excessivos com sua implantação e sua pouca importância no combate à tortura, foi exposta pelo Procurador de Justiça em São Paulo Ricardo Prado Pires de Campos. Em artigo publicado logo após a edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, o nobre membro do Movimento do Ministério Público Democrático afirmou que o combate à tortura não faz muito sentido atualmente, já que a ditadura militar encerrou há mais de trinta anos e que a grande preocupação da sociedade brasileira é a corrupção:

O texto é surreal, e não mereceria maiores considerações, não fosse à grandiosidade do gasto público envolvido e a completa inversão de valores estampada na Resolução.

A Resolução determina a implantação de audiências em todo o território nacional visando ouvir todas as pessoas presas em flagrante delito, por um juiz, no prazo de 24 horas, apenas e tão somente para saber se ele foi torturado.

Se o ato tivesse sido editado ao término do Regime Ditatorial, seria compreensível, mas três décadas depois, é absolutamente dispensável.

[...]

A audiência tem como finalidade principal, praticamente única, apurar eventual tortura por parte da polícia. Trata o tema como se essa prática fosse o principal problema do país na atualidade; e não a corrupção.

[...]

Tortura é problema sério, sobre o qual se detém as sociedades há séculos, especialmente depois da implantação do Estado de Direito. No entanto, na sociedade brasileira atual, ao menos no Estado de São Paulo, onde conheço o problema por atuação profissional, não constitui prática generalizada.

Depois de três décadas de Democracia, o país não é um celeiro de torturadores; nem as polícias se constituem em aparelhos repressores próximos do que existiu durante o regime ditatorial. (CAMPOS, 2016, p.56)

Ora, segundo noticia o próprio CNJ, em um ano de realização de audiências de custódia em todo o Brasil, registrou-se quase três mil denúncias de torturas. A ditadura militar se foi de fato a mais de trinta anos, porém, infelizmente, a prática da tortura ainda é muito corriqueira na atividade policial.

Ademais, além de se fazer os encaminhamentos para averiguação de abusos na audiência de custódia, esta tem ainda um caráter intimidatório para os torturadores, pois não se envia apenas o auto de prisão em flagrante - muitas vezes, sem o exame de corpo de delito, que só será realizado quando o preso se convalescer – mas juntamente coma aquele, o preso! O magistrado, membro do *Parquet* e o defensor público terão possibilidade de comparar o descrito no laudo pericial com o que consta no corpo da pessoa presa.

Com relação aos gastos públicos por conta do deslocamento do preso, designação de servidores, etc., mais uma crítica descabida. Sabe-se que o preso não custa pouco para os cofres públicos, razão pela qual a audiência de custódia, no final das contas, é uma excelente maneira de se economizar dinheiro.

Por fim, não se pode justificar a não implementação de ações para mitigar problemas sociais, sob o argumento de que o maior problema do Brasil é a corrupção! Tal assertiva é verdadeira, mas enquanto aquela persistir não será possível a atuação estatal no combate a outras mazelas? Aqui tem-se uma afirmação como resposta.

Nem só de críticas foi a receptividade da audiência de custódia. Para o advogado peruano Felipe Villavicencio, membro do Subcomitê das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura, dá gosto de ver o surgimento das audiências de custódia, que são um ótimo meio de prevenir a tortura por meio da mobilização de juízes para detectar esses casos. A responsabilidade é imensa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Portanto, percebe-se que os julgamentos negativos feitos à audiência de custódia vão se reduzindo, passados quase um ano de sua implantação, haja vista que os operadores do sistema de justiça passaram a perceber o seus benefícios e finalidades, que não condizem com a soltura de criminosos perigosos, mas sim solucionar o problema da superlotação carcerária e da prática da tortura.

4.5 Desafios após a regulamentação

Nos tópicos anteriores, registram-se as dificuldades para regulamentação da audiência de custódia no Estado do Ceará. Vencidas as resistências e os preconceitos, o maior desafio: concretizar a abstração normativa.

Os autos de prisão em flagrante passaram a ser distribuídos privativamente para a 17^a Vara Criminal e, por conseguinte para o CIAAC para a realização das pesquisas e emissão das certidões. Devido à falta de servidores, relatou uma magistrada entrevistada, as certidões de antecedentes criminais demoravam dias para serem expedidas e, algumas situações, não continham todos os registros das ações penais e inquéritos policiais.

Devido a esta demora, as audiências eram designadas apenas dias após a efetivação da prisão. Não bastasse isso, muitas audiências designadas não se realizavam por conta da não apresentação da pessoa presa pelas autoridades.

É que, em virtude da falta de regulamentação sobre o dever de apresentação, surgiu um conflito negativo de atribuições entra a Secretaria de Justiça e a Secretaria de Segurança Pública no que se refere a condução do preso até o magistrado.

Os delegados de polícia, assim como os demais policiais argumentaram que essa função não lhes cabia, já que por lei deveriam investigar infrações penais (art. 4º do CPP). Por sua vez, a Secretaria de Justiça alegava que não teria como apresentar os flagranteados que se encontravam presos nas delegacias de polícia. Com esse impasse, muitos atos não se realizaram, malgrado todo o trabalho de autuação, pesquisa e elaboração dos expedientes.

Outro ponto destacado por um magistrado, consiste no estado degradante que os homens presos compareciam às dependências do fórum. Nas palavras do juiz eram verdadeiros “zumbis humanos”, sujos, maltrapilhos e com forte odor. Ademais, por estarem em prisões sem as mínimas condições de higiene, muitos detentos contraíram doenças infectocontagiosas, como, por exemplo, a tuberculose.

Em pesquisa de campo realizada, uma magistrada declarou que os presos eram apresentados para as audiências em condições deploráveis de higiene, exalando um odor fétido que provocava náuseas. Como medida, essa magistrada oficiou aos órgãos estatais, determinando que o presos fossem asseados antes de serem transportados e os portadores de doenças conduzidos separadamente.

Segundo a juíza, referido ofício não foi bem recebido pelos policiais civis, os quais alegaram que essa medida apenas maquiaria a realidade das celas existentes nas delegacias de polícias, onde não deveria ficar nenhum preso à disposição da justiça.

Os defensores públicos ouvidos nesta pesquisa também se reportaram às dificuldades e demora na emissão das certidões, aduzindo que, em muitos casos, os assistidos presos não possuem nenhuma documentação civil para a identificação. Relataram, ainda, que no início da implantação das audiências, muitas não se realizavam por conta que a pessoa presa não era apresentada pelo Estado e, na grande maioria das oportunidades, quando era conduzido, comparecia em condições humilhantes, dificultando a manifestação do detido perante o atores da audiência, por vergonha do seu estado.

Segundo advogados, dependendo da demora nas confecção das certidões e do transporte para as dependências do Fórum Clóvis Beviláqua, a audiência de custódia poderia demorar até trinta dias para sua realização.

Com a estruturação da CIAAC, o envio dos autos de prisão flagrante digitalizados, bem como a solução dos problemas relacionados a condução das pessoas presas, as audiências de custódia passaram a ser realizadas conforme a resolução, afirmou um juiz entrevistado. Outro

ponto destacado consiste na reforma da Delegacia de Capturas e Polinter que conterà salas específicas para a realização das audiências, reduzindo, destarte, o tempo e os recursos financeiros da apresentação.

Percebe-se, portanto, um avanço no projeto cearense, mas, de outro lado, também a necessidade de aprimoramento para o cumprimento do prazo para a apresentação da pessoa presa.

4.6 Experiências vivenciadas nas audiências de Custódia em Fortaleza

Durante a realização do presente trabalho, audiências foram assistidas para a coleta de observações acerca de seu funcionamento, com ênfase nas condutas de seus atores e observação ao procedimento elaborado por meio de resoluções. A seguir, serão expostas algumas experiências relevantes.

Durante a audiência de um indiciado por furto, este foi apresentado algemado, estando preso há oito dias. Em seguida o juiz iniciou a audiência fazendo suas considerações e expondo os direitos do apresentado. No início da entrevista, perguntou acerca da pessoa do flagranteados (nome dos pais, residência, trabalho, etc.). Indagado sobre as circunstâncias da sua prisão em flagrante, o apresentado afirmou que fora detido por populares e logo em seguida os policiais chegaram. Afirmou que fez exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal e que sua família só teve conhecimento de sua prisão dias depois. O apresentado declarou fazer uso de drogas e que nunca se submeteu a nenhum tratamento.

Após a manifestação das partes, o membro do Ministério Público se manifestou no sentido que todos os direitos foram respeitados, não tendo a prisão em flagrante nenhum vício, opinando pela concessão da prisão em liberdade provisória, com medidas cautelares do art. 319 do CPP. A defesa patrocinada por advogado também pugnou pela concessão da liberdade provisória, cumulada com medidas cautelares e tratamento contra drogas. O juiz decidiu pela liberdade provisória, com a medida cautelar de recolhimento domiciliar e comparecimento ao CAPS.

Em outra audiência, o flagranteado foi indiciado por crimes militares próprios, quais sejam, abandono de posto (art. art. 195 Código Penal Militar) e desobediência (art. 301 Código Penal Militar). Na oportunidade, o preso foi apresentado sem algemas e fardado, tendo o juiz realizado as apresentações, em seguida, indagou sobre a pessoa do custodiado,

inclusive, se já apreendido quando menor, bem como se responde a algum processo. O preso respondeu as perguntas, asseverando que já foi processado por lesão corporal (art. 129 do CP), há muito tempo, provavelmente estando o crime prescrito, mas nunca fora apreendido enquanto menor. Indagado se foi submetido a exame de corpo de delito, o custodiado respondeu que sim.

O magistrado perguntou se ele realmente abandonou o posto, tendo o preso afirmado que estava no horário de descanso e saiu para fazer um lanche, momento em que foi surpreendido bebendo cerveja. Com relação ao crime de desacato, ao ser perguntado pelo magistrado, negou a conduta. Dada a palavra ao Ministério Público, o promotor de justiça asseverou que o apresentado foi preso no momento de seu serviço, quando estava em um bar, destarte, a prisão era legal, opinando pela liberdade provisória, mas com cautelar, como não frequentar bares. Passada a palavra para o advogado, substituto da defensora pública estava presente, o apresentado disse estar preso há 11 dias, tendo o defensor requerido a liberdade provisória. Por fim, o juiz fez suas considerações finais, concedendo a liberdade provisória, cumulado com a cautelar do recolhimento domiciliar durante a noite e os períodos de folga.

Por último, registrou-se uma audiência de custódia de um flagranteado, indiciado por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/03). O preso compareceu algemado, tendo a magistrada determinado que assim permanecesse, malgrado o pleito da Defensoria Pública para que as algemas fossem retiradas. Iniciada a entrevista, foi indagado ao preso sobre sua vida pessoal bem como pelas circunstâncias da prisão, tendo sido informado que esta se deu em uma abordagem policial, onde foi encontrada uma arma de fogo em seu poder.

Afirmou o preso que os policiais apreenderam seu aparelho celular, passando a colher informações no aludido eletrônico contra a sua vontade. Em seguida, conduziram-no até a sua residência onde encontraram a droga.

Dada a palavra ao *Parquet* este opinou pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, pelo fato de o preso já possuir antecedentes criminais. A Defensoria Pública, por sua vez, pugnou pelo relaxamento da prisão, alegando ilegalidade nas informações colhidas no aparelho celular do preso, bem como na invasão de sua residência. Em seguida, a magistrada acatou o pleito ministerial convertendo a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública.

Como se pode perceber neste três relatos acima, a audiência de custódia não liberta presos perigosos, como alegam seus críticos. Como se verá a seguir, mais da metade das prisões em flagrantes são convertida em prisão preventiva, mantendo, assim, o custodiado encarcerado.

4.7 Dos resultados preliminares

Segundo os dados oficiais fornecidos pela Vara Única de Fortaleza, de agosto a dezembro de 2015, foram autuadas em flagrante 2666 (duas mil seiscentos e sessenta e seis) pessoas, das quais 571 (quinhentos e setenta e uma) não foram apresentadas para a audiência de custódia, malgrado devidamente requisitadas. Com efeito, 2095 (duas mil e noventa e cinco) audiências foram realizadas.

Tabela 1 – Número de autuações, presos não apresentados e audiências realizadas (apresentados) de agosto a dezembro de 2015 na Comarca de Fortaleza.

Mês	Total de autuados	Não apresentados	Apresentados
Agosto/2015	109	25	84
Setembro/2015	431	95	336
Outubro/2015	663	110	553
Novembro/2015	706	157	549
Dezembro/2015	757	184	573
Total	2666	571	2095

Fonte: Extraído de: Relatório do ano de 2015 da Vara Única de Audiência de Custódia de Fortaleza.

Dentre as pessoas entrevistadas nas audiências de custódia, 217 (duzentos e dezessete) foram mulheres e 1878 (mil oitocentos e setenta e oito) homens, 10,36% (dez vírgula trinta e seis) e 89,64 (oitenta e nove) por cento respectivamente. Estes dados expressam o aumento da criminalidade feminina, na sua imensa maioria ligada ao tráfico de drogas.

Outro dado importante percebido consiste no aumento gradativo dos números de audiências realizadas, chegando a quase oitocentas no mês de dezembro de 2015.

Com relação ao resultados das audiências realizadas, o relatório aponta que 1202 (mil duzentos e duas) pessoas permaneceram presas após a realização da audiência de custódia, enquanto de 893 (oitocentos e noventa e três) restaram liberadas. Destas, 702 (setecentos e duas) com aplicação de medida cautelar; 191 (cento e noventa e uma) sem medidas cautelares. Ressalte-se que a medida cautelar de monitoramento eletrônico (tornozeleira) foi imposta a 220 (duzentos e vinte pessoas).

Tabela 2 – Quantidade de pessoas mantidas presas, medidas cautelares, alvarás de soltura, relaxamento de prisão, monitoramento eletrônico em 2015.

Mês	Presos	Medidas cautelares diversas	Alvará de soltura	Relaxamento de prisão	Monitoramento
Agosto	47	33	4	0	15
Setembro	179	115	42	0	50
Outubro	305	184	60	4	55
Novembro	338	172	36	3	50
Dezembro	333	198	41	1	50
Total	1202	702	183	8	220

Fonte: Extraído de: Relatório do ano de 2015 da Vara Única de Audiência de Custódia de Fortaleza.

Analisando os dados colhidos, verifica-se que 57,4% (cinquenta e sete vírgula quatro por cento) das pessoas apresentadas nas audiências de custódia em Fortaleza permaneceram encarceradas, demonstrando que o temor dos seus opositores, consistente na liberação em massa de criminosos, não se concretizou.

Contudo, insta ressaltar que apenas oito das mais de dual mil prisões foram consideradas ilegais e, por conseguinte, relaxadas. Este dado demonstra, pelo menos de forma indiciária, o conservadorismo do Judiciário cearense, optando por não reconhecer a ilegalidade do auto de prisão em flagrante e conceder a liberdade provisória.

Um exemplo disso foi exposto no tópico 4.6, quando um detento informou para o magistrado que sua prisão somente fora comunicada a sua família dias depois, contrariando

frontalmente o disposto nos artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal e artigo 306 do Código de Processo Penal, sem falar das convenções internacionais, e mesmo assim sua prisão fora homologada, com anuência do Ministério Público, sendo depois concedida a liberdade provisória cumulada com medidas cautelares.

Não se está aqui afirmando que as polícias cearenses são arbitrárias e realizam muitas prisões ilegais, entretanto, considerar que apenas 0,38 % (zero vírgula trinta e oito por cento) das prisões possuem ilegalidade é uma utopia, digna de inveja a países como a Suécia e Dinamarca.

Por sua vez, o número de pessoas monitoradas eletronicamente ficou em torno de 220 (duzentas e vinte), representando, aproximadamente, 25% (vinte e cinco por cento) das pessoas liberadas.

No primeiro semestre de 2016, mais especificamente de janeiro a maio, haja vista a suspensão das audiências por conta da grave crise no sistema carcerário cearense, foram realizadas 2.699 (duas mil, seiscentas e noventa e nove) audiências, com a manutenção da prisão de 1686 (mil seiscentos e oitenta e seis) pessoas, cerca de 62,46% (sessenta e dois, vírgula quarenta e seis por cento), um número próximo do apresentado em 2015.

Porém, o número de prisões consideradas ilegais diminuiu para seis, malgrado a quantidade de audiência de custódia tenha majorado. Trata-se de fator preocupante, especialmente se for observada a finalidade de combate à tortura.

Ocorreu um pequeno acréscimo na utilização do monitoramento eletrônico, que passou a abranger 26, 21% (vinte e seis vírgula vinte e um por cento) das pessoas liberadas. Aludido percentual vai de encontro com o disposto no art. 10, da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que considera a referida medida excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa.

Tabela 3 – Quantidade de pessoas mantidas presas, medidas cautelares, alvarás de soltura, relaxamento de prisão, monitoramento eletrônico no primeiro semestre de 2016.

Mês	Presos	Medidas cautelares diversas	Alvará de soltura	Relaxamento de prisão	Monitoramento
Janeiro	306	199	27	0	41
Fevereiro	465	221	46	0	70
Março	324	233	24	2	64
Abril	320	151	9	4	34
Maió	271	226	14	1	61
Total	1686	1030	120	6	270

Fonte: Extraído de: Relatório do ano de 2016 da Vara Única de Audiência de Custódia de Fortaleza.

Durante o mesmo período, outros estados da Região Nordeste realizaram menos audiências de custódia que o Ceará. Pernambuco contabilizou 2.955 (duas mil, novecentos e cinquenta e cinco), com a liberação de 38,17% (trinta e oito vírgula dezessete por cento) do preso. A Bahia registrou somente 2.455 (duas mil, quatrocentos e cinquenta e cinco) audiências, mas teve um percentual de 65 (sessenta e cinco) pontos de concessão de liberdade provisória. O Estado do Nordeste com o menor número de audiências de custódias realizadas foi o Piauí, com somente 1.019 (um mil e dezenove) atos, dos quais 40,24 % (quarenta vírgula vinte e quatro) resultaram na concessão de liberdade provisória (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

O estado que mais realizou audiências de custódias foi São Paulo, com 24.210 (vinte e quatro mil, duzentos e dez) atos entre os meses de fevereiro de 2015 a maio de 2016. Em seguida vem Minas Gerais (8.264) e o Distrito Federal (7.589). O destaque negativo da região Sudeste ficou com o Estado do Rio de Janeiro, possuidor da terceira maior população do Brasil, realizando 2.922 (duas mil, novecentos e vinte e duas) audiências (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Diante do exposto, o Estado do Ceará se destacou como ente nordestino que mais realizou audiências de custódia (o sexto do Brasil), com o índice de concessão de liberdades

provisórias dentro da média nacional. Os aspectos negativos, são o baixo percentual de relaxamento de prisão e a crise no sistema carcerária que provocou a suspensão das audiências de custódias até o presente momento.

4.8 Central de Alternativas Penais - CAP

No primeiro semestre 2014, mobilizados pelo grande número de presos provisórios no Estado do Ceará (acima da média nacional), a Secretaria de Justiça e Cidadania passou a se reunir com as instituições do sistema de justiça (Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público), objetivando elaborar um programa para o acompanhamento das medidas cautelares impostas (CEARÁ, 2016).

A Secretaria de Justiça e Cidadania juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará assinaram, em 4 de dezembro de 2014, o termo de Cooperação Técnica nº 04/2014, criando a Central de Alternativas Penais - CAP.

Inicialmente, a estrutura era simples, já que a demanda oriunda das vara criminais era pequena, cerca de quarenta e duas pessoas encaminhadas por mês. Ocorre que, com a implantação da Vara Única de Custódia, em 21 de agosto de 2015, esse número saltou para 220 (duzentos e vinte) pessoas por mês, carecendo de readequações sistemáticas.

Uma das mudanças estruturais foi a criação de um Posto Avançado da CAP junto à Vara de Custódia, possibilitando, inclusive, a instalação imediata do sistema de monitoramento eletrônico após a concessão da liberdade provisória.

A composição da CAP é multidisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e advogado, mantendo parceria com a Central de Monitoramento Eletrônico e do Grupo de Custódia, formado por agentes penitenciários estaduais, os quais realizam a fiscalização domiciliar da medida cautelar.

Após serem liberadas as pessoas devem comparecer a CAP para avaliação inicial, consistindo em atendimento individual por psicólogo ou assistente social, assim como por advogado, quando necessário. Esse primeiro atendimento é comunicado ao juízo criminal competente depois da distribuição do flagrante com a decisão prolatada na audiência de custódia.

Grupo de acolhimento tem papel importante na inclusão dos liberados e no cumprimento das medidas impostas, uma vez que, a grande maioria, tem baixo grau de escolaridade e, por conseguinte, dificuldades na compreensão dos termos de audiência, decisões e até mesmo alvarás de soltura. A título de exemplo, tem-se a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno que acarreta incertezas nos assistidos, os quais não associam com a hora de dormir em casa!

A CAP ações complementares com o objetivo de reinserção social das pessoas cumpridoras de medidas cautelares. Com efeito, é realizado o acompanhamento psicossocial pelo Programa de ações Continuadas de Assistência e Drogadicção – PACAD, Natal solidário, Assistência odontológica, dentre outras (CEARÁ, 2016)

De janeiro de 2015 a maio de 2016, cerca de 2.156 (duas mil, cento e cinquenta e seis) pessoas foram atendidas pela CAP, 1.652 (mil seiscentas e cinquenta e duas) encaminhadas pela Vara Única de Custódia de Fortaleza. Dentre as cautelares impostas, 98% (noventa e oito por cento) são de comparecimento à CAP; 66% (sessenta e seis por cento) de recolhimento domiciliar noturno e nos fins de semana; e 21% (vinte e um por cento) monitoramento eletrônico (CEARÁ, 2016).

Até maio de 2016, a central registrou, por meio de visitas domiciliares ou por contato com familiares, a prisão de 111 (cento e onze) pessoas assistidas, do total de 2156 beneficiários, representando apenas 5,1% (cinco vírgula um por cento) (CEARÁ, 2016).

As estatísticas do Conselho Nacional de Justiça corroboram com os dados expostos pela CAP, afirmando que, nos primeiros meses de funcionamento das audiências de custódia em outros oito Tribunais de Justiça (Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia) apenas quatro por cento dos presos liberados para aguardarem o julgamento em liberdade dificilmente voltam a ser detidos por novos crimes. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015)

No Estado do Rio de Janeiro, após cerca de um mês de realização da audiência de custódia, nenhuma das oitenta e sete pessoas liberadas voltou a ser apresentada por cometer novo delito. Por sua vez, segundo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entre 1º de setembro e 13 de outubro, as audiências de custódia resultaram em 70 pessoas a menos no sistema prisional, uma vez que as prisões em flagrante não foram convertidas em preventiva.

Conforme o CNJ, o Espírito Santo teve percentual mais alto (7%) de reingresso entre os estados observados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Importante ressaltar que o estado de São Paulo, que possui a maior população carcerária do Brasil (219 mil pessoas), apenas quatro por cento dos liberados nas audiências de custódia retornaram a ser presos. Desta feita, as audiências impediram que mais de quatro mil pessoas ingressassem, por mês, no sistema carcerário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

A audiência de custódia é a principal porta de entrada da CAP, daí ser também um mecanismo de ressocialização. Ela cumpre as suas finalidades de humanização do processo penal brasileiro, analisando a legalidade e a necessidade da prisão, bem como evita a tortura, mas também pode ser o início de um programa de acompanhamento para reinclusão social.

A Lei de Execução Penal, em seu Art. 1º, traz como uma das finalidade da execução proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. É verdade que a LEP pode ser aplicada ao preso provisório (art. 2º), contudo, antes das audiências de custódia, o preso somente tinha contato com o juiz na audiência de instrução e julgamento, normalmente meses após a sua prisão.

Enquanto isso, permanecia recolhido em estabelecimentos prisionais com condições precárias e subumanas. Com a possibilidade de liberdade provisória vinte e quatro horas após a sua prisão, se o estado proporcionar o devido acompanhamento ao liberto, este provavelmente não voltará a delinquir, como mostram os resultados.

O preso não precisou ingressar no sistema carcerário para ser acolhido pelo estado. Por isso, deve o poder público repensar nas medidas de combate a criminalidade, não apenas investindo na construção de novos estabelecimentos prisionais, aparelhamento das polícias e aumento do número de efetivo, mas, igualmente, voltando olhares para políticas públicas de acompanhamento e assistência a pessoas submetidas a medidas cautelares diversas.

No plano da saúde, já se comprovou que se economiza dinheiro público com a prevenção em vez de construção de hospitais e compra de medicamentos. Da mesma forma é o sistema carcerário, se houver mais investimentos em programas como a Central de Alternativas Penais, certamente o número de reincidentes cairá e, por conseguinte, a população carcerária diminuirá, gerando economia aos cofres públicos.

CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, procurou-se fazer uma análise acerca humanização do processo penal com a implantação da audiência de custódia no Brasil, haja vista que aquela é uma medida de desencarceração e de repressão a todas as formas de abusos cometidos contra pessoas presas, tais como a tortura e as execuções.

De início, observou-se os princípios previstos na Constituição Federal e em tratados internacionais de direitos humanos pertencentes ao processo penal que, outrossim, tem incidência com a realização da audiência de custódia.

Adotou-se a conceituação principiológica de Robert Alexy, que define os princípios como sendo espécie de normas jurídicas, assim como as regras, porém, diferencia-se destas já que expressam deveres *prima facie*, com seu conteúdo definitivo somente após sopesamento com outros princípios colidentes no mesmo caso em análise. Os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, isto é, são mandamentos de otimização.

O primeiro princípio relacionado com a audiência de custódia é o do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Mesmo a audiência de custódia sendo realizada antes do início do processo penal – que se inicia com o recebimento da inicial acusatória – ela se consagra como uma forma embrionária daquele, pois a pessoa presa tem o contato com um magistrado logo após a sua detenção, que decidirá sobre a permanência desta.

Malgrado o Código de Processo Penal estabelecer, expressamente, que não existindo urgência, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, com envio do pedido, para que esta se manifesta (art. 282, §3º), observou-se que referido dispositivo passou a ser sempre observado apenas com a audiência de custódia, pois a defesa realiza perguntas e se manifesta sobre a necessidade e legalidade da prisão na realização deste ato. Ademais, tem-se a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, tem-se observância do postulado da proporcionalidade (denominado de princípio para parte da doutrina), direcionando a conduta do magistrado na escolha das medidas cautelares a serem aplicadas durante a realização da audiência de custódia. Com efeito, as prisões cautelares, assim como o monitoramento eletrônico são medidas excepcionais, notadamente para não se ter uma pena antecipada, violando, desta feita, o princípio da presunção (estado) de inocência.

A audiência de custódia encontra-se prevista expressamente em vários tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil se comprometeu, dentre os quais, cita-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item III) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, item 5). Destarte, ainda que não se adote o posicionamento de hierarquia de norma constitucional (art. 5º, §2º, da CF), referidas normas convencionais possuem natureza de Supralegalidade, prevalecendo sobre o Código de Processo Penal e outras leis ordinárias.

Demostra-se, assim, que a falta de previsão legal não desobriga o Brasil a realizar a audiência de custódia, nos termos convencionais, ainda mais com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, onde se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, obrigando a implantação da audiência de custódia em todo o território nacional no prazo de noventa dias.

Diante da inércia do Poder legislativo em aprovar o Projeto de Lei do Senado Federal nº 554/11, o qual foi apesar de aprovado no Senado ainda será apreciado na Casa do Povo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213/2015, regulamentando a audiência de custódia em âmbito nacional.

Como se viu, a regulamentação de um instituto relacionando com a proteção a direitos humanos não deveria ficar a cargo do Poder Judiciário, fazendo-se necessária a edição de lei. Contudo, não se pode negar que as convenções ratificadas são obrigatórias e situação pior tem-se com a não realização da aludida audiência, não atingindo as finalidades desta, quais sejam, a análise da legalidade/necessidade da prisão e a repressão a tortura e outras formas de abusos.

Ademais, o próprio Supremo já se manifestou em ação direta de inconstitucionalidade pela constitucionalidade de Resoluções de Tribunais locais, as quais apenas preveem normas procedimentais.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em que se considerou ilegal a prisão civil do depositário infiel, o Pretório Excelso vem desenvolvendo de um “diálogo” com outros tribunais, especialmente, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a superioridade da Constituição Federal sobre as normas jurídicas internacionais, mas, outrossim, a força paralisante do tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais.

Tem-se o controle de convencionalidade, ou seja, a realização de uma interpretação das normas domésticas, quer sejam de natureza constitucional ou infraconstitucional, de modo a adequá-las o Pacto de São José da Costa Rica. A pirâmide normativa idealizada por Kelsen não mais termina na Constituição Federal, uma vez que os direitos humanos são o centro da jurisdição internacional, tornando o controle de convencionalidade por todos os magistrado.

Neste contexto, diante da obrigatoriedade da audiência de custódia, qual seria a consequência de sua não realização? Viu-se que a jurisprudência pátria ainda se comporta de maneira conservadora. Em vários julgados, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, considerou-se a legalidade da prisão em flagrante, não obstante a falta da audiência de apresentação. Os ministros alegaram a falta de previsão expressa da audiência de apresentação em lei, bem como que a não apresentação não seria relevante, uma vez que o auto de prisão em flagrante fora enviado para homologação, atendendo ao disposto no art. 306, §1º, da Lei Adjetiva Penal.

A doutrina mais abalizada, contudo, invocando o controle de convencionalidade, entende que o desrespeito deve ensejar no reconhecimento da ilegalidade da prisão e, por conseguinte, o relaxamento desta, posicionamento que parece ser mais acertado seguindo, inclusive, a jurisprudência da Corte Interamericana. Apenas quando a prisão preventiva for devidamente decretada é que a pessoa detida não deve ser liberada.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ainda não se pronunciou sobre as consequências do descumprimento da medida liminar no julgamento da ADPF nº47, apesar da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ter advertido do inadimplemento. Trata-se de situação passível de reclamação para fazer valer a eficácia *erga omnes*.

Após quase um ano de sua implantação no Estado do Ceará, os resultados contrariaram as críticas de algumas pessoas que defendia uma liberação em massa dos presos, principalmente daqueles mais perigosos. Os dados demonstraram que aproximadamente

sessenta por cento dos autuados permaneceram presos. Ademais, dentre as pessoas liberadas, cerca de um quarto passaram a ser monitoradas eletronicamente.

A realidade cearense ficou dentro dos padrões nacionais, com pequenas oscilações, entretanto, merece ser criticado o número de relaxamentos de prisões que ficou em menos de um por cento, o que indicia a concessão de liberdades provisórias em situações de relaxamento.

Auxiliando o programa da audiência de custódia cearense, merece destaque a criação da Central de Alternativas Penais – CAP, órgão ligado a Secretaria de Justiça e Cidadania que realiza o acompanhamento das medidas cautelares diversas.

Os números apresentados pela CAP apontam que somente cinco por cento das pessoas detidas e acompanhadas voltam a ser presas em flagrante delito. Esse dado é corroborado com o levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça em mais oito Tribunais.

Com efeito, percebeu-se que com o acompanhamento após a aplicação da medidas cautelares, somado a oferta de programas assistenciais potencializou-se o percentual de reeducação dos presos. Isso se ocorre pois a pessoa detida quando não for necessário, será posta em liberdade, sem a necessidade de uma passagem demorada pelo sistema carcerário. Neste aspecto, a audiência de custódia, por abreviar o tempo no cárcere, proporciona uma redução da reincidência, obviamente, quando acompanhada de políticas assistencialistas.

A implantação é recente, sendo cedo para se tirar conclusões definitivas, porém, tudo indica que a audiência de custódia além de tornar o processo mais humano, aliviará o problema da superlotação do sistema carcerário, acarretando, por conseguinte, uma grande economia para os cofres públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. 5.ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

AMORIM, Marcus Vinícius. **Audiência de Custódia e a Sociedade**. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/opiniaio/2015/04/15/noticiasjornalopiniao,3422937/audiencia-de-custodia-e-a-sociedade.shtml>>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia e as Consequências de sua Não Realização**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/index.php/artigos/mauro-fonseca-de-andrade/>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2016.

ARAÚJO, Davi. **Audiência de custódia. Lições preliminares**. 2015. Disponível em: <http://araujodavi.jusbrasil.com.br/artigos/190252425/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

ARGENTINA. **Código Procesal Penal de la Nación**. Disponível em: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. Parecer - **Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: <<HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acessado em 18 de janeiro de 2016. p. 10.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BILDER, Richard B. **An overview of international human rights law**. In: HANNUM, Hurst (Editor). **Guide to international human rights practice**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-5. Apud Piovesan, Flávia. **A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos**. Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 2, n. 1 (jan./jun. 2008). Curitiba: Dom Bosco, 2008, ISSN 1980—7430.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo, 2012.

BRASIL. **Código Penal de 1890**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 159 de 2009**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 22 dezembro de 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 58308/ RJ 2015/0077007-1**. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 20/04/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 63199 / MG**. REL. Ministro NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, DJe 03/12/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=63199&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 335151 / SP**. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª Turma, DJe 09/12/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=335151&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 339640 / SP**. Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, 5ª Turma, DJe 18/12/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=339640&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 302227/RS**. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, DJe 11/12/2015. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 55488**. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, 5ª Turma, DJe 25/11/2015. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 333398 / BA**. Rel. Jorge Mussi, 5 Turma, DJe 11/12/2015. Disponível: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 de julho de 2016. Disponível: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 59980/RJ**. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma, julgado em 24/11/2015. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/8/2015 (Info 795). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do **Habeas Corpus nº 127186/PR**. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28.4.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/SP**. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 03/12/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, 09.09.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, 01/09/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que denegou pedido habeas corpus com base na possibilidade de execução provisória da pena. **Habeas Corpus nº 126292/SP**. Maria Cláudia de Seixas e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28126292.NUME.+OU+126292.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zwazj8c>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado Ceará. **Habeas Corpus nº 1.358.323-2**. Relator José Laurindo de Souza Neto, 5º Câmara Criminal, Julgado em 23/04/2015, publicado em 08/05/2015. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Habeas Corpus no Processo nº. 0629030-67.2015.8.06.0000**. Rel. Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Maximo. Segunda Câmara Criminal, julgado em 12/01/2016, registrado em 12/01/2016. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Resolução nº 14 de 20 de agosto de 2015, instituindo as Audiências de Custódia no âmbito da Comarca de Fortaleza**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e3241a0b5fa97827524038896300a188.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03/2015. Dispõe sobre a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.** Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=23278>. Acesso em: 24 mar. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **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 28 de outubro de 2015.

CAMPOS, Ricardo Prado Pires de. **Com regras atuais, audiências de custódia representam política equivocada**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/com-regras-atuais-audiencias-de-custodia-representam-uma-politica-equivocada>>. Acesso em: 23 de março de 2016.

CHILE. **Código Procesal Penal**. Disponível em: <<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

COLÔMBIA. **Código de Procedimiento Penal**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia é inovação positiva, diz especialista da ONU**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82710-audiencia-de-custodia-e-inovacao-positiva-na-america-diz-especialista-da-onu>>. Acesso em: 18 de julho de 2016.

_____. **Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

_____. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2016.

_____. **Resolução nº. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 23 dezembro de 2015.

_____. **Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audienciadecustodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **NT 0.00.000.001622/2014-69**. Rel. Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. Plenário, aprovada em 25/08/2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

_____. **Recomendação nº. 28, de 22 de setembro de 2015. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nas “audiências de custódia”.** Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendao%20n%2028-2015.pdf>>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>> Acesso em: 14 maio de 2016.

CONTESSÉ, Jorge. **La última palabra? Control de convencionalidade y posibilidades de diálogo con la corte Interamericana de derechos humanos.** Disponível em: <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/paper_contesse.pdf. Acesso em 5 de junho de 2015>.

Corte IDH. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, par.142.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 08 de agosto de 2014.

_____. **Caso Bayarri vs. Argentina.** Sentença proferida em 30 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso: 8 de agosto de 2015.

_____. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129. Disponível em:** <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf> Acesso em: 15 de jan. 2016.

COSTA, Luciana Silva. **Due Process of Law e Jurisdição Constitucional no Estado de Direito Democrático.** In: Estudos Continuados de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 267-280.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais.** São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 3 ed. São Paulo: Malheiros. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal – abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 39 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: **Estudos Continuados de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual.** Porto Alegre: Síntese, 2001. vol. 2.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal.** Niterói: Impetus, 2013

_____. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais**. Revista Sequência, nº 59, 43-60, dez. 2009, ISSN 2177-7055.

_____. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades, n 17, 2014, ISSN 2175-5280. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf> Acesso em: 08 de junho de 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>>. Acesso em: 20 de jan. 2016.

_____. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1.

MAUÊS, ANTÔNIO MOREIRA. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 18, 2013, ISSN 1806-6445. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18,artigo_11.htm> Acesso em: 6 de maio de 2015.

MASI, C. V. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 960, p. 77-120, out. 2015.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal. t.I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin**. Barcelona: Ediciones jurídicas Europa-América, 1951.

MÉXICO. **Código Federal de Procedimientos Penales**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo22.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

_____. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. tomo. IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como Instrumento de sua realização**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Duração razoável do processo sem contrapartida é como promessa de amor**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-18/limite-penal-duracao-razoavel-contrapartida-igual-prometer-amor>> Acesso em: 19 de jan. 2016.

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

OLIVEIRA, Eduardo Alvares de. **Audiência de custódia, desafios e possibilidades**. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2015/07/03/audiencia-de-custodia-desafios-e-possibilidades-2/>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 43/173 da Assembleia Geral, de 9 de dezembro de 1988. Conjunto de Princípios para a proteção de todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex51.htm>>. Acesso em: 12 de julho de 2016.

PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del estado derecho**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

PÉREZ-LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, estado de derechos y constitución**. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

PERU. **Código Procesal Penal**. Disponível em: <https://www.unodc.org/res/cld/document/per/1939/codigo_de_procedimientos_penales_html/Codigo_procesal_penal.pdf>. Acesso em: 23 de dezembro de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção a direitos humanos**. Revista Jurídica da Faculdade de Direito, V. 2, nº1, Ano, II, 2008, ISSN 1980 – 7430. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20completa.pdf>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de direito penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira**. São Paulo: Revista de Direito GV, nº 18, 2013. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/15-rev18_681-706_-_walter_claudius_rothenburg.pdf>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

RUIZ, Thiago. **O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572/10268>>. Acesso em: 8 de junho de 2015.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/audiencia-de-garantia-ou-sobre-o-obvio-ululante-por-cleopas-isaias-santos-2/>>. Acesso em: 24 abril de 2016.

SANSON, Maria Cristina Monteiro. **Considerações teórico-práticas sobre a audiência de apresentação de adolescente autor de ato infracional perante o ministério público: finalidade e condução**, 2009. Disponível em: < <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=968>.> Acesso em: 15 de agosto de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>.> Acesso em 13 de janeiro de 2016.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O caso das audiência de custódia mostra resistência ao Direito Internacional. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/direitos-fundamentais-audiencia-custodia-mostra-resistencia-direito-internacional#author>>. Acesso em: 13 setembro de 2015.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e sociedade: as masmorras medievais e o supremo**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>.> Acesso em: 12 de julho de 2016.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático – coleção para entender direito**. São Paulo: Estúdios Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível na internet: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em 11 de julho de 2016.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em: 6 de agosto de 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodriguez. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. Vol. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – primeiro volume, teoria geral do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

APÊNDICE

APÊNDICE 01.

GUIA DA ENTREVISTA – JUÍZES, DEFENSORES PÚBLICOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E ADVOGADOS

1º momento:

- Apresentação;
- Expor o trabalho, o objetivo e a importância;
- Requerer consentimento para início do questionário e anotações pessoais.

2º momento:

- Qual a sua reação ao tomar conhecimento do projeto para a implantação das audiências de custódia no Estado do Ceará?

- Houve alguma dificuldade para a realização das audiências? Em caso positivo, qual?
- Após meses realizando os atos, o seu pensamento sobre o instituto modificou?
- Que pontos positivos a audiência de custódia proporcionou?
- Na sua visão, a audiência de custódia contribui para a humanização do processo penal, assim com redução quantidade de pessoas encarceradas e torturadas?

3º momento:

- Agradecimento;