



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRESSA LORENA ORRICO DE ANDRADE

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE
À DECRETAÇÃO DE PRISÕES ILEGAIS E ABUSIVAS**

Salvador
2018

ANDRESSA LORENA ORRICO DE ANDRADE

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE
À DECRETAÇÃO DE PRISÕES ILEGAIS E ABUSIVAS**

Monografia apresentado como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof.^a Dra. Daniela Carvalho Portugal

Salvador
2018

ANDRESSA LORENA ORRICO DE ANDRADE

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À
DECRETAÇÃO DE PRISÕES ILEGAIS E ABUSIVAS**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____ de março de 2018.

Banca Examinadora

Professora Daniela Carvalho Portugal- Orientador

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Fabiano Cavalcante Pimentel

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Thaís Bandeira Oliveira Passos

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus e aos Espíritos de Luz, por guiarem minha caminhada até aqui;

A minha mãe, Rose, pelo exemplo de força, coragem, amor e humanidade;

Ao meu pai, Jânio, pelo apoio e diálogo em todos os momentos;

A Marcello, meu segundo pai, por todo suporte e atenção dispensados;

A Yuri, pelo amor, companheirismo, ajuda e torcida durante todo esse momento de minha vida.

A Luísa e Augusto, por serem minha grande família do coração e pelo acolhimento e carinho de sempre.

As minhas eternas amigas do IFBA, Cris, Juliana, Liana e Sheila, por toda torcida, amizade e companheirismo.

A Jamile, amiga e companheira de luta em toda essa trajetória, agradeço pelo carinho, amizade e atenção.

Por fim, agradeço a todos os servidores e mestres da Faculdade de Direito da Ufba, e, em especial, a Daniela Portugal, minha orientadora, por toda dedicação e disponibilidade no andamento deste trabalho.

“Aqueles que negam liberdade aos outros não merecem liberdade”.

(Abraham Lincoln)

ANDRADE, Andressa Lorena Orrico de. A audiência de Custódia como instrumento de combate à decretação de prisões ilegais e abusivas. Monografia(Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Este presente trabalho tem por escopo analisar a importância da criação da audiência de custódia como uma força capaz de conter prisões desnecessárias, a repercussão no cenário do cárcere no Brasil e sua aplicação em outros ordenamentos jurídicos. Foi utilizado não somente obras que tratam do tema, mas também artigos, dados empíricos já divulgados e legislações atinentes ao assunto, como a do CNJ, Pacto de São José de Costa Rica, Constituição Federal e o Código de Processo Penal. Além disso, analisa-se o caráter seletivo do Direito Penal quanto às prisões, a cultura histórica do encarceramento em massa e a audiência de custódia como uma ferramenta apta a coibir essa situação. Assim, resta clara a necessidade de se entender o contexto de criação desse tipo de audiência e como ela vem sendo aplicada.

Palavras-chave: audiência de custódia, direitos humanos, processo penal, liberdade provisória, prisões.

ANDRADE, Andressa Lorena Orrico de. The Custody Hearing as an instrument to combat illegal and abusive detention. Monography (University Graduate) - Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the importance of creating the custodial audience as a force capable of containing unnecessary prisons, repercussion in the prison scene in Brazil and its application in other legal systems. It was used not only works that deal with the subject, but also articles, empirical data already published, and legislation related to the subject, such as the CNJ, the Pact of San José de Costa Rica, Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure. In addition, the selective character of Criminal Law in relation to prisons, the historical culture of mass incarceration and the custodial audience is analyzed as a tool capable of curbing this situation. Thus, it is clear the need to understand the context of creation of this type of audience and how it has been applied.

Keywords: custody hearing, human rights, criminal proceedings, provisional release, prisons.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	11
2.1 CONCEITO E ORIGEM.....	13
2.2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS..	16
2.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	24
2.4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL	29
2.5 OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	40
2.6 PRINCIPAIS ASPECTOS POLÊMICOS RELACIONADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	43
3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL.....	51
3.1 A SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO DE MASSA.....	54
3.2 PRISÕES ILEGAIS E SELETIVIDADE PENAL.....	57
3.3 O IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CENÁRIO CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	64
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, se mostra imperioso afirmar que o presente trabalho tem como tema o estudo do instituto da audiência de custódia como uma ferramenta apta a coibir prisões ilegais e desnecessárias, reduzindo, assim, a cultura do encarceramento presente na nossa sociedade. Ou seja, tal pesquisa se justifica pela necessidade real de mostrar que o mencionado instituto processual, consagrador de direitos humanos, aplicado cautelosamente, pode evitar que direitos sejam infringidos reiteradamente.

Esse instituto jurídico processual penal nada mais é do que uma forma de proteger o direito à liberdade individual do investigado. É um instrumento de efetivação do contraditório também, uma vez que se dará ao preso a chance de ser ouvido perante o juiz, esse último, que terá a chance de fazer o controle da legalidade da prisão.

Assim, a Resolução 213 do CNJ de 2015, oriunda do Projeto de Custódia criado pelo CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça e o TJ-SP, dispõe sobre o tema, no sentido de que toda pessoa presa em flagrante deve ser apresentada, em até 24 horas, à autoridade judicial competente para decidir acerca da manutenção da prisão.

O grande fundamento da audiência de custódia é, sem sombra de dúvidas, a importância desse instituto como instrumento hábil a proteger os Direitos Humanos do indivíduo, conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, CADH, em seu art. 7º, item 5, que assegura à pessoa detida o direito de ser conduzida, o mais depressa possível, à presença de um juiz, a fim de que se decida acerca da legalidade da detenção.¹

A própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXII, consagra a ideia de comunicação da prisão ao juiz competente. Além disso, no inciso LXIII, assegura ao preso o conhecimento de seus direitos, dentre eles, o do silêncio, sem que isso lhe cause prejuízo, além de assistência da família e de defesa técnica

¹ Art. 7. 5. 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a 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. **Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)**. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em> dez 2017.

De outro modo, não há como falar de Processo Penal e se dissociar das questões sociais e criminológicas que o envolvem. Por isto, esse trabalho também analisa o caráter seletivo do Direito Penal e como isso incide na audiência de custódia. Será que todos são atingidos da mesma forma? Negros e brancos são tratados de forma igualitária? Dentre esses, quais têm maior probabilidade de serem liberados?

É necessário, então, trazer à realidade todas as questões referentes à implementação desse tipo de audiência, sua recepção no ordenamento brasileiro e o papel desse momento processual como efetivação de direitos e garantias fundamentais, afinal a liberdade, antes mesmo de ser um direito fundamental, é um direito humano.

Utilizou-se como principal marco teórico as obras de Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro* (2017), livro do professor Daniel Nicory do Prado, *A Prática da Audiência de Custódia* (2017), *Manual de Processo Penal*, de Renato Brasileiro de Lima(2016), *Prisões Cautelares*, de Aury Lopes Jr e *O Inimigo no Direito Penal*, de Raúl Eugenio Zaffaroni, Todos tratam do mencionado instituto processual como mais uma garantia importante na efetivação de direitos fundamentais e no controle prisional, reconhecendo a incorporação de Tratados Internacionais como forma de se proteger direitos universalmente humanos.

Posto isto, cumpre registrar que essa monografia terá como método o estudo de pesquisas bibliográficas sobre o tema, utilizando-se de livros sobre audiência de custódia, A Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal, legislações esparsas, a própria Resolução 213 do CNJ, a Convenção Americana de Direitos Civis e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como dados empíricos já amplamente divulgados quanto à aplicabilidade do referido instituto, como os do CNJ e Infopen.

Sua estrutura metodológica, portanto, consiste na revisão bibliográfica acerca do tema, abarcando os pontos polêmicos do instituto e sua força enquanto instrumento preservador da liberdade individual. Associado a isso, serão utilizados dados divulgados que mostram a efetividade e os resultados práticos da audiência de custódia na prática criminal, ressaltando que não há objetivo de chegar a um trabalho

conclusivo, visto que o referido instituto ainda é de iniciativa recente e carece de aperfeiçoamento, tanto no aspecto legislativo como operacional.

A revisão de literatura em um estudo de pesquisa pode ter diferentes objetivos, servindo para compartilhar com os leitores outros estudos que estão de forma próxima relacionados ao que está sendo abordado, o estado mais amplo da literatura sobre um determinado tópico buscando completar lacunas e ampliação dos estudos anteriores.²

Assim, feita a breve explanação e apresentação acerca do primeiro capítulo, no segundo, serão trabalhados aspectos preliminares necessários à compreensão do que vem a ser a audiência de custódia, como a origem, fundamentos e sua incorporação pela Resolução 213 do CNJ. Entender, também, a relação que guarda com o sistema de proteção aos Direitos Humanos, uma vez que um de seus principais fundamentos reside na efetivação de direitos mínimos inerentes à condição humana.

Ainda neste capítulo, será discutido o modo como se deu a implementação no Brasil, pois apesar das críticas, inegavelmente se coloca como uma poderosa ferramenta que, se bem aplicada, pode causar mudanças efetivas na Justiça Criminal, além de se analisar como é recepcionada em outros ordenamentos jurídicos, os objetivos que almeja alcançar e os principais pontos causadores de polêmica.

No terceiro capítulo, se observará a grande potencialidade da audiência de custódia como ferramenta apta à coibir prisões abusivas, diminuindo assim essa cultura de encarceramento. Tal possibilidade repousa sob o fato de que o juiz, no momento do interrogatório com o preso, tem a chance de ouvi-lo, analisando as circunstâncias do caso concreto.

Além disso, serão nesse capítulo analisados livros que tratam do caráter desigual do direito processual penal, assim como dados do CNJ, por exemplo, que refletem a seletividade do Direito Penal, que fazem concluir que a maior parte das pessoas detidas apresentadas à audiência de custódia são jovens e negros, sendo que entre brancos e negros, aqueles têm maior chance de terem a prisão relaxada, o que corrobora a existência de vulnerabilidade no sistema penal.

² CRESWELL, John W. **Projeto de Pesquisa: Métodos Qualitativo, Quantitativo e Misto**. Porto Alegre: Artmed, 2007, p.46.

Por fim, no quarto e último capítulo, serão feitas as considerações finais acerca do tema, considerando os problemas práticos existentes ainda no dia-a-dia desse tipo de audiência, como a questão da vulnerabilidade social e a persistente ideia de privação de liberdade como meio mais apto a punição que acomete não somente a sociedade, mas também alguns operadores do direito, porém reconhecendo-a como um passo importante no respeito à liberdade individual, principalmente, frente à uma sociedade com uma forte tendência à cultura do aprisionamento.

2 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Inegavelmente, o Projeto da Audiência de Custódia lançado pelo CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça e o TJ-SP, no ano de 2015, influenciado por Tratados Internacionais, dentre os quais o Brasil é signatário, se mostra como mais uma ferramenta na efetivação de direitos e garantias fundamentais em sede de persecução penal. Por meio dela, permite-se que o preso seja apresentado à autoridade judiciária em até 24 horas, o qual decidirá sobre a manutenção da prisão ou não.

É, fato, também, que por meio desse controle de legalidade da prisão, garante-se o contraditório e ampla defesa, uma vez que o preso será ouvido, fazendo com que o juiz possa analisar as circunstâncias do caso concreto, decidindo pelo relaxamento ou manutenção da prisão. Assim, não é errado afirmar que, por meio dessa audiência, há uma potencialidade de redução do encarceramento em massa no país, evitando prisões arbitrárias e ilegais, além de reduzir a chance de eventuais maus tratos ou outras formas de tortura por parte da polícia e agentes penitenciários.

Dados divulgados pelo *Human Rights Watch* afirmam que a tortura ainda é um problema persistente no Brasil. Há inúmeros relatos de abusos cometidos pelas autoridades penitenciárias, que torturam pessoas custodiadas e tratam de forma desumana e degradante os presos. A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, inclusive, já recebeu mais de 2000 mil denúncias de tratamentos cruéis ocorridos em prisões e delegacias de polícia.³

Nesse sentido, Caio Paiva se posiciona:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência.⁴

³ Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia é esforço contra a violação de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contra-violacao-de-direitos-humanos-diz-ong>>. Acesso em jan: 2018.

⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.39.

Ora, a audiência de custódia é de extrema valia na efetivação de direitos consagrados constitucionalmente. Em um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição garantista, como é a Carta Magna de 1988, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada em toda e qualquer circunstância. Essa é a garantia maior, pela qual perpassam todas as outras.

A tão falada dignidade da pessoa humana, em termos simples, nada mais é do que uma qualidade inerente e constante em cada ser humano, que o distingue e o torna merecedor de respeito, atenção e zelo por parte do Estado e de toda a coletividade. É um direito fundamental, um impeditivo legal de abusos e atrocidades contra a essência humana. É a proteção ao mínimo existencial que se faz necessário para se ter uma vida digna e saudável. Guarda, pois, intimação relação com a audiência de custódia, uma vez que, por meio dessa, busca-se salvaguardar o direito à liberdade.⁵

Registra-se, também, que a mencionada audiência se coloca como uma ferramenta capaz de reduzir o superlotamento carcerário. Permite-se ao juiz ter um contato mais próximo com o preso, fazendo com que possa olhar, de forma mais específica e cautelosa para o caso concreto, pensando de forma mais técnica e, ao mesmo tempo, humana, podendo disso resultar uma decisão com maior qualidade e precisão.⁶

Não há dúvidas, então, que a audiência de custódia representa um avanço no Processo penal brasileiro, colocando-se como um instrumento mais adequado à tutela do direito individual à liberdade. O Poder punitivo não é ilimitado, tem a legalidade como uma forma de controle. O Estado, enquanto sancionador, na figura do juiz, deve se valer dos meios legais e úteis.

Caso assim não fosse, as arbitrariedades seriam ainda mais flagrantes. A audiência de custódia, sem exageros, simboliza um passo para a humanização da Justiça Criminal. Representa, também, a preocupação do Estado brasileiro em adequar as suas normas à legislação internacional, in casu, aos direitos humanos.

⁵ ARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pg. 62.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4º ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.927.

Por isso, o presente trabalho, nos próximos capítulos, discutirá acerca da formação, origem, contexto de surgimento, necessidade da audiência de custódia e sua repercussão no sistema carcerário, uma vez que esse controle de legalidade e necessidade da prisão é o início para tentarmos nos desvencilhar da cultura do aprisionamento.

2.1 CONCEITO E ORIGEM

Inicialmente, o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos preceitua:

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 um 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”.⁷

Na mesma linha, o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York assegura que qualquer pessoa presa, em razão de cometimento de um delito, deverá ser levada, no tempo razoável, à presença de uma autoridade apta a exercer funções judiciais, que irá decidir sobre a liberdade. Ressalva, também, que a prisão preventiva não deve ser a regra, mas que a liberdade poderá vir a ser condicionada com medidas que garantam o comparecimento da pessoa quanto aos atos processuais.⁸

A resolução 213 do CNJ, regulamentação atual atinente ao tema no Brasil, explica que toda pessoa presa em flagrante delito, independente da natureza do ato, deve ser levada, no intervalo de até 24 horas da comunicação do flagrante, ao juiz, onde será ouvida sobre as circunstâncias em que se operou sua prisão.

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade

⁷ CADH, **op.cit.**, art. 7.5.

⁸ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), 1966. Disponível em Disponível em:< http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html>. Acesso em: dez 2017.

judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.⁹

Percebe-se, então, que a audiência de custódia se relaciona com a guarda, proteção do direito à liberdade. É o momento em que o preso será ouvido, frente ao juiz, Ministério Público e Defesa. É a oportunidade de se analisar todo o contexto fático da prisão e sua real necessidade de manutenção frente ao ocorrido. Por meio dela, pode se decidir pela imposição de medidas cautelares isoladas.

Não é errado, pois, dizer que é uma espécie de entrevista, onde não se analisará questões de mérito, como autoria e materialidade. Ou seja, não é nesse momento que se fará a verificação de possível culpa.¹⁰ Aqui, o juiz se limitará a decidir acerca da legalidade da prisão, se há requisito para uma possível prisão preventiva ou se é cabível a adoção de outras medidas cautelares, conforme previsto no art. 310 do CPP.¹¹

Extraí-se dessas definições, que a audiência de custódia nada mais é do que o momento em que o preso se apresenta perante a autoridade judiciária, em até 24 horas de sua prisão, assistido por um defensor público ou advogado, na presença do Ministério Público. Por meio dela, se permite ao juiz ter uma visão panorâmica da (des) necessidade da manutenção da custódia, por meio dessa dialética entre o juiz e o flagranteado.

Com isso, a convalidação judicial fica muito mais segura e válida do que se fosse feita sem a apresentação do preso em flagrante, somente com a remessa dos autos à autoridade judiciária, pois prevaleceria a opinião do órgão ministerial e da autoridade policial, o que poderia claramente induzir à conversão em prisão preventiva.

⁹ BRASIL, Resolução n.º 213, de 15 de dezembro de 2015 do CNJ. Dispõe sobre a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Dez, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: dez 2017.

¹⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.507.

¹¹ 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 às medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. BRASIL, Decreto-Lei n.º 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, out 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: dez 2017.

Quanto à sua origem, é imperioso relatar que a Resolução 213 do CNJ, que é o dispositivo que regulamenta as audiências de custódia no Brasil, tem seu fundamento em Tratados Internacionais, sendo eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

É importante ressaltar que, antes mesmo desses Tratados de maior alcance internacional, em 1950, o Conselho da Europa, a partir dos direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, criou a CEDH, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Era um contexto de Segunda Guerra Mundial, com fortes manifestações e tentativas de combate à arbítrios e violações à direitos humanos.¹²

Dentre algumas das normas previstas nessa Convenção, a que mais se aproximava daquilo que viria a ser a audiência de custódia era a que estabelecia a condução da pessoa presa à presença de um juiz ou outra autoridade apta, por lei, a exercer funções judiciais e decidir quanto à manutenção da prisão.¹³

Era uma forma de controlar a persecução penal exercida pelo Estado. Desde aí, já se reconhecia e visava combater as mazelas e excessos do punitivismo pelo Poder Público, evitando tortura, maus-tratos àqueles que haviam sido presos. A partir dessa Convenção Europeia, abriu-se os olhos para que o preso fosse visto e tratado de forma diferente. Daí vieram os textos de repercussão internacional.

Reforçando a observância desse direito, a Assembléia Geral da ONU lançou a Resolução nº 43/1973, de 09 de dezembro de 1988, onde foi estabelecido o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.¹⁴

Ou seja, a criação desse tipo de audiência reside, principalmente, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. O Brasil, signatário desses tratados, se responsabilizou em cumprir o que estava assegurado na carta. O primeiro, passou a

¹² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.18.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.18.

¹⁴ **Ibid.**, p.19.

vigorar no Brasil por meio do Decreto 592 de 16 de julho 1992 e o segundo, pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.¹⁵

Dispõe o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

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 e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.¹⁶

Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura a condução imediata do preso à autoridade competente para que possa decidir quanto à manutenção da prisão ou não, resguardando a ideia de que a liberdade deve ser priorizada, podendo ser condicionada, entretanto, a fim de que se garanta o andamento do processo.¹⁷

Ambos deixam claro, então, que a audiência de apresentação se refere a uma providência imediata e que não se confunde com a audiência de instrução e julgamento.¹⁸

Registra-se, também, que nenhuma dessas normas restringe a audiência de custódia à prisão em flagrante, o que se extrai do texto legal.

Posto isso, passa-se à análise da audiência de custódia em outros ordenamentos jurídicos.

2.2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Em que pese o Brasil ter pensado na audiência de custódia recentemente, em 2015, por meio do Projeto do CNJ, no estado de São Paulo, ainda carece de uma

¹⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p. 19.

¹⁶ PIDCP, **op. cit.**, art. 9.3.

¹⁷ CADH, **op. cit.**, art. 1º.

¹⁸ PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Juspodivm, 2017, pg. 23.

regulamentação a nível nacional. Países afora, entretanto, já aplicam em seus regramentos internos o mencionado instituto, respeitando as normas de direito internacional.

No Direito Processual Penal de alguns países, há o entendimento prevalecente no sentido de que a pessoa presa na fase preliminar, investigativa, deve ser imediatamente apresentada ao juiz, a fim de que, por meio de um interrogatório, que efetiva a ideia de contraditório, a autoridade judiciária decida sobre a necessidade da manutenção da prisão, optando, a depender, por outra medida cautelar.

Em Portugal, por exemplo, quando uma pessoa é detida, ela deve ser apresentada ao juiz, no prazo máximo de 48 horas, que irá interrogar acerca dos fatos. O art. 141 do Decreto-Lei n^o 78/87, dispõe:

Art. 141.1: O arguido detido que não deva ser de imediato julgado é interrogado pelo juiz de instrução, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, logo que lhe for presente com a indicação circunstanciada dos motivos da detenção e das provas que a fundamentam.

Art. 141.2: O interrogatório é feito exclusivamente pelo juiz, com assistência do Ministério Público e do defensor e estando presente o funcionário de justiça. Não é admitida a presença de qualquer outra pessoa, a não ser que, por motivo de segurança, o detido deva ser guardado à vista.¹⁹

Esse prazo, contudo, poderá ser adiado por até 5 dias, se não tiver dia útil no prazo de 48 horas. Assim trata o art. 387 do supracitado Decreto-Lei:

Art. 387.1 - O início da audiência de julgamento em processo sumário tem lugar no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 - O início da audiência também pode ter lugar:

Até ao limite do 5.^o dia posterior à detenção, quando houver interposição de um ou mais dias não úteis no prazo previsto no número anterior, nos casos previstos no n.^o 1 do artigo 385.²⁰

¹⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei n^o 78/87, de 17 de fevereiro. **Código de processo penal**. Lisboa, 1987, art. 141. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199>. Acesso em: dez 2017.

²⁰ PORTUGAL. Decreto-Lei n^o 78/87, **op. cit.**, art.387.

Nesse primeiro momento, ressalta-se que somente o juiz pode fazer o interrogatório, ou seja, não cabe aqui atuação da Polícia. É o que se extrai do art. 268 da legislação pátria:

Art. 268.1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido.²¹

Em casos urgentes, em que não é possível apresentar o preso ao juiz de instrução, permite-se o interrogatório sumário pelo Ministério Público, seguido, claro, do interrogatório pelo juiz.

Art. 143.1: O arguido detido que não for interrogado pelo juiz de instrução em acto seguido à detenção é apresentado ao Ministério Público competente na área em que a detenção se tiver operado, podendo este ouvi-lo sumariamente.

(...)

Art. 143.3: Após o interrogatório sumário, o Ministério Público, se não libertar o detido, providencia para que ele seja presente ao juiz de instrução nos termos dos artigos 141.º e 142.²²

Tal preceito se justifica pelo fato de que, no ordenamento português, o juiz de instrução não é responsável pela condução da fase preliminar; tal atribuição é do Ministério Público. Contudo, a autoridade judiciária tem o poder-dever de decidir questões referentes à restrição de direitos e garantias fundamentais em sede de investigação. Tal conclusão decorre da leitura dos arts. 263 e 268:²³

Art. 263- A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.²⁴

Art. 268. 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução:
a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido.²⁵

²¹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, **op. cit.**, art.268.

²² **Ibid.**, art.143.

²³ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Audiência de custódia: Avanços e desafios**. Brasília, 2016, p. 307.

²⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, **op. cit.**, art.263.

²⁵ **Ibid.**, art.268.

Na Alemanha, também há audiência de custódia. O art. 104.3 da Lei Fundamental, a Constituição alemã, dispõe:

Art. 104.3 Toda pessoa detida provisoriamente sob a suspeita de um delito deve ser levada à presença do juiz, o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de fazer objeções. O juiz tem que decretar imediatamente uma ordem de prisão por escrito, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação.²⁶

Ou seja, em que pese a Constituição alemã não trate expressamente do prazo, da leitura do texto se extrai que o tempo a ser esperado para a realização da audiência de custódia é de, no máximo, 24 horas a contar da detenção.

O art. 104.2 também trata do tema:

Art.104.2: Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação de liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida imediatamente uma decisão judicial. Por autoridade própria, a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do fim do dia posterior à detenção. A matéria será regulamentada por lei.²⁷

Percebe-se, também, a preocupação da legislação alemã em deixar apenas nas mãos do juiz a decisão sobre a manutenção ou não da prisão. A Polícia não pode manter alguém custodiado para além de 24 horas posterior à detenção, o que já se configura como uma ferramenta capaz de impedir abusos e excessos por parte da autoridade policial.

Na Espanha, a LECrim, Ley de Enjuiciamiento Criminal, traz como preceito que, quando se declara uma prisão, o responsável pela detenção deve levar o preso, no prazo máximo de 24 horas, ao juiz mais próximo ao local da prisão, ou, não sendo possível, deve colocar o detento em liberdade. Caso assim não o faça, poderá ser responsabilizado criminalmente. O art. 386 e 496 explicam:

Art. 386 :Si el procesado estuviere detenido, se le recibirá la primera declaración dentro del término de veinticuatro horas.

²⁶ALEMANHA. **Código de processo penal alemão**: StPO – Strafprozessordnung. 1950. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html>. Acesso em: dez 2017.

²⁷ ALEMANHA. **Código de processo penal alemão**, op. cit., art. 104.2.

Este plazo podrá prorrogarse por otras cuarenta y ocho, si mediare causa grave, la cual se expresará en la providencia en que se acordase la prórroga.²⁸

Art. 496: El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.

Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.²⁹

Por outro lado, se o preso for levado ao juiz de instrução, este terá mais 72 horas para converter a prisão ou mantê-la. Poderá, ainda, conceder a liberdade provisória, em caso de prisão em flagrante. Lê-se abaixo:

Art. 497 : Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1.º, 2.º y 6.º, y caso referente al procesado del 7.º del artículo 490, y 2.º, 3.º y 4.º del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado.

Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado.³⁰

Art. 499: Si el detenido lo fuese por estar comprendido en los números 1.º y 2.º del artículo 490, y en el 4.º del 492, el Juez de instrucción a quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión, o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el término señalado en el artículo 497.

Hecho esto, cuando él no fuese Juez competente, remitirá a quien lo sea las diligencias y la persona del preso, si lo hubiere.³¹

Quanto ao procedimento, a lei espanhola é muito clara. Ou seja, quando o juiz espanhol passa a ter conhecimento da detenção de alguém, deve conceder de imediato a liberdade provisória sem fiança. Se assim não fizer, deverá marcar uma audiência, no tempo mais breve e dentro das 72 horas seguintes, para que possa decidir sobre a conversão em prisão provisória ou a concessão de liberdade provisória com fiança, mediante a participação do Ministério Público.

²⁸ ESPANHA. Código de processo penal: **LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal**. 1882. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>>. Acesso em: dez 2017.

²⁹ ESPANHA. Código de processo penal: **LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal, op.cit**, art.496.
³⁰ **Ibid.**, art.497.

³¹ ESPANHA. Código de processo penal: **LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal, op.cit**, art.499.

Artigo 505. 1: Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza.

En los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de esta ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.³²

2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al investigado o encausado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del investigado o encausado no detenido o su libertad provisional con fianza.³³

Se por motivos de força maior, ou seja, alheio à vontade da autoridade, não puder ser realizada a audiência no prazo previsto, o juiz pode decidir, de ofício, e designar nova audiência nas próximas 72 horas seguintes. Imperioso registrar, ainda, que a participação da acusação para a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva é obrigatória.

Tal obrigatoriedade se justifica pelo fato de que, se na audiência a parte acusadora não elaborar pedido de prisão ou fiança, será obrigatória a concessão de liberdade ao réu. Ou seja, é um momento imprescindível para a parte acusadora. É o que se entende da leitura do artigo abaixo:

Artículo 505.4: El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido.³⁴

Ao final da audiência, o auto será lavrado com a manifestação das partes e a decisão fundamentada. Após a decisão no sentido de converter a detenção em prisão, deverá ocorrer à intimação do Ministério Público, do querelante e do próprio preso, conforme texto legal abaixo:

³² ESPANHA. Código de processo penal: **LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal**, op.cit, art. 505.1.

³³ **Ibid.**, art. 505.2.

³⁴ **Ibid.**, art. 505.4.

Artículo 501: El auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, y se notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al procesado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere.³⁵

Na Argentina, o Código Procesal Penal de la Nación Argentina traz, em seu art, 286, o prazo de apresentação do preso ao magistrado:

Artículo 286: 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.³⁶

Na Itália, a polícia coloca o preso à disposição do Ministério Público. Após, este poderá iniciar o interrogatório do investigado e requerer ao juiz uma audiência de convalidação, onde o juiz fará um “interrogatório de garantia”, onde avalia a necessidade da manutenção da prisão. Esse interrogatório de garantia deve ser feito no prazo máximo de 48 horas a contar da detenção. Abaixo, o art. 388 e 390.2 do Código italiano:

Art. 388: Il pubblico ministero può procedere all' interrogatorio dell' arrestato o del formato, dandone tempestivo avviso al difensore di fiducia ovvero, in mancanza, al difensore di ufficio.³⁷

Art.390. 2: l2:iudice fissa l' udienza di convalida al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive dandone avviso, senza ritardo, all pubblico ministero e al difensore.9.³⁸

³⁵ ESPANHA. Código de processo penal: **LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal, op.cit**, art.501.

³⁶ ARGENTINA. Lei no 24.063, de 4 de dezembro de 2014. **Código Processual Penal da Nação Argentina**. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/buscador/codigos>>. Acesso em: dez 2017.

³⁷ Art. 388: O Ministério Público pode proceder ao interrogatório da pessoa presa ou do formato, notificando oportunamente o defensor da confiança ou, na sua falta, ao defensor do escritório. ITALIA. **Codice di procedura penale**. 22 set. 1988, art. 388. Disponível em: Disponível em:<<https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codiceprocedurapenale.asp>>. Acesso em: dez 2017.

³⁸ Art. 390.2: O juiz fará a audiência de convalidação o mais rápido possível, dentro das 48 horas, comunicando ao promotor público e ao defensor. ITALIA. **Codice di procedura penale**, op.cit, art. 390.2.

Na França, por sua vez, a Polícia tem o poder de realizar a prisão por ela mesma em duas situações: prisão em flagrante e a detenção de suspeito. Essa detenção deve ser levada de imediato ao Ministério Público e durará 24 horas. Com isso, cabe ao Procurador da República analisar a necessidade da manutenção da prisão ou não. O art. 62-3 dispõe sobre:

La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 63-4-2 et 706-88 à 706-88-2 en matière de prolongation de la mesure au-delà de la quarante-huitième heure et de report de l'intervention de l'avocat .

Le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre . Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue.

Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté.

Le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre .

Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue.

Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté.³⁹

Países da América Latina também incorporaram a audiência de custódia; No Chile, por exemplo, o Código de Processo Penal determina que, em caso de flagrante, o sujeito deve ser apresentado ao promotor em 12 horas, que poderá soltá-lo ou levá-lo ao juiz em 24 horas após a prisão.

³⁹ Art. 62.3: A custódia é realizada sob a supervisão do Ministério Público, sem prejuízo das prerrogativas do juiz de liberdade e detenção previstas nos artigos 63-4-2 e 706-88 a 706-88-2 em relação à prorrogação da medida além da quarta oitava hora e adiamento da intervenção; O Ministério Público avalia se há a manutenção da pessoa em custódia e, se necessário, a prorrogação desta medida são necessárias para a investigação e proporcionais à gravidade dos fatos de que a pessoa é suspeita de ter cometido ou tentou cometer; Garante a proteção dos direitos reconhecidos pela lei à pessoa sob custódia; Tradução Ele pode ordenar, a qualquer momento, que a pessoa detida sob custódia policial seja apresentada antes ou por sua vez. FRANÇA. Code de procédure pénale. 1959. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: dez 2017.

Art. 131 (...) 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.⁴⁰

Assim, resta claro que, muito antes do Brasil, países como Peru, Chile, Argentina, já aplicavam a audiência de custódia em seus ordenamentos pátrios, enxergando-a como um mecanismo apto a coibir ilegalidades nas prisões e excessos, como tortura, maus-tratos. Além disso, confere ao juiz o poder de visualizar, no caso concreto, se há a necessidade de prisão preventiva.⁴¹

Essa preocupação de outros países em aderir ao instituto da audiência de custódia em suas legislações pátrias, só faz demonstrar o interesse na adequação de suas normas em relação aos Tratados Internacionais e respeito às normas que versam sobre direitos humanos. Ademais, são universais, aplicáveis a todos, independente de cor, raça ou gênero.

2.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Antes de adentrar na relação entre a mencionada audiência e os direitos humanos, se faz imperioso saber o que vem a ser esses direitos. Dito isto, passe-se à análise.

Comumente, confunde-se direitos humanos com direitos fundamentais, utilizando-os como termos sinônimos. A doutrina diverge quanto aos critérios de distinção, mas o que se predomina é que os direitos fundamentais são direitos do ser

⁴⁰ CHILE. Lei no 19.696, de 12 de outubro de 2000. **Código de Processo Penal do Chile**. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em dez 2017.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de, **op. cit.**, p .927.

humano reconhecidos e positivados por um determinado Estado, em certo momento histórico.⁴²

Por outro lado, os direitos humanos têm um alcance mais amplo, guardando relação com os documentos de direito internacional. Seriam, assim, direitos básicos da pessoa, referindo-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, tendo validade internacional.⁴³

Ou seja, a expressão direitos humanos compreende aqueles inerentes à condição humana. Respeitam a dignidade da pessoa humana e o valor de cada indivíduo. Canotilho afirma:

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são, frequentemente, utilizadas como sinônimos. Segundo a sua origem e significado poderíamos distinguí-las da seguinte maneira: direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, direitos fundamentais são os direitos humanos, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁴⁴

Em um viés jusnaturalista, o que se percebe é que os direitos humanos são direitos de todos, decorrentes da própria natureza humana, que foram positivados como forma de garantir a sua proteção e aplicabilidade efetiva. Eles existem, estão postos de modo natural, apenas são formalizados e garantidos de forma expressa para conferir maior tessitura jurídica.

Sua afirmação se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948. A partir dela, se estabeleceu a proteção universal dos direitos humanos. Tem-se, assim, mais uma garantia contra a violação às liberdades e ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Cumprir registrar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, SIDH, começou em 1948, com a criação da Organização dos Estados Americanos, OEA. Na

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 .

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang, **op.cit.**, p.36.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1993, pg.391.

mesma data, ocorreu a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, DADDH, anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁴⁵

Em relação ao Processo Penal, parece que, dentre os ramos do Direito, ele é o que mais sofre incidência dos direitos humanos. O respeito à dignidade e a liberdade nada mais é do que o respeito aos direitos humanos, consagrados e protegidos universalmente. Ao se aplicar o CPP, portanto, mais do que a conformidade constitucional, deve-se atentar ao fato de estar de acordo com a CADH.

Não dá para se valer apenas da Constituição. Os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos devem ser aderidos e respeitados pelos ordenamentos jurídicos vigentes. O controle de convencionalidade não deve ser afastado, pois é por meio dele que se garante que o sistema jurídico interno se adeque e cumpra com o que é estipulado na legislação internacional.

Posto isto, pode-se analisar a relação entre esses direitos humanos positivados e a aplicação da audiência de custódia. Fazendo uma breve leitura dos arts. 2, 3 e 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consegue-se perceber, de imediato, os valores que fundamentam e explicam a referida audiência, vejamos:

Art. 2. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Art.3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.
Art, 5. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. ⁴⁶

Ora, o direito à liberdade, antes mesmo de ser fundamental, é um direito humano. Todos devem ter o seu direito de ir e vir respeitado. Sua limitação deve se dá quando efetivamente necessário. A Declaração, por si só, independente de previsão legal da audiência, já se mostra como uma garantia a esse direito.

Ocorre que, ainda que haja um reconhecimento da necessidade de proteção à liberdade de dimensão universal, é preciso regulamentá-la internamente. Diante de

⁴⁵ MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos. **Audiência de Custódia: Ato Processual juridicamente aceitável e útil.** Revista brasileira de Ciências Criminais. vol. 131. São Paulo: ed. RT, 2017, p. 369.

⁴⁶ CADH, **op.cit.**, arts. 2º, 3º e 5º.

uma cultura de encarceramento, nunca é demais a criação de institutos que visem assegurar direitos já consagrados, mas constantemente ameaçados ou violados.

Na mesma linha, o combate à tortura e tratamento desumano também são objetivos almejados por meio da realização da audiência de custódia. O tratamento dos agentes penitenciários e da polícia, às vezes, se mostra incompatível com esse sistema de proteção a direitos.

A Organização Não Governamental *Human Rights Watch* também vê nas audiências de custódia uma forma de combater violações à direitos humanos. A ONG afirmou no último relatório:

Violações crônicas de direitos humanos assolam o Brasil, incluindo execuções extrajudiciais pela polícia, a superlotação das prisões, tortura e maus-tratos a pessoas detidas. Alguns esforços recentes para reformar o sistema de Justiça criminal procuraram solucionar alguns desses problemas, mas outras iniciativas poderiam agravá-los. Em 2015, o Poder Judiciário trabalhou em conjunto com os governos estaduais para garantir que as pessoas detidas sejam conduzidas sem demora à presença de um juiz, conforme exigido pela legislação internacional.⁴⁷

Há, inclusive, o registro de atuação do Ministério Público em um caso de dois irmãos que foram presos juntos e relataram episódio de violência. Nessa situação, o órgão requereu ao magistrado que oficiasse a Corregedoria da Polícia Militar para que investigasse os fatos. Isso denota que o Poder Público como um todo deve estar sempre atento a esses relatos de violência, apurando a realidade dos fatos e punindo eventuais excessos.⁴⁸

A importação da audiência de custódia pelo ordenamento brasileiro se deu, dentre outras questões que serão discutidas durante o presente trabalho, pela necessária adequação às normas de direito internacional. O art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que é um verdadeiro código de direitos humanos, o qual o Brasil é signatário desde 1992, traz em seu texto, desde a década de 60, a

⁴⁷ Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia é esforço contra a violação de direitos humanos**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contraviolacao-de-direitos-humanos-diz-ong>>. Acesso em Jan 2018.

⁴⁸ ROMÃO, Vinícius de Assis. **A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol 128. São Paulo: ed. RT, 2017, p.337.

condução do preso em flagrante à autoridade competente para decidir acerca da manutenção da prisão, dentro de um prazo razoável.⁴⁹

No mesmo sentido, o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York trata do tema, considerando que é direito do preso ser levado, sem demora, ao juiz habilitado a decidir acerca da prisão ou liberdade, optando, quando cabível, pela soltura condicionada. Ou seja, preserva-se a liberdade, mas com medidas assecuratórias a fim de que se garanta o andamento e resultado do processo.⁵⁰

O que se extrai da leitura desses dois dispositivos internacionais é a preocupação com a limitação do direito à liberdade do preso, daí a criação da mencionada audiência. A regra não deve ser a prisão, a qual estamos habituados, por uma lógica punitivista totalmente descabida de sentido. Por meio desse instrumento processual- penal, evita-se que o preso demore de ser ouvido pelo juiz e tenha sua liberdade violada.

Por meio dela, surge a possibilidade de se optar por outras medidas cabíveis, que não a privação à um direito fundamental. Nessa linha, Aury Lopes Jr confirma essa ideia ao afirmar que, em inúmeros precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se posicionado no sentido de que esse controle imediato por parte do juiz é um instrumento apto a evitar prisões ilegais e abusivas.⁵¹

O juiz, diante do caso concreto, além de todo o conhecimento técnico-jurídico, deve ter a cautela de se ater a peculiaridade de cada situação, de todas as circunstâncias, a fim de que possa garantir ao detido que seus direitos sejam respeitados e que havendo a possibilidade de se adotar outras medidas diversas da prisão, isso deve ser observado.

Nota-se, então, que por meio da audiência de custódia, surge a possibilidade de se dar uma aplicabilidade mais efetiva à dignidade da pessoa humana, respeitando, assim, o direito à liberdade, enquanto um direito humano, de reconhecimento universal. É uma ferramenta apta a coibir abusos por parte do poder estatal, fazendo com que o preso seja minimamente ouvido e respeitado.

⁴⁹ CADH, **op.cit**, art.7.5.

⁵⁰ PIDCP, **op.cit**, art.9.3.

⁵¹ LOPES Jr, Aury, **op. cit.**, p. 638.

2.4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL.

Inegavelmente, nas últimas décadas, a legislação processual penal brasileira vem sofrendo mudanças, na tentativa de incorporar os institutos dos tratados internacionais ao ordenamento pátrio. Um dos exemplos disso, é a Constituição Federal de 1988, de cunho garantista, que se mostrou como uma forte ferramenta apta a proteger direitos e garantias fundamentais.

Regida pela ideia de Estado Democrático de Direito, inovou ao trazer no art. 5º uma série de garantias e direitos mínimos que devem ser respeitados e efetivados pelo Poder Público. Alguns deles:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

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

XII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;⁵²

O que se nota, então, é que a Carta Magna tem uma carga fortemente garantista, no sentido de preservar a liberdade ao máximo, consagrando a regra do direito de ir e vir, além de expressamente assegurar o direito ao devido processo legal

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, promulgada 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jan 2018

e de ser considerado efetivamente culpado após o trânsito em julgada da sentença penal.

Como já dito em tópico anterior, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos há mais de vinte anos, o que faz perceber como foi tardia a ideia de inserção desse tipo de audiência no direito interno, principalmente, se comparado à outros países, que implementaram o instituto bem mais rapidamente.

Nesse sentido, se faz valioso entender a receptividade do Brasil em relação às normas de direito internacional que versem sobre direitos humanos. Antes da Emenda 45/2004, os tratados internacionais que discorriam acerca dos direitos humanos eram aprovados por decreto legislativo, de quórum simples, da mesma forma pela qual as normas de tratados internacionais em geral eram tratadas.⁵³

Após a Emenda 45/2004, os tratados internacionais que versavam sobre direitos humanos passaram a ter o mesmo status das emendas constitucionais. Ocorre que as indagações persistiam, principalmente, em relação aos tratados não aprovados no rito das emendas constitucionais e quanto àqueles ratificados antes da presente emenda.⁵⁴

Assim, em 2008, pós Emenda 45/2004, a fim de dirimir eventuais controvérsias, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP, alterou o entendimento quanto a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Entendeu, então, que essas normas internacionais têm o status de supralegal, ou seja, estão acima da legislação, mas abaixo da Constituição. Lê-se:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916

⁵³ COSTA, Aldo de Campos. **Tratados de Direitos Humanos anteriores à EC 45/04**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-30/toda-prova-tratados-direitos-humanos-antecedentes-ec-4504>>. Acesso em jan 2018.

⁵⁴ COSTA, Aldo de Campos, **op.cit.**

e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).⁵⁵

Em que pese a importância e o peso das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, a demora na incorporação da audiência de custódia representou, sem dúvidas, um atraso para a nossa legislação processual penal.

Hoje, o CPP, no art. 306, § 1º, estabelece apenas o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz, em até 24 horas após a prisão. Ou seja, é totalmente silente quanto à condução do preso e da realização de audiência. Falta uma legislação federal regulando o tema. A única regulamentação atual, de ordem nacional, é a Resolução 213/2015 do CNJ.⁵⁶

Traçando um perfil cronológico da implantação da audiência de custódia no país, constata-se que uma das primeiras manifestações legislativas que se assemelhava àquilo que seria a audiência de custódia foi o Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Ou seja, a primeira aparição de algo próximo ao instituto se deu até mesmo antes da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, que ocorreu em 1992.⁵⁷

O art. 236, § 2º do Código Eleitoral determina que, havendo qualquer prisão, o preso deverá ser, de forma imediata, levado ao juiz competente que irá decidir acerca da legalidade da detenção. Ou seja, já aqui, se deixava claro a opção em manter ou relaxar a prisão. O que decide isso é a análise do julgador diante dos fatos apresentados.⁵⁸

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, prevê que, quando preso em flagrante, o magistrado tem que ser apresentado imediatamente ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado. Obviamente que o alvo é diferente do da audiência de custódia, mas a ideia de

⁵⁵ STF. Recurso Extraordinário nº 466-343-SP. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: dez 2017.

⁵⁶ Art. 306, § 1º: Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. BRASIL, Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, out 1941.

⁵⁷ MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos, **op.cit.**, p.380.

⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.21.

apresentação a autoridade é aspecto comum entre elas, a fim de se mostrar que a semente desse instituto já vinha sendo semeada no Brasil.⁵⁹

Antes da Carta Magna de 1988, tivemos o Código de Menores, Lei nº 6.697, 1979, que estabelecia a apresentação ao juiz de toda pessoa menor de dezoito anos que viesse a cometer alguma infração penal. A legislação mencionada deu a esse momento o nome de audiência de apresentação.⁶⁰

Em seu art. 99, caput, preceituava que ao menor de 18 anos, a quem estivesse sendo atribuído o cometimento de uma infração penal, deveria ser garantida a condução à autoridade judiciária. Isso nada mais é do que uma manifestação da real necessidade de controle da prisão só que, no caso específico, voltado para o público do menor infrator.⁶¹

Posteriormente, a Lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, em que pese anteceda a ratificação dos textos internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, sofreu intensa influência de movimentos externos que consolidavam a doutrina da Proteção Integral. Diante disso, houve intensa preocupação em proteger crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos frente ao Estado.⁶²

Importante mencionar que, após a ratificação do CADH pelo Brasil, o Poder Legislativo pátrio, até 2011, ficou silente e inerte quanto ao assunto da audiência de custódia. Ou seja, mesmo após a incorporação do Tratado Internacional, o Brasil nada fez para que houvesse, na prática, a condução do preso para ser apresentado à autoridade judiciária.

Frisa-se, também, que o legislador pátrio perdeu uma grande oportunidade quando da reforma parcial que ocorreu no Título IX do Livro I do CPP, que trata acerca de prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. Tal reforma ocorreu em maio de 2011, pela Lei nº 12.403. Absurdamente, a audiência de custódia sequer foi

⁵⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.23.

⁶⁰ **ibid.**, p.25.

⁶¹ Art. 99: O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária. BRASIL, Lei nº 6697, de 10 de outubro de 1979. Instituiu o Código de Menores. Brasília, DF, out 1979

⁶² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.23

citada. Ou seja, mais uma vez, se perdeu a chance de humanizar o processo penal brasileiro, que está totalmente viciado à cultura do cárcere.⁶³

Assim, o que se percebe é que da ratificação da CADH pelo ordenamento até a elaboração do Projeto de Lei nº 554, o Poder Legislativo não teve atuação no sentido de se preocupar em regulamentar o instituto da audiência de custódia. Qualquer outro tipo de manifestação nesse sentido, partiu de outro segmento, mas não do nosso poder Legislativo.

Alguns Estados, por iniciativa própria, até tentaram implementar, aos poucos, a audiência de custódia na sua prática de trabalho. A exemplo, tem-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Por meio de um Ofício, a Corregedoria Geral de Justiça recorreu aos juízes para lembrá-los de aplicar o art. 7,5 1º parte da CADH.⁶⁴

Ocorre que, sob a inacreditável alegação de que não dispensavam de estrutura necessária para aplicar o referido artigo, uma vez que havia carência de servidor e veículos, os juízes se mantiveram longe da aplicação da audiência de custódia. Ora, absurdo uma autoridade judiciária, que deve resguardar pelas mínimas garantias, infringir direitos assegurados universalmente em razão da ineficiência da máquina estatal.

Na Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da 2º região proferiu uma decisão em 2014. Um habeas corpus foi impetrado pela Defensoria Pública da União, sobre um indivíduo preso em flagrante por portar notas falsificadas de R\$ 50,00, associado ao fato de que estava tentando repassar essas notas para outras pessoas.⁶⁵

O habeas corpus decorreu do fato de o preso não ter sido apresentado à autoridade judicial, o que foi, acertadamente, considerado como um desrespeito flagrante ao art. 7,5 da CADH. Surpreendentemente, a ordem foi acatada e o Tribunal determinou a apresentação imediata do preso ao juiz.⁶⁶

Até então, o que se percebe é a tremenda resistência na aplicabilidade da audiência de custódia. Mesmo o país sendo signatário de um Tratado Internacional

⁶³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.24.

⁶⁴ **Ibid.**, p.25.

⁶⁵ MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos, **op. cit.**, p.680.

⁶⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.26.

que versa sobre direitos humanos, as autoridades têm se mostrado inertes quanto à incorporação desse instituto processual na sua prática de trabalho.

É importante citar o ato da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão, o Provimento nº 21/2014, que estabeleceu um procedimento para a audiência de custódia, utilizando alguns aspectos do Projeto de Lei nº 554/2011. Algumas situações, inclusive, foram inovadoras, uma vez que nem constavam no mencionado projeto.⁶⁷

Dentre essas situações novas, não previstas nem no projeto de Lei nº 554/2011, estão a possibilidade de realização da audiência por meio de teleaudiência, as primeiras perguntas feitas pelo juiz, atos investigatórios, dentre outros. Ocorre que esse provimento foi revogado, durando pouco tempo. O vigente hoje no Estado é o provimento nº 24/2014.⁶⁸

Nesse contexto, diante de tanta insegurança quanto à aplicação da audiência por parte do ordenamento pátrio e, pelo número de presos no país, o CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça e o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, criou um projeto para implantar o mencionado instituto no estado de São Paulo. Assim, nasceu a Resolução 213 do CNJ, em 15 de dezembro de 2015, que trata da aplicabilidade da audiência de custódia.

Antes disso, havia uma ausência de padrão, a nível nacional, nas regulamentações dos Estados. Obviamente, com a sua criação, não houve revogação das regulamentações estatais que existiam. E, apesar de todas as críticas e polêmicas ao seu entorno, inegavelmente, a Resolução 2013 foi positiva não somente por uniformizar o procedimento da audiência de custódia, mas também por dispor sobre temas que antes não haviam sido tratados.

De certa forma, o Estado da Bahia, inclusive, foi o pioneiro na implementação da audiência de custódia, visto que desde setembro de 2013 foi criado o Núcleo de Prisão em Flagrante pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Mas, oficialmente, a

⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p .29.

⁶⁸ **Ibid.**, p.30.

audiência de custódia foi implementada no referido estado em 28 de setembro de 2015.⁶⁹

Atualmente, a legislação atinente ao tema, que define, regulamenta e traz o procedimento, é a Resolução 213 do CNJ. O ato entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2016 e representa um avanço significativo na seara processual-penal, tornando possível o controle de convencionalidade pelo juiz. A resolução preceitua:

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

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

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.⁷⁰

Após o lançamento desse projeto, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do ato na ADI 5240 e, posteriormente, julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), reconhecendo a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia pelos Tribunais de todo o país.⁷¹

Ainda nessa decisão, estabeleceu-se que as audiências de custódia deveriam ser estendidas a todos os estados no prazo de 90 dias, por meio de convênios entre os governos e os tribunais de justiça dos estados. O fundamento para tal, dentre outros, se relaciona com o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

Se extrai do texto da Resolução 213/2015 que a audiência de custódia representa o momento na persecução penal em que a pessoa detida terá a oportunidade de ter voz e narrar os fatos ocorridos. Por outro lado, dá ao juiz a

⁶⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: de boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p.194.

⁷⁰ BRASIL, Resolução n.º 213, de 15 de dezembro de 2015 do CNJ, **op. cit.**, art. 1º.

⁷¹ ROMÃO, Vinicius de Assis, **op. cit.**, p. 308.

possibilidade de, diante do contato pessoal, fazer um juízo técnico e humano de convencionalidade, decidindo quanto à necessidade de manutenção ou não da prisão, efetivando a ideia de excepcionalidade da privação da liberdade.

Permite, no caso concreto, a possibilidade de proteção ao direito fundamental à liberdade, uma vez que a autoridade judiciária vai analisar a real necessidade da manutenção da prisão, num juízo de proporcionalidade. Ademais, a regulamentação e efetiva aplicação da audiência de custódia só corrobora o mínimo de respeito do Brasil e seus poderes constituintes frente aos Tratados internacionais.

Curiosamente, é relevante explanar o projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, que foi convertido no Projeto de Lei nº 6.620, de 2016. O projeto proposto, em 2011, pelo Senador Antônio Carlos Valadares, estabeleceu a implementação da audiência de custódia no processo penal brasileiro.⁷²

Por meio dele, se pretendia alterar o parágrafo 1º do art. 306 do CPP, no sentido de que o auto de prisão em flagrante e o preso fossem apresentados ao juiz no prazo máximo de 24 horas. O almejado era que em um só momento, houvesse a oitiva do preso, a análise da ilegalidade da prisão e a incidência ou não de alguma medida cautelar.⁷³

A redação determinava:

[...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no 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 parágrafo 1º, 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 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 nomes 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 Pú-

⁷² MASI, Carlo Velho. **A audiência de Custódia frente à cultura do encarceramento**. Revista dos Tribunais. vol 960. São Paulo: ed: RT, 2015, p.97.

⁷³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p. 38.

blico, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.⁷⁴ (sic)

O Projeto 554/2011 passou e foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos em 2013, sendo encaminhado posteriormente para a Comissão de Justiça e Cidadania, em 2014, recebendo uma emenda substitutiva, alterando somente no sentido de possibilitar a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência.⁷⁵

A redação alterada passou a estabelecer:

Art. 306, § 1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, 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”.

Cumprir registrar que a possibilidade de realização por videoconferência recebeu críticas, sob fundamento de que se romperia com o contato pessoal entre o preso e o juiz, que é de extrema relevância, uma vez que é nesse momento, que a autoridade judicial analisa as circunstâncias, o modo de narrar os fatos, enfim, tem um contato humanizado.

Obviamente, houve não somente apoio, mas também rechaço ao Projeto de Lei nº 554/2011. Os argumentos daqueles que eram favoráveis eram no sentido de que precisava haver a regulamentação do instituto já previsto pela CADH, como um meio de impedir prisões ilegais e eventuais maus-tratos por parte dos órgãos estatais.

O próprio IBCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), publicou na época um editorial defendendo a necessidade e importância da audiência de

⁷⁴ BRASIL, PROJETO DE LEI nº 554/2011 de 06 de setembro de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Set.2011.

⁷⁵ LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal**. Revista Jurídica LEX, nº 70, Jul-Ago 2014, p. 471.

custódia, evitando, assim, que o preso só tenha contato direto com o juiz na fase de instrução. Por meio dela, então, se permitiria ao preso um rápido contato com juiz, ainda na fase inicial, dando sua versão sobre os fatos.⁷⁶

Ou seja, evita que o sujeito seja ouvido meses ou até mesmo anos depois de preso. Por meio dela, se consegue que, de forma simples e possivelmente executável, o juiz que receba os autos da prisão em flagrante analise, faça a audiência, ouça o preso e decida sobre as medidas do art. 310 do CPP.⁷⁷

Nesse mesmo editorial, também, se critica não somente o atraso na implementação do instituto, como a má vontade na sua aplicação. Ora, o que está em jogo é a perda da liberdade de alguém, um bem juridicamente relevante. Dessa forma, não há como ser contra a adoção da audiência de custódia. Negar esse momento processual é possibilitar a violação ainda mais frequente do direito de ir e vir.

Alguns juízes também se manifestaram no sentido de que a audiência de custódia seria um instrumento para efetivar a excepcionalidade das prisões cautelares no Brasil. No mesmo sentido, se posicionaram pela obrigatoriedade da audiência ser presidida apenas por um juiz, não cabendo a nenhuma outra autoridade.⁷⁸

Em sentido contrário, membros da polícia judiciária se colocaram manifestamente desfavoráveis ao projeto. A Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, a FENADEPOL, por exemplo, argumentou no sentido de que a aplicação da audiência de custódia causaria impactos na ordem financeira e nos organismos de segurança pública, além da falta de estrutura para conduzir e permanecer com os presos no aguardo da audiência.⁷⁹

⁷⁶ IBCCRIM. Editorial. **Audiência de Custódia no Brasil, ainda que tardia**. Boletim Ibccrim, São Paulo, nº 268, março, 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/309-268-Marco2015>. Acesso em: jan 2018.

⁷⁷ Art. 310: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente; - 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. BRASIL, Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, **op.cit.**

⁷⁸ Associação dos Juizes para a Democracia. Ofício. São Paulo, 22 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=165>. Acesso em: jan. 2018.

⁷⁹ Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. Ofício 37. Brasília, 04 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://fenadepol.org.br/?s=of%C3%ADcio+37>>. Acesso em: jan 2018.

Ademais, alegaram que a sua aprovação permitiria a mentira em sede de persecução penal, uma vez que, segundo eles, todo indivíduo preso em flagrante falsificaria a verdade dos fatos, criando a ocorrência de tortura, maus-tratos, a fim de ter sua prisão relaxada, o que, conseqüentemente, levaria a criminalização do policial.⁸⁰

De modo ainda mais absurdo, invocaram que a insuficiência de policiais e juízes seria incapaz de atender às audiências. Se configura aqui a absurda justificativa de restrição a direitos pela carência de aparelhagem estatal. Ora, o sujeito, conforme essa alegação, deveria ter seu direito cerceado pela falta de estrutura da máquina pública.⁸¹

Outro argumento contrário repousou sob o fato da ausência de previsão legal quanto à algumas questões processuais e materiais, como as conseqüências advindas do descumprimento dos prazos, risco de impunidade, aumento da criminalidade violenta, uma vez que, por questões de dimensão geográfica, não se viabiliza a pronta apresentação dos presos ao juiz.

O próprio Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelos Procuradores Gerais de Justiça do Estado se colocaram contrários ao projeto. Eles optaram por entender que a audiência de custódia não pode substituir a comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente, o que se revela absurdo já que o projeto não busca alteração no caput do art. 306 do CPP, sem contar o fato de que a própria Constituição Federal já consagra expressamente, no art. 5º, LXII, a obrigatoriedade da comunicação.⁸²

Além desse argumento descabido, o Ministério Público do Estado de São Paulo alegou violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, já que o depoimento do preso não poderia ser utilizado em eventual processo penal de conhecimento. Ademais, também levantaram as dificuldades de se implantar um projeto desses em razão da carência de estrutura e do alto custo que geraria a sua implantação, que resultaria no frequente relaxamento da prisão por desrespeito a norma.⁸³

⁸⁰ MASI, Carlo Velho, **op. cit.**, p.100.

⁸¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.42.

⁸² MASI, Carlo Velho, **op.cit.**, p.102.

⁸³ **Ibid.**, p.103.

Assim, diante de tantas indagações, críticas e inseguranças, a tramitação do Projeto de Lei nº 554/2011 somente foi finalizada em dezembro de 2016, com uma conotação completamente diferente do apresentado pela Resolução 213 do CNJ. Naquele, há a possibilidade de o depoimento prestado pela pessoa apresentada ser utilizada em caso de processos penal, em benefício dela.⁸⁴

Hoje, esse projeto continua em andamento e discussão legislativa, só que com uma nova identificação, não sendo mais de numeração 554. Foi-lhe atribuído a nova numeração 6.620/2016, além de ter sido determinado seu apensamento ao projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata do projeto do novo Código de Processo Penal.⁸⁵

Nesta toada, nota-se que ainda estamos, no que toca à regulamentação do instituto da audiência de custódia, diante da ausência de uma legislação federal. Seguimos, então, com o único instrumento regulamentador atinente ao tema, que é a Resolução 213 do CNJ. E, em que pese os argumentos contra o instituto, não dá para lhe negar o caráter positivo e reconhecer que por meio desse ato processual, o caminho na busca pela efetivação da presunção de inocência já se mostra mais real e possível com a implementação da audiência de custódia.

2.5 OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Sem sombra de dúvidas, a grande finalidade da audiência de custódia é a proteção e efetivação aos direitos fundamentais consagrados nacional e internacionalmente. Por meio dela, se permite não somente evitar que a liberdade do indivíduo seja cerceada ilegalmente, mas também se combate abusos e torturas por parte das autoridades policiais na persecução penal.

Não se pode negar, também, que o fato de ser um instituto de origem e alcance internacional, decorrente de Tratados Protetivos de Direitos Humanos, há o objetivo de se assegurar os direitos humanos da pessoa presa. Ou seja, impedir

⁸⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.47.

⁸⁵ **Ibid.**,p.49.

violações à incolumidade física/psíquica, garantindo o mínimo de dignidade da pessoa humana que se deve observar.⁸⁶

Por se tratar de um ato processual, uma vez que há o exercício da jurisdição, não se deve perder de vista que devem ser garantidos ao detento o contraditório, a ampla defesa e todas as outras garantias constitucionais que decorrem do devido processo legal, o que se torna possível por meio do referido instituto.

Nesse sentido, o art. 1º da Resolução 213, ao afirmar “e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”, deixa claro o exercício do contraditório e ampla defesa ao assegurar ao preso que será ouvido. Ou seja, também é objetivo da audiência de custódia ouvir a pessoa presa, dando-lhe oportunidade de fala.⁸⁷

Esse momento em que se ouve, contudo, não se limita à questões pessoais, mas, principalmente, que o juiz possa ouvir a narrativa do preso quanto às circunstâncias em que se deu a sua prisão, de modo que possa se averiguar se houve atos de tortura, abuso ou maus-tratos por parte das autoridades policiais. Como aqui ainda não há caráter de atividade probatória, não cabe perquirir acerca do fato delitivo.⁸⁸

Nessa linha, entende-se que o problema é quando o preso nega a autoria ou a existência do fato. A autoridade judicial em questão deverá proceder com cautela e não invadir o mérito, que é reservado para o julgamento. Assim, eventual contradição que o preso venha a apresentar no momento da audiência e depois no interrogatório processual, não pode ser utilizada em seu prejuízo.⁸⁹

Observa-se, assim, que a implementação da audiência de custódia tem por objetivo não somente efetivar direitos humanos e garantias fundamentais, mas também possibilitar ao preso um contato prévio com juiz, tendo a oportunidade de

⁸⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 19.

⁸⁷ Art. 1º: Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. BRASIL, RESOLUÇÃO n.º 213, de 15 de dezembro de 2015 do CNJ, **op. cit.**, art. 1.

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op.cit.**, p. 20.

⁸⁹ LOPES Jr, 2016, **op. cit.**, p. 508.

ser ouvido e de ter sua liberdade, bem jurídico de relevante valor, tutelada pelo ordenamento pátrio.

Permite, também, que haja o controle da legalidade da prisão, aplicando-se a ideia da excepcionalidade da prisão, acolhendo, quando cabível, a utilização de medidas cautelares. Como consequência direta dessa análise da real necessidade da manutenção da detenção, consagra-se, já em sede de persecução penal, o princípio da presunção de inocência, dando ao preso o tratamento de investigado e não de sumariamente culpado.

Segundo Caio Paiva e Aury Lopes Jr⁹⁰, atribuem-se às audiências de custódia duas finalidades de extrema valia: a cessação de maus-tratos ou tortura e a promoção de um espaço democrático que possibilita a discussão sobre a legalidade da prisão, a necessidade e a proporcionalidade na aplicação de outras medidas cautelares.

Desta forma, didaticamente, pode-se dizer que se enquadram como objetivos da audiência de custódia: verificar a ocorrência de alguma violência praticada contra o preso, seja tortura ou maus-tratos, desde a sua prisão até o momento da sua apresentação em audiência de custódia, além de identificar corretamente a pessoa apresentada, confirmando se ela é realmente a pessoa contra quem a ordem de prisão foi determinada.⁹¹

Além desses objetivos, como já mencionado, fazer com que a pessoa apresentada seja ouvida frente a autoridade judicial, quanto às circunstâncias em que se deu a sua prisão, cientificando-o, também, sobre o direito constitucional ao silêncio e verificar a legalidade da detenção, bem como se não se encontra extinta a punibilidade.

Ou seja, diante do exposto, resta claro que o objetivo maior da aplicação da audiência de custódia no ordenamento jurídico é a busca pela efetivação de garantias fundamentais e direitos, consagrados internacionalmente como humanos, evitando, dessa forma, que o sujeito tenha sua liberdade cerceada ilegal e desnecessariamente ou sofra algum tipo de abuso ou maus-tratos.

⁹⁰ PAIVA *apud* ROMÃO, 2017, p.309.

⁹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.21.

2.5 PRINCIPAIS ASPECTOS POLÊMICOS RELACIONADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Como comentado em tópico anterior, em se tratando de Brasil, até o ano de 2011, não se tinha muito acerca do instituto audiência de custódia. Em que pese o Brasil ter assinado os Tratados Internacionais ensejadores da criação do instituto já em 1992, demorou muito para que o Poder Legislativo se manifestasse quanto à uma possível regulamentação.

Desde a proposta do Projeto de Lei nº 554/2011, diversas críticas foram lançadas, também já trabalhadas em tópico anterior. Ou seja, a implantação do instituto no Brasil, além de ter tido uma discussão tardia, foi objeto de comentários por grupos diferentes, todos se convergindo no sentido da dificuldade prática e procedimental da audiência de custódia.

O primeiro aspecto polêmico envolvendo o mencionado instituto processual diz respeito ao estabelecimento de um prazo certo para que ocorra a apresentação da pessoa presa a autoridade judicial. O texto da CADH, utilizando de uma expressão vaga, determina que a apresentação deverá ocorrer sem demora.⁹²

Percebe-se que ao usar dessa expressão de conteúdo vago e amplo, a CADH conseguiu determinar o porquê de não estipular taxativamente um prazo: dar aos Estados- Membros a liberdade para que eles mesmos definissem em que tempo se daria a expressão sem demora. Assim, a delimitação de um prazo fixo se daria por meio de lei.⁹³

Nessa perspectiva, Aury Lopes Jr se posiciona no sentido de que a Convenção Internacional de Direitos Humanos, CIDH, reconheceu a violação a essa garantia quando o detido foi apresentado depois de preso por quatro dias, no caso *Chaparro Alvarez contra Equador* e cinco dias após a prisão, no caso *Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México*.⁹⁴

⁹² CADH, **op. cit.**, art. 1º.

⁹³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.123

⁹⁴ LOPES Jr, Aury, 2016, **op. cit.**, p.507

Segundo Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr⁹⁵, o prazo a ser observado deve ser de 24 horas, uma vez que a Resolução 213 do CNJ e que a Corte Internacional de Direitos Humanos já se posicionou reconhecendo a violação dessa garantia quando, no caso Chaparro Alvarez vs Ecuador, o detido foi apresentado quatro dias após a prisão.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, no caso Castillo- Páez, se manifestou afirmando a violação ao direito fundamental do cidadão peruano que não foi apresentado ao juiz no prazo máximo de 24 horas, previsto pela legislação peruana.⁹⁶

O autor Renato Brasileiro entende que o prazo de 24 horas, que é o estipulado pelo art. 13 da Resolução 213 do CNJ, no cenário do possível, é de difícil aplicação. Sustenta que a audiência de custódia, para ser adequada á realidade brasileira, deve ser feita dentro de um tempo mais compatível, como por exemplo, 72 horas. Ou seja, em que pese a expressão ampla no texto da CADH, o prazo deve coadunar com a ideia da razoabilidade e compatibilidade com o ordenamento pátrio, sob pena de continuar infringindo direitos.⁹⁷

No Brasil, por exemplo, em razão da ausência de padrão nacional até a elaboração do projeto do CNJ, diversos Estados utilizaram de sua autonomia para definir os prazos de apresentação do preso na audiência de custódia. No Maranhão, foi fixado o prazo de 48 horas. O Espírito Santo, por outro lado, optou por não determinar um prazo específico, estabelecendo, contudo, que ocorresse no menor tempo possível.⁹⁸

Outros Estados também regulamentaram o prazo para a realização da audiência de custódia. Além do Maranhão, já citado, Minas Gerais, por meio da Resolução 796/2015, estabeleceu o prazo de 24 horas para o preso ser encaminhado. O Estado do Amazonas, por meio da Portaria nº 1272/2015, também estipulou o prazo de 24 horas⁹⁹.

⁹⁵ DA ROSA E LOPES JR, *apud* MOURA e SANTOS, 2017, p.378.

⁹⁶ PAIVA, Caio. Na Série “**Audiência de Custódia: conceito, previsão normativa e finalidades**”. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: fev 2018.

⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de, **op. cit.**, p.928.

⁹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.124

⁹⁹ LIMA, Marcellus Polastri. Questões que envolvem a denominada audiência de custódia. Revista do Ministério Público, nº 60, abr/jun, 2016, p.213.

Na Bahia, também se utiliza o prazo de 24 horas. A polêmica reside no Estado do Rio de Janeiro, que é considerada a pior das resoluções. Isso ocorre, dentre outros fatores, pelo excesso de incongruências com o ordenamento pátrio. Por exemplo, no art. 6º, se entende que não há necessidade da presença do Ministério Público e da defesa em audiência, dando a ao ato processual um caráter altamente inquisitivo, além de ferir o princípio acusatório.¹⁰⁰

Outrossim, quanto ao prazo, o art. 2º da Resolução deixa lacuna ao não estabelecer em que prazo deve se dar a apresentação do preso ao juiz. Como se não bastasse, em seu art. 6º, parágrafo único, estabelece que as declarações do preso serão lacradas e colocadas separadamente, afrontando o CPP e a CF/88, na medida em que essas declarações ficariam inacessíveis a defesa e ao Ministério Público.¹⁰¹

Ou seja, esse aspecto controverso quanto ao prazo estabelecido pela Resolução é de que o tempo de 24 horas não é praticável diante da realidade brasileira. Há quem defenda que a referida resolução deveria utilizar a mesma expressão vaga que é colocada na CADH ou que trouxesse um lapso temporal razoável, possível de ser executado.

O fato é que, independente da divergência doutrinária, não cabe ao preso suportar as consequências oriundas de uma deficiência na máquina estatal. Ora, se a própria norma internacional, CADH, prevê que a apresentação deve ser sem demora, é mais que razoável o prazo de 24 horas.

Um tempo maior iria expor ainda mais a integridade e a liberdade do preso, retirando, assim, o fundamento maior da audiência de custódia, que é a proteção aos direitos mínimos do detido. Sendo assim, a fim de dirimir tal controvérsia, espera-se que haja uma legislação federal sobre esse momento processual e que nela, a União, por meio de sua competência privativa, confirme a realização no prazo de 24 horas, cabendo aos Estados se estruturarem para cumprir tal medida.

Outra questão conflituosa é a da previsão de que, na imposição de medidas cautelares diversas da prisão, o juiz deverá consignar na ata da audiência, prazo para cumprimento e reavaliação da necessidade de manutenção. O ponto

¹⁰⁰ LIMA, Marcellus Polastri, 2016, **op. cit.**, p.214-215.

¹⁰¹ **Ibid.**, p.217.

controverso repousa sob o fato de que a legislação processual penal brasileira não estipula fixação de prazo para a revisão da medida cautelar. É como se o CNJ tivesse criado, contrariamente à Constituição Federal, regras de procedimentos a serem aplicadas pelos juízes criminais.¹⁰²

As controvérsias também giram em torno da regulamentação da utilização da monitoração eletrônica como medida cautelar pessoal. Nos moldes da Resolução 213, tal medida deve ser utilizada *como ultima ratio*, ou seja, quando todas as outras medidas não funcionarem ou se mostrarem inadequadas. Por ser mais restrita, somente poderá ser feita pelo juiz, seguindo o estabelecido na resolução. O art. 10 traz os requisitos:

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito 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, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.¹⁰³

Inicialmente, cumpre registrar que a crítica se faz a todas as hipóteses previstas nesse artigo para a utilização de monitoração eletrônica. Primeiro, se é possível conceder liberdade provisória sem utilizar-se da medida, falta o requisito da necessidade. Da mesma forma, a impossibilidade de monitoração eletrônica diante da aplicação de medida cautelar menos gravosa se apresenta como inútil diante da falta de adequação.¹⁰⁴

Outro ponto conflitante reside no fato de que se considera que o CNJ impôs uma obrigação ao Poder Executivo, deixando com este a atribuição de deslocar as pessoas a serem apresentadas à autoridade judiciária e a intimação do advogado

¹⁰² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**, p.125.

¹⁰³ Resolução 2013, **op.cit.**, art. 10.

¹⁰⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo, **op. cit.**,126.

para comparecer à audiência de custódia. Isso pode se extrair da leitura dos arts. 2º e 5º da Resolução:

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

Art. 5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia, consignando nos autos.¹⁰⁵

Ora, o conflito aqui repousa sob o fato de que o CNJ não pode criar obrigações por meio de atos administrativos. Os deveres hoje existentes decorrem de lei ou convênio firmados. Ademais, inegavelmente, a audiência de custódia gera despesas ao Poder Executivo, não podendo uma norma administrativa se impor dessa forma perante o Executivo Federal e dos Estados da Federação.

Ocorre que, contrariamente, há quem defenda que esse argumento é descabido, uma vez que a própria CADH, em seu art. 2º, determina que qualquer medida administrativa ou ainda que de natureza diversa, poderá ser utilizada para garantir a proteção dos direitos consagrados na Convenção.¹⁰⁶

Outro ponto polêmico, que não pode deixar de ser comentado, é a possibilidade de o delegado de polícia realizar a audiência de custódia, ou seja, o de preso ser conduzido para ser ouvido por ele. Tal divergência decorre do fato de que o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a expressão “ou outra autoridade autorizada por lei “, como apta a realizar o ato processual”.¹⁰⁷

A crítica que se faz é no sentido de que, apesar da expressão genérica quanto à autoridade, essa deve ser autorizada por lei a exercer funções judiciais. Fora que,

¹⁰⁵ Resolução 213 CNJ, **op. cit.**, arts. 2º e 5º.

¹⁰⁶ Art. 2: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. CADH, **op. cit.**

¹⁰⁷ PINTO, Ronaldo Batista. **Audiência de Custódia- Da indevida Equiparação do Delegado de Polícia ao Juiz de Direito para fins de Audiência de Custódia**. Revista Jurídica LEX, nº 76, Jul-Ago/2015, p. 394.

em alguns de seus julgados, a CIDH afirmou que a apresentação deve ser feita perante a autoridade judicial competente.¹⁰⁸

Favoravelmente, há quem argumente no sentido de que o delegado de polícia está autorizado por lei a exercer funções judiciais. Com isso, não se diz que tem o mesmo poder do juiz, mas o CPP faculta à autoridade de polícia algumas decisões judiciais, de cunho restritivo, como decretação de prisão em flagrante e de medida cautelar de liberdade provisória mediante fiança, além de ser a primeira autoridade a ter contato com o preso.¹⁰⁹

Não tirando o mérito da profissão de delegado de polícia, que, inclusive, por meio da Lei nº 12.830/2013, se reconhece a importância e a natureza jurídica da carreira, mas se fosse possível a realização da audiência pela autoridade de polícia, o contraditório e ampla defesa ficariam comprometidos, pelo simples fato de que, em eventual situação de violência para com o preso, sua apresentação ao delegado frustraria a finalidade da norma.

Ademais, a imparcialidade restaria completamente comprometida, pois é incompatível conceber que aquele que investiga e que prende, terá atribuição, de forma imparcial, a exercer esse controle da legalidade da prisão que ele mesmo decretou. Numa analogia esdrúxula, o absurdo é da mesma forma como se fosse atribuída a apresentação do preso ao Ministério Público, órgão acusador. Da mesma forma, a imparcialidade e independência estariam comprometidas.

A questão da audiência de custódia aplicada aos adolescentes também gera comentários, em que pese, na prática, seja estendida a eles. Isso ocorre porque o Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, prevê, em seu art. 171, a apresentação do adolescente nos casos de prisão por ordem judicial, não contemplando os casos de prisão em flagrante, o que já restringe a efetividade do direito à liberdade.¹¹⁰

¹⁰⁸ PINTO, Ronaldo Batista., **op. cit.**, p.395.

¹⁰⁹ NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Audiência de Custódia deve ser feita pelo Delegado de polícia**. 20 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em: jan 2018.

¹¹⁰ Art. 171: O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária. BRASIL, Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, jul 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: fev 2018.

Além disso, no art.175, prevê que o adolescente preso deverá ser encaminhado ao Ministério Público, violando, flagrantemente a CADH, uma vez que a apresentação deve ocorrer perante autoridade judicial, não ao órgão acusador.¹¹¹ Nessas circunstâncias, ser ouvido pelo promotor em vez do juiz, não é o mais adequado e suficiente para garantir a esses jovens seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, entende-se que deve aplicar integralmente a CADH, ampliando o direito à audiência de custódia a esses menores infratores, apresentando-os à autoridade judiciária, não ao Ministério Público, garantindo, assim, que serão ouvidos pelo juiz. Ademais, tal apresentação não deve se limitar apenas às prisões de ordem judicial, abarcando, também, os flagrantes.

Ora, a audiência de custódia é uma conquista de alcance internacional. Se visa consagrar e proteger direitos humanos, seria ilegal e abusivo deixar de fora de seu alcance os menores infratores. Por isso, não resta dúvidas da aplicabilidade desse direito aos adolescentes, visto que, a própria Resolução do CNJ, preceitua que TODA pessoa presa tem o direito à apresentação.¹¹²

Ademais, o menor deve sempre ter uma proteção especial por parte do ordenamento jurídico. Não se deve dar a ele um tratamento mais gravoso, cerceando a sua liberdade e expondo-o a uma realidade carcerária tão logo, reproduzindo ainda mais arbitrariedades.

Por fim, o último aspecto polêmico diz respeito à utilização de algemas na audiência de custódia. A Resolução 213 do CNJ, em seu art. 8º, II, estabelece que o juiz deve garantir que o preso não esteja algemado, salvo nas hipóteses de resistência ou receio de fuga, mesmo assim, devendo ser fundamentado por escrito.¹¹³

Isso se dá em respeito a Súmula Vinculante nº 11 do STF, que somente entende ser lícito o uso de algemas nessas situações de resistência, se houver possibilidade e receio de fuga e até mesmo por perigo à integridade física do preso

¹¹¹ Art. 175: 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. BRASIL, Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, **op.cit.**

¹¹² Resolução 2013, **op.cit.**, art.1º.

¹¹³ Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito. Resolução 213 CNJ, **op. cit.**, art. 8º, II.

ou de terceiros, devendo tal medida excepcional ser motivada por escrito. Não ocorrendo isso, pode haver a responsabilização do agente ou a nulidade da prisão.¹¹⁴

O conflito nesse ponto decorre de questão prática. Um estudo divulgado pelo Instituto de Defesa do Direito Defesa mostrou que o uso de algemas é constante nas audiências de custódia. Na maioria das vezes, os juízes que permitem a sua utilização, alegam a garantia da segurança dos presentes e a falta de efetivo policial.¹¹⁵

Ou seja, de forma equivocada e com fundamentação não amparada por legislação, essas autoridades acabam por permitir o cerceamento de um direito garantido expressamente ao conduzido, expondo-o ao constrangimento, portanto, ferindo a sua imagem.

Posto isto, a grande percepção do estudo do instituto processual da audiência de custódia, sua relação com os direitos humanos, a implementação no ordenamento jurídico brasileiro e suas questões controversas, é a de que, inegavelmente, representa um avanço no nosso Direito Processual Penal.

Em que pese a regulamentação tardia e a ausência ainda de legislação federal sobre o tema, o mencionado ato processual permite a materialização de garantias e direitos fundamentais. Permite um respeito maior à dignidade da pessoa humana e ao direito de ir e vir do outro, humanizando, dessa forma, o Processo Penal brasileiro.

Desse modo, é difícil se colocar desfavoravelmente à aplicabilidade do instituto na prática criminal. Ser contrário à audiência de custódia é negar a recepção aos direitos humanos; é não se mostrar atento às problemáticas que envolvem uma prisão; é tirar do outro a possibilidade de ser ouvido e compreendido.

¹¹⁴ Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Súmula nº 11, STF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: fev 2018.

¹¹⁵ CONJUR. **Algemas e Polícia são presença constante em audiências de custódia**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/algemas-policia-sao-constantas-audiencia-custodia-iddd>>. Acesso em: fev 2018.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL.

É certo que o Direito, além de instrumento de poder, é mecanismo de controle social. Para que haja o mínimo de convivência, se fazem necessárias normas para regular os comportamentos sociais. Assim, o Estado, detentor do poder soberano, é o responsável por estabelecer essas regras. Por meio das normas, ele regula a conduta dos indivíduos para equilibrar as relações sociais¹¹⁶

Assim, havendo infração à essas regras de conduta, nasce para o Estado o poder-dever de punir, o *jus puniendi*. Esse poder se fundamenta na necessidade de garantia da ordem pública e pelo reestabelecimento da ordem anteriormente vigente, evitando um estágio primitivo, onde o próprio particular faz a justiça com as próprias mãos.

Como já mencionado em capítulo anterior, existe no país uma expectativa muito grande da sociedade em relação ao “pagar” pelo crime cometido. Diversas vezes, deparamo-nos com a expressão “bandido bom é bandido morto”. Isso confirma, portanto, o perfil da nossa sociedade, que é eminentemente punitivista.

Indiscutivelmente, a garantia de ordem e segurança pública precisam ser garantidas pelo Estado. Mas, deve-se frisar que não se deve utilizar de “vale-tudo” para que o sentimento de injustiça não recaia sobre a sociedade. Se assim fosse, não seria necessário um legislador constituinte consagrar na Constituição mais garantista do país, direitos e garantias fundamentais.

Além de ser uma proteção á liberdade individual e demais direitos fundamentais, o Garantismo Penal, sem que se transforme numa religião, representa uma forma de limitar e conter o poder estatal. A teoria Garantista, que defende a proteção e o respeito as normas e direitos fundamentais positivados no ordenamento, representa o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade.¹¹⁷ .

O que ocorre, então, é que diante da insegurança e do sentimento de impunidade, os setores sociais acabam por clamar um direito penal mais duro e

¹¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.23.

¹¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2013, p.31-33.

enrijecido, criticando-se, por vezes, a atuação atinente aos direitos humanos. De toda essa indignação, nasce uma sociedade com uma lógica punitivista, onde o cárcere ganha força.

Não se pode esquecer, também, da espetacularização do Processo Penal. O sensacionalismo midiático, já em sede de investigação preliminar, interfere na opinião social: primeiramente, na medida em que maximiza a situação, aumenta o temor social; segundo, faz uma análise simplista da estrutura social díspare e caótica, ignorando a importância das políticas públicas e focando apenas em uma das formas de intervenção estatal, que é a punitiva.¹¹⁸

Diariamente, assistimos à degeneração do Processo Penal. Cada delito gera curiosidade, anseio pelas informações, testemunhas são pressionadas, advogados questionados pela mídia. O acusado, previamente concebido como culpado, não tem sua imagem sequer resguardada. Pelo menos, não aqueles que pertencem a uma categoria social menos privilegiada.¹¹⁹

Como reflexo dessa cultura do encarceramento, acabamos por ter superlotação carcerária, carecendo de uma estrutura mínima que garanta a dignidade da pessoa presa. Dados recentes divulgados pelo site Conjur, mostram que o Brasil tem a 3º maior população carcerária do mundo, ultrapassando 726.712 presos, sendo que desses, 40% são provisórios, ou seja, ainda sem condenação penal.¹²⁰

Nesse sentido, em 2015, o CNJ regulamentou a audiência de custódia no Brasil, para que fosse aplicada de imediato pelos Tribunais da Federação. Como já explicado no capítulo anterior, por meio dela, se permite que o preso seja conduzido à autoridade judicial competente, no prazo de 24 horas, a contar da prisão, para que analise a legalidade da prisão, decidindo pela sua manutenção ou aplicação de medida cautelar diversa. Isso é confirmado pelo art. 8º, § 1º da Resolução:

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, volume II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.122.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Conan, 1995, p.22

¹²⁰Revista Consultor Jurídico. **Brasil tem a 3º maior população carcerária do mundo, com 726.712 presos**. 8 de dezembro de 2017. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em : fev 2018.

dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa. (...) ¹²¹

Ou seja, é nessa audiência, ouvindo o preso, que o juiz terá a possibilidade de analisar o caso concreto e decidir se a manutenção da prisão é razoável e necessária, podendo relaxar a prisão ou conceder a liberdade provisória, aplicando ou não medida cautelar. É nesse ato que a autoridade judicial terá a oportunidade de combater a continuação de um indivíduo no cárcere.

Ora, em que pese o instituto ser de recente aplicação no país e precisar de uma compreensão prática ainda maior, esse momento processual, em que o preso é ouvido frente ao juiz, que analisa as circunstâncias e a real necessidade de se manter o indivíduo preso, representa um grande avanço na efetivação do respeito à liberdade individual, sem contar que já representa um grande passo na caminhada contra a lógica carcerária da sociedade.

Dados divulgados pelo CNJ, no ano de 2016 a 2017, mostram que do total de audiências de custódia realizadas, 44,68% resultaram em liberdade provisória. Desse resultado, decorrem duas interpretações: a primeira, é a de que ainda se opta mais pela manutenção da prisão do que pela soltura; a segunda, contudo, é a de que isso já representa um avanço no quadro, que aumenta a possibilidade de um garantismo penal em sede preliminar e que seria de difícil alcance se não houvesse esse instituto. ¹²²

Assim, o que se extrai dos dados divulgados, é que a implementação da audiência de custódia, em que pese a variação quantitativa entre concessão de liberdade provisória e prisão preventiva, inegavelmente, se mostra como um instrumento apto a coibir o cerceamento da liberdade do indivíduo. Por meio dela, se possibilita reduzir o quadro de abusos e ilegalidades que assolam o sistema penal.

¹²¹ Resolução 213 CNJ, **op. cit.**, art. 8º, § 1.

¹²² CNJ. **Sistema Carcerário e Execução Penal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: jan 2018.

Com isso, não se negam os problemas nem que precisamos avançar ainda. Mas, é preciso reconhecer que, esse contato com o juiz após a prisão, aumenta a possibilidade de uma eventual concessão de liberdade, o que dificilmente ocorreria sem esse momento processual. A audiência de custódia, assim, serve para o ordenamento jurídico como uma barreira à reprodução da cultura do encarceramento.

3.1 A SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO DE MASSA.

Como já citado em tópico anterior, o Brasil hoje abriga a 3º maior população carcerária do mundo. Inegavelmente, esses dados apenas corroboram que a nossa sociedade apresenta uma tendência punitivista. Melhor, nosso Estado propaga esse tipo de política criminal: punitiva, excludente, carcerária.

Diante do quadro de superlotação carcerária enfrentado pelo Brasil, não é errado afirmar que o Estado intervém de forma violenta na vida dos administrados, propagando medo e aplicação indiscriminada da pena de prisão. Se em tese, a doutrina coloca o Direito Penal como sendo a *ultima ratio*, na sociedade atual, o que se vê é que ele é colocado como a *prima ratio* de quase todos os conflitos sociais.¹²³

Ou seja, o Direito Penal não tem sido utilizado de forma subsidiária. Tem-se propagado mais segregação e restrição de liberdade. Como consequência desse perfil punitivista, temos o aumento brusco do número de detentos, que, diante da ausência de estrutura estatal, são submetidos a situações degradantes e violadoras da dignidade da pessoa humana.

O que se constata é que esse perfil punitivista não é um absurdo recente. Durante todo o século XVIII, na prática penal, percebe-se a força do poder de castigar. O pensamento sempre foi: deve-se punir mais; deve-se punir melhor; punir com uma severidade mais efetiva. Na Antiguidade e Idade Média, contudo, o aprisionamento não tinha essa função de sanção penal. Basicamente, nessa época, a prisão era o local onde se aguardava o julgamento.¹²⁴

¹²³ PASTANA, Regina Débora. **Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2009, p.315.

¹²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p.102.

Ocorre que, numa análise mais profunda, esse problema no sistema carcerário decorre de uma desunião, desarmonia entre os Poderes Estatais. A culpa não é de um único poder. Cada um tem sua parcela. Dessa forma, o Poder Legislativo contribui com o problema na medida em que cria mais tipos penais, ou seja, quando criminaliza mais condutas.¹²⁵

No mesmo sentido, o Poder Judiciário, diante de um quadro sensível de impunidade por parte da sociedade, se vê pressionado a produzir, em escala industrial, inúmeras sentenças condenatórias. Além disso, há a inércia do Poder Executivo quanto ao problema da superlotação, que é cercada de motivos.¹²⁶

Entre alguns desses fatores, encontramos o elevado custo que a construção de novos estabelecimentos prisionais acarretaria, a desmotivação e o desinteresse político. Não é interesse do Estado investir milhões na melhoria da estrutura dos presídios do país. Tudo isso associado e aliado à lógica de punir e prender, faz com que tenhamos essa precariedade no sistema carcerário.

Os dados do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) divulgados em dezembro de 2017, mostram que o sistema prisional brasileiro tem 368.049 vagas, o que equivaleria a dois presos para cada vaga na penitenciária, ou seja, extrapola-se o número de presos frente a capacidade prisional. Na prática, o que se vê é a degradação humana, por vezes, com mais de dez presos nas celas, confirmando que a lógica do punir por punir ou punir sem as mínimas condições não educa nem ressocializa, pior, ainda pode agravar o quadro de criminalidade e reincidência.¹²⁷

Isso é confirmado, também, pelos dados divulgados pelo Ministério da Justiça, em dezembro de 2017, que apontam que o país atualmente tem uma taxa de superlotação de 197,4%, número gritante. A grosso modo, isso quer dizer que existe no país quase o dobro de detentos em relação ao número de vagas ofertadas.¹²⁸

¹²⁵ AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Superlotação do Cárcere: Um problema para o Estado?** Revista do Curso de Direito da Unifacs, p.12

¹²⁶ AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de, **op. cit.**, p. 13.

¹²⁷ VERDÉLIO, **Andreia. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: fev 2018.

¹²⁸ Cadeias brasileiras superam limite de superlotação estipulado pelo Ministério da Justiça. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/09/superlotacao-nas-cadeias-violou-resolucao-de-conselho-do-ministerio-da-justica.htm>>. Acesso em: fev 2018.

O ente público, então, tem sua parcela de culpa, juntamente com o Judiciário e o Ministério Público, esse último, que deve atuar diante da violação a direitos transindividuais e coletivos. Se o Estado enxerga no cárcere a melhor forma de reeducar, ainda que não concordemos com isso, é incontestável que ele deve oferecer estrutura para isso e não amontoar o dobro da capacidade de pessoas nos presídios.

Foucault não estava de todo errado quando disse que a superlotação faz parte da história do sucesso do cárcere. É como se o Estado desse à sociedade uma resposta no sentido de que está fazendo sua parte, punindo os infratores e criminosos, propagando, também, a falsa ideia de segurança pública e equilíbrio nas relações sociais.¹²⁹

Observa-se, então, que o Direito Penal acaba ganhando força legitimadora para perpetuar essa violência que é o aprisionamento em massa, e que atinge, principalmente, às minorias, aos grupos que tem seus direitos desrespeitados frequentemente. O Estado se utiliza dele pra legitimar seu caráter punitivo.¹³⁰

Disso, decorre a superpopulação carcerária nos presídios do país, com os problemas mais severos, como a ofensa a direitos básicos, falta de políticas públicas, entre outros. A pena não consegue, então, cumprir a finalidade da ressocialização, evitar que futuramente o indivíduo cometa novo crime. O sistema não tem prepara para isso.

Com isso, não está se defendendo aqui que a criação de novos estabelecimentos penais seja a solução. Pelo contrário, há outras formas de punir, como a pena restritiva de direitos, regime aberto, a pena de multa, etc.¹³¹ Mas, enquanto não nos desapegarmos dessa lógica punitivista, que pelo menos se ofereça uma estrutura mais digna aos encarcerados.

Temos uma fábrica de sentença e indústria de prisões. O ideal seria a descriminalização de alguns delitos, colocando o Direito Penal apenas como a *ultima ratio*.¹³² Há que se perceber que a proliferação de mais presídios não gera mais segurança e equilíbrio nas relações sociais. Apenas dá uma falsa impressão de que

¹²⁹ FOUCALT, Michel, **op cit.**, p. 104.

¹³⁰ MASI, Carlo Velho, **op.cit.**, p. 112.

¹³¹ AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de, **op.cit.**, p.15.

¹³² AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de, **op.cit.**, p. 16.

o Estado atua fortemente na repressão ao crime, diminuindo, utopicamente, a sensação de impunidade.

Posto isto, e, diante da análise dos dados apresentados, não resta dúvidas de que essa cultura do encarceramento, alimentada como a única forma de despertar no criminoso a culpa e sofrimento, não traz benefícios à sociedade. Apenas mascara o problema grave por detrás, que é de responsabilidade maior do Poder Público: investir na educação, no aspecto preventivo, na ressocialização e em outras formas de pena.

Ademais, a aplicabilidade correta da audiência de custódia pode ajudar a reduzir, de forma significativa, esse quadro de superlotação e a pôr um freio nesse sentimento de que, pelo fato de a pessoa estar sendo investigada ou por ter sido pega em flagrante, ela é sumariamente culpada e, por tal motivo, deve ser mantida presa.

3.2 PRISÕES ILEGAIS E SELETIVIDADE PENAL

Como já dito, o Direito é um instrumento de controle social. Por meio da criação de normas de conduta, o Estado consegue estabelecer equilíbrio nas relações sociais. O problema ocorre quando algum indivíduo da comunidade infringe uma dessas normas e comete um delito. Aí nasce para o Poder Público o poder-dever de punir, repudiando o ato criminoso.

Assim, temos o Direito Penal, que visa tutelar os bens jurídicos tidos como mais relevantes, a exemplo, liberdade, vida, honra, integridade física, dentre outros. Basicamente, consiste num conjunto de leis que expressam as normas que protegem esses bens jurídicos. Em caso de transgressão, determina-se uma sanção repressiva como forma de inibir que o sujeito venha a praticar novos delitos.¹³³

Daí, vem as sanções estabelecidas pela lei para o delituoso. No Código Penal Brasileiro atual, há três tipos de penas: privativa de liberdade, restritiva de direitos e pena de multa.¹³⁴ A primeira, que é o foco do tópico, é a que leva ao cárcere. É ela que restringe, de forma mais severa, o direito de ir e vir.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.83.

¹³⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, dez 1940, arts. 33,43 e 49.

Cumprido ressaltar, contudo, que o instituto das prisões não é de existência recente. Na Idade Antiga e Média havia o cárcere, só que era o local onde os condenados eram custodiados até sofrerem as punições. Na Idade Moderna, essa ideia ainda continuou usando as prisões como local de espera da aplicação do castigo.¹³⁵

No século XVIII, houve uma ressignificação da prisão decorrente do iluminismo e das dificuldades da época. Assim, a pena de morte e o suplício não correspondiam mais às expectativas da sociedade e da justiça, fazendo surgir a pena privativa de liberdade, como uma nova forma de controle social. Nesse período, houve muitas críticas às penas desumanas que eram utilizadas.¹³⁶ Foucault explicou:

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e, entretanto, ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado.¹³⁷

Ou seja, o modelo e finalidade das prisões até então vigentes foram alteradas a partir do século XVIII, deixando de ser um mero local de espera de castigo para ser um estabelecimento público em que se dá a privação da liberdade do sujeito que cometeu o delito.

Feita essa linha do tempo das prisões, em se tratando de dias atuais, num contexto de sociedade altamente punitivista, a prisão tem sido vista como a regra, diante de algum conflito. A própria influência da mídia, que espetaculariza o Processo Penal, faz nascer na sociedade um sentimento de revolta, impunidade e necessidade de prisão.

Assim, por inúmeras vezes, essa lógica prisional extrapola os limites, desencadeando prisões ilegais e abusivas. A prisão, portanto, deixa de ser a exceção, utilizada somente quando efetivamente necessária e legal, passando a ser a regra. Nesse sentido, Aury Lopes explica que “A prisão para garantia da ordem pública (ou

¹³⁵ FOUCAULT, Michel, **op cit.**, p.68.

¹³⁶ **Ibid.**, p. 69.

¹³⁷ **Ibid.**, p. 70.

econômica) serve a qualquer senhor, mas não serve para um processo penal democrático e constitucional.¹³⁸

A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXI, garante que ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem motivada do juiz competente, ressalvada algumas hipóteses. Ou seja, a prisão tem sua aplicabilidade mais restrita, ocorrendo somente nas hipóteses expressas.¹³⁹

No mesmo sentido, nas hipóteses de prisão cautelar (prisão temporária e preventiva), deve-se respeitar a base principiológica desse tipo de medida. Alguns aspectos devem ser respeitados na opção por uma medida cautelar, sendo eles: a jurisdicionalidade e motivação.¹⁴⁰

Isso quer dizer que toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decreta por ordem judicial fundamentada. A provisionalidade também deve ser observada. Ou seja, é uma medida situacional, pontual. Cessando o fato que justificou a medida, deve cessar a prisão também.¹⁴¹

Há, também, a excepcionalidade, que decorre do fato de que esse tipo de prisão deve ser o último mecanismo utilizado, não a primeira opção. Por fim, tem-se a proporcionalidade. Por meio dela, o juiz deverá ponderar a medida imposta de acordo com a gravidade da situação. É um juízo de necessidade e adequação, de modo que a medida não deve exceder o suficiente para alcançar a finalidade que se almeja.¹⁴²

Nota-se, então, que a prisão, seja ela cautelar ou não, deve respeitar sempre aquilo que vem a ser a excepcionalidade. Além de motivação para a sua decretação, é imperioso observar se não há outros meios de se atingir a finalidade almejada, sob pena de configurar uma prisão ilegal e abusiva, que gera o relaxamento.

Quanto à prisão em flagrante, que é o que mais interessa no que toca à audiência de custódia, como as demais formas de prisão, deve respeitar a ideia de excepcionalidade. Isso quer dizer que só deve ocorrer de fato se estiver dentro das

¹³⁸ LOPES, JR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.15.

¹³⁹ Art, 5º, LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, op. cit.**

¹⁴⁰ LOPES, JR, Aury, **op. cit.**, p.32.

¹⁴¹ **Ibid.**, p. 42-43.

¹⁴² **Ibid.**, p.45-47.

hipóteses do art. 302 do CPP, que consagra a visibilidade do delito, ou seja, quando o *fumus comissi delicti* é inequívoco.¹⁴³

O CPP, em que pese não trate da audiência de custódia, traz, em seu art. 310, o posicionamento que o juiz deve adotar diante da prisão em flagrante: relaxar a prisão, se ilegal; converter em preventiva, se presente os requisitos do art. 312 ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.¹⁴⁴

A Resolução 213 do CNJ, que regulamenta a audiência de custódia, assegura que o preso deve ser apresentado ao juiz para que esse decida acerca da legalidade ou necessidade da manutenção da prisão.¹⁴⁵ Por meio desse controle de convencionalidade, o juiz, percebendo que há ilegalidade na prisão, pode e deve relaxá-la. Isso é confirmado, inclusive, pelo texto constitucional, em seu art. 5º.¹⁴⁶

Ademais, em que pese o art. 5º, LXXV da Constituição Federal, tenha previsto a indenização nos casos de condenação errada ou pelo fato de o preso ficar detido além do tempo fixado em sentença, não se pode ficar restrito à literalidade do dispositivo.¹⁴⁷

A prisão, por si só, é uma violência. Assim, diante dessa injustiça por uma prisão ilegal ou abusiva, entende-se que é cabível a responsabilidade do Estado decorrente de erro judiciário. Ou seja, não se pode limitar apenas à fase de sentença condenatória. Deve-se aplicar, também, no caso das demais prisões.¹⁴⁸

Dito isto, resta claro que a audiência de custódia, em razão do controle de convencionalidade por parte da autoridade judicial, se coloca como uma ferramenta fortemente capaz de inibir prisões ilegais, relaxando-a. Ao atuar nesse combate contra abusos e ilegalidades, por consequência, ela acaba por frear essa lógica carcerária, respeitando, inicialmente, o direito à liberdade.

¹⁴³ LOPES, JR, Aury, **op. cit.**, p.50.

¹⁴⁴ 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. BRASIL, Decreto-Lei nº 3689, **op. cit.**, art. 310.

¹⁴⁵ Resolução 213 CNJ, **op. cit.**, art 1º.

¹⁴⁶ Art. 5º, LXV: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, op.cit.**

¹⁴⁷ FILHO, Rafael Ribeiro Nogueira. **Responsabilidade Civil do Estado por Prisões Provisórias Injustas**. Revista Jurídica dos Formandos da UFBA, vol.4. Bahia, 1998, p.468-469.

¹⁴⁸ FILHO, Rafael Ribeiro Nogueira, **op. cit.**, p. 470.

Já não basta o abuso e as ilegalidades no que toca as prisões, é preciso falar acerca do caráter seletivo do direito penal. Essa seletividade decorre do fato de que o Direito Penal não pune de forma igualitária. Há aqueles com maior propensão de ser atingido. Pode-se dizer que essa seleção ocorre de duas etapas: a criminalização primária e a secundária. A primária é o ato solene de elaboração e aprovação da lei, visando incriminar e punir, exercida pelos parlamentares. Ressalva-se que, nesse momento, a seleção das condutas criminosas e dos bens tutelados não se dá por um fenômeno natural, mas sim de acordo com os valores presentes na sociedade.¹⁴⁹

A secundária, por outro turno, seria a aplicação e efetividade dessas normas sancionadoras, realizada pelo Poder Judiciário, Polícias, Ministério Público e Administração Prisional.¹⁵⁰ É nesse momento de cumprimento das normas que a seletividade se exalta, pois é aqui que a ação punitiva recai sobre determinadas pessoas; escolhe-se, na prática, sobre quem recairá a punição.

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato.¹⁵¹ A criminalização está intimamente ligada a estratos sociais. Dessa forma, os mais vulneráveis se mostram mais aptos a sofrerem o impacto penal dessa seletividade. Isso é corroborado pelas posturas denunciadas pelo país afora, referente ao modo das abordagens policiais, as prisões e o perfil de condenados na nossa justiça.

Essa seleção criminalizante secundária, pautada em estereótipos, determina todo o modo de operar do sistema penal: pouca força para combater os crimes de poder econômico (conhecidos como crime de colarinho branco) e forte repressão aos crimes patrimoniais, por exemplo, praticados, em sua maioria, pelas classes menos privilegiadas, principais alvos de etiquetamento e criminalização.

Assim, pobres, negros e mulheres são alvos fáceis dessa política criminal de cunho seletista. Por outro lado, os detentores de poder, que apresentam outro tipo de estereótipo, acabam ficando mais afastados da possibilidade de punição, ainda que, na maioria das vezes, cometam crimes que levam a danos de dimensões coletivas.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro** – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 43.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al, **op.cit.**, p.44.

¹⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.176.

A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo.¹⁵²

Ou seja, quanto mais o indivíduo se encontra a margem da sociedade, seja por questões de escolaridade, raça, condição socioeconômica, mais vulnerável ele se encontra perante o poder punitivo estatal. Opostamente, aqueles que se encontram numa camada social privilegiada, estão mais distantes dessa criminalização. Isso pode ser confirmado pela leitura abaixo:

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupados, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status do criminoso é atribuído.¹⁵³

O Sistema Penal, então, de forma falaciosa, se apresenta como justo, igualitário, mas é altamente excludente e discriminador, ferindo, portanto, preceitos constitucionais. A lei somente alcança e pune os oprimidos e vulneráveis. Dados do Depen, inclusive, confirmam isso, ao constatar que, da população carcerária, a maioria é composta por negros, jovens, pobres e de baixa escolaridade.¹⁵⁴

Em sede de Bahia, por exemplo, dados revelam que, na realização das audiências de custódia, se observa que, dos crimes cometidos, 67,36% são por

¹⁵² CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 – 652, jul./dez. 2015.

¹⁵³ BARATTA, Alessandro, **op.cit.**, p. 165.

¹⁵⁴ Levantamento aponta que a maioria dos presos no Brasil são jovens, negros e pobres. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2015/06/23/interna_nacional,661171/levantamento-aponta-que-maioria-dos-presos-no-brasil-sao-jovens-negro.shtml>. Acesso em: fev 2018.

negros, o que corrobora a relação intrínseca existente entre vulnerabilidade socioeconômica e o sistema de justiça penal.¹⁵⁵

Nesse mesmo sentido, nas decisões proferidas em sede de audiência de custódia, observa-se que as pessoas brancas ficaram presas em 49,9% dos casos e receberam liberdade provisória em 41%. Por outro lado, entre os negros, a prisão foi mantida em 55,5% das vezes e relaxada em 35,2%.¹⁵⁶

Constata-se que o processo de criminalização secundária é agressivo na seletividade punitiva, expondo, com facilidade muito maior, negros e pobres. A preocupação dessa atuação seleta repousa sob o fato de que o *jus puniendi* não deve ser ditado pelos estereótipos sociais presentes na sociedade. O bem a ser tutelado pela seara penal é de tamanha relevância que, necessariamente, sua proteção deve ser despida de qualquer tipo de preconceito.

Ou seja, esses perfis sociais, que estão mais expostos à vulnerabilidade, causada pela própria situação de vida em que se encontram, possibilita, com maior facilidade, a atuação punitiva estatal. Por outro lado, aqueles crimes tidos como de colarinho branco, cometidos, normalmente, por pessoas mais abastadas, recebem outro tipo de tratamento, punidos com menor severidade. O sistema penal, então, se alimenta dessas desigualdades na hora de punir.

Isso tudo faz perceber, também, que a ideia Direito Penal do inimigo é presente no contexto em que vivemos. Ou seja, aqueles que violam a lei devem ser expurgados da sociedade; são tidos como inimigos e, como tal, são tratados como perigosos, sendo-lhes negada, por diversas vezes, a condição de pessoa.¹⁵⁷

Obviamente, essa ideia de inimigo vai totalmente de encontro a lógica de um Estado Democrático de Direito, onde ninguém deve ser discriminado por nenhum tipo de condição ou ter um tratamento que fira a dignidade da pessoa humana ou qualquer outro valor fundamental inerente à condição humana.

Esse controle social feito pelo sistema penal, de cunho altamente excludente e discriminatório, apenas pune com maior efetividade àqueles marginalizados pela

¹⁵⁵ PRADO, Daniel Nicory do, **op.cit.**, p.74.

¹⁵⁶ Em audiência de Custódia, flagrante pesa mais que violência do crime. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/audiencia-custodia-flagrante-pesa-violencia-crime>> Acesso em: fev 2018.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.18.

sociedade, reproduzindo o estigma de “mau e perigoso” aos mais vulneráveis, tirando o foco, na maioria das vezes, de crimes com consequências danosas coletivas, apenas pelo fato de terem sido cometidos pelos perfis sociais protegidos e vitimizados.

Diante de todo o exposto, então, resta claro que esse caráter seletivo do Direito Penal, de punir de forma mais efetiva os vulneráveis socialmente, deixando de lado os crimes cometidos pelos detentores de poder econômico ou de tom de pele privilegiado, corrobora para esse quadro de cárcere que temos hoje, com a superlotação carcerária de negros e pobres e a consequente ofensa à seus direitos mínimos.

3.3 O IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CENÁRIO CARCERÁRIO BRASILEIRO

Como já exposto ao longo dos tópicos anteriores, diante dos dados divulgados quanto ao total de presos no Brasil, existem no país uma forte cultura do encarceramento. A sociedade enxerga na prisão a forma mais efetiva de punição dentre todas as outras.

Nesse sentido, com a incorporação da audiência de custódia no país, apesar dos problemas prático e da cultura prisional enraizada, inegavelmente, já se representa um passo para a quebra desse paradigma. Caberá as autoridades judiciais, aplicadoras do Direito, dar a audiência de custódia o tratamento que lhe é devido.

Conforme dados trazidos em momento antecedente, desde o início da implantação das audiências de custódia no país, a maioria das decisões dadas pelos juízos resultou em decretação de prisão preventiva, chegando a 55,32%, sendo que 44, 68% levou a liberdade provisória.¹⁵⁸

Obviamente, esses dados corroboram toda essa cultura de encarceramento que foi exposta até aqui. Isso denota, também, uma flagrante necessidade de

¹⁵⁸ CNJ. **Sistema Carcerário e Execução Penal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: jan 2018

mudança de postura por parte de alguns operadores do Direito. Ora, se eles mesmos propagam esse tipo de lógica, difícil será a modificação do sistema nesse sentido. Eles, com o poder de decisão, têm total potencialidade para começar a reverter esse quadro.

Quando se faz a análise desses dados a nível estadual, a situação varia e muito. Na Bahia, por exemplo, das audiências realizadas, 61,25% resultaram em liberdade provisória e 38,75% foram convertidas em prisão preventiva. No Mato Grosso, 56,28% das audiências resultaram em liberdade provisória e 43,72% em prisão preventiva.¹⁵⁹

Por outro lado, de forma completamente antagônica, o Estado do Rio Grande do Sul tende mais a decretação da prisão preventiva do que a liberdade provisória. Da leitura dos dados, apenas 15,17% das audiências resultaram em liberdade provisória, sendo que 84,83% levaram a prisão preventiva.¹⁶⁰

Desses dois quadros antagônicos entre esses estados, se evidencia que, ainda que timidamente, a audiência de custódia tem potencial para barrar a perpetuação da lógica carcerária que permeia nosso ordenamento jurídico. O que falta mesmo é a mudança de postura e ideologia por parte das autoridades judiciais e da sociedade civil com um todo. Esses dados reforçam a necessidade de continuação da mudança, mas já deixam como ponto positivo que alguns já incorporaram o real sentido desse instituto processual.

Na Bahia, quanto ao crime, se observa que os que mais levam a decretação da preventiva são latrocínio, homicídio e tráfico de drogas. No primeiro, 100% resultou em prisão preventiva, ou seja, a totalidade dos casos. Seguindo, tem-se o homicídio, que resultou em um número menor de prisão preventiva, correspondendo a 89,47%. Por fim, o tráfico de drogas, com 71,75% dos casos com a conversão da prisão em preventiva¹⁶¹

Aqui se constata que o resultado da audiência pode variar de acordo com o tipo de crime em questão. Nos crimes que envolvem violência, na maioria das vezes, a autoridade opta pela manutenção da prisão. No caso do tráfico, devido ao caráter

¹⁵⁹CNJ. Sistema Carcerário e Execução Penal, **op. cit.**

¹⁶⁰ **Ibid.**

¹⁶¹ PRADO, Daniel Nicory do, **op. cit.**, p. 59

criminalizador da política proibicionista ainda ser intenso, o índice de conversão em prisão preventiva ainda é alto.

Outro ponto importante que se observa é que a vida pregressa influencia no resultado da audiência de custódia. Na Bahia, dentre os que eram primários, 57,92% tiveram a prisão preventiva decretada. Em se tratando de reincidentes, esse número subiu significativamente para 73,33%.¹⁶²

Em sede nacional, esses dados não variam muito. Dados divulgados pelo CNJ em janeiro desse ano, mostram que dos detidos, seguiram presos 65,4% dos reincidentes. Já para aquelas que não tinham registro anterior, 37,3% continuaram presos.¹⁶³

Inegavelmente, mediante a análise desses dados, se observa que a audiência de custódia tem funcionado como um filtro capaz de reduzir a entrada de autores primários no sistema penal. Ou seja, o preso com antecedentes pode esperar com maior chance de certeza uma decisão desfavorável do que aquele sem antecedentes.

Outro aspecto observado nesse estudo do CNJ é que, nas decisões das audiências de custódia, pesa mais o fato de a prisão ter sido em flagrante ou não do que a violência em si do crime. Assim, na amostra, 54% dos presos em flagrante tiveram a prisão convertida em preventiva. Dos casos violentos, 34,8 % tiveram a prisão preventiva. Na mesma linha, 86,8% das detenções por roubo transformaram-se em prisões preventivas, enquanto que 75% dos suspeitos tiveram prisões provisórias.¹⁶⁴

Esses dados referentes ao peso da prisão em flagrante só fazem deixar um alerta para a necessidade de se analisar a adequação da prisão em sede de audiência de custódia. Ainda se perpetua a ideia de liberdade como exceção, ainda mais diante de uma situação de flagrante, como se fosse uma culpa sumária. Outro ponto constatado é a manutenção da regra da prisão para crimes patrimoniais e de drogas.

Por fim, outro dado de extrema relevância e que corrobora o caráter seletivo do sistema penal é a filtragem racial na decisão da autoridade judicial. Pessoas brancas ficaram presas em 49,9% dos casos e receberam liberdade provisória em 41%. Por

¹⁶² **Ibid.**, p 63.

¹⁶³ Em audiência de Custódia, flagrante pesa mais que violência do crime, **op.cit.**

¹⁶⁴ CNJ. **Sistema Carcerário e Execução Penal**, **op.cit.**

outro lado, entre os negros, a prisão foi mantida em 55,5% das vezes e relaxada em 35,2%.¹⁶⁵

Essa amostragem evidencia a filtragem racial que é feita já na audiência de custódia, decorrente de um sistema penal seletivo e discriminatório. Os próprios defensores e aplicadores do Direito, no momento em que deveriam embarreirar a perpetuação dessa injustiça social, acabam por propagá-la ainda mais.

Todos esses dados aqui apresentados mostram como a implementação da audiência de custódia tem repercutido no cenário brasileiro. Apesar das variações quanto ao número de manutenção da prisão e concessão de liberdade, preponderando, na maioria das vezes, a primeira opção, esse ato processual já se revela como um avanço para o Processo Penal.

Por outro lado, há que se enfrentar os problemas práticos, frutos de uma lógica punitivista e seletiva que domina o sistema penal e alguns operadores do Direito. Esses dados revelam, de um modo ou de outro, que para a audiência de custódia ser mais efetiva, será preciso uma mudança de mentalidade e postura no que toca a ideia de justiça social, a ser iniciada, principalmente, pelos próprios aplicadores do Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, deve-se observar o respeito aos direitos e garantias fundamentais, compatibilizando-os num juízo de proporcionalidade. Desta forma, se há a possibilidade de aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão, ela deve ser preferida sim, sob pena de grave exposição e conseqüente cerceamento do direito individual à liberdade.

É preciso, portanto, se despir do equivocado pensamento que a prisão é a melhor forma de sanção e deve ser decretada como primeira opção. Analisar o caso concreto e se valer de outra medida, quando possível, já é um grande passo para a desconstituição dessa lógica punitivista. No mesmo sentido, é necessário rever a questão da discriminação social e racial que é flagrantemente presente nas decisões, ainda que implicitamente.

Uma mudança nesse sentido já representaria um avanço no combate a um sistema penal desigual e excludente. Ademais, se melhorado todos os pontos criticados aqui, ficaremos ainda mais próximo de um direito processual mais humano,

¹⁶⁵ Em audiência de Custódia, flagrante pesa mais que violência do crime, **op.cit.**

desgarrado de todo e qualquer tipo de estereótipo social, apenas levando em conta o que realmente é relevante, que é a proteção do direito à liberdade do indivíduo, seja ele quem for.

Dito isto, fica claro que o ato processual da audiência de custódia, ainda que de forma tímida nesse primeiro momento, visto que é de recente incorporação no ordenamento jurídico pátrio, tem potencial, se bem aplicado, para funcionar como um instrumento processual penal humanizador, onde a autoridade judicial tem em suas mãos, a chance de preservar a liberdade de um indivíduo, sem fazer análise e julgamento pautados em cor ou classe socioeconômica, mas apenas se atendo ao que importa de fato: analisar a legalidade e as circunstâncias da prisão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de toda a exposição e discussão do conteúdo, inegavelmente, fica a constatação de que o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito e signatário de Tratados Internacionais que versam sobre temas relacionados à proteção aos direitos humanos, demorou e muito na regulamentação da audiência de custódia.

Hoje, no ordenamento jurídico pátrio, o que se tem a título de regulamentação e procedimento é a Resolução 213 do CNJ. Há o Projeto de Lei 6.620/1016 tramitando na Câmara dos Deputados, mas não há muitos avanços em relação a ele ainda. Por isso, por enquanto e por período indeterminado, ainda continuaremos apenas com um ato administrativo tratando do tema. Espera-se logo uma legislação federal, que regulamente o instituto a título nacional.

Ocorre que, em que pese a regulamentação tardia, a implementação desse momento processual no processo penal brasileiro já representa uma grande preocupação do país em se adequar às normas de direito internacional referentes aos direitos humanos, ampliando e consagrando a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a partir desse contato, entre o juiz e o detido, nasce para a autoridade judicial a oportunidade de analisar o caso concreto, não quanto ao mérito propriamente, mas sim quanto ao flagrante, a legalidade da prisão e dar ao custodiado, dentro das possibilidades, um destino diferente do que o da manutenção da prisão.

É esse controle de convencionalidade, associado ao juízo de razoabilidade, proporcionalidade e adequação, que o juiz terá a oportunidade de humanizar a lógica do sistema penal, viabilizando ao detido, quando cabível, a sua liberdade provisória ou aplicação de outra medida cautelar.

Ora, a partir dessa decisão, o operador do Direito pode desencadear consequências diametralmente opostas: ou ele perpetua a cultura punitivista da prisão ou opta por imposição de medida diversa, permitindo ao detido a continuação do gozo de seu direito à liberdade e, por conseguinte, reduzindo o quadro de superlotação carcerária, que é flagrante no país.

Nessa mesma linha, diante de toda a seletividade e todo esse caráter excludente e discriminatório do sistema penal, neste momento inicial, da audiência de custódia, se confere ao juiz o importante papel decidir com base nas circunstâncias do caso, não pautado por uma filtragem social, econômica ou racial.

Ou seja, já em sede inicial, antes mesmo da deflagração de uma ação penal, a autoridade judicial pode dar um destino diferente à vida do detido, independentemente de seu estereótipo ou perfil social, consagrando direitos fundamentais e combatendo a violência e a seletividade do sistema penal.

Diante dos dados divulgados e analisados, percebe-se que é preciso uma mudança de mentalidade e postura por parte dos operadores do Direito frente a audiência de custódia. Apesar da variação regional, se mantém, na maioria das vezes, a opção pela continuidade da prisão.

Além disso, ainda que inconscientemente, o fator social e racial ainda se materializam nesse momento, demonstrando a urgência da necessidade de as pessoas se desgarrarem dessa análise superficial seletiva, preconceituosa e excludente.

Enquanto o sistema penal propagar esse tipo de “justiça injusta”, punindo com mais efetividade e severidade os mais vulneráveis socialmente, como os pobres, negros, mulheres, dentre outros grupos, será muito complicado mudar a configuração do sistema carcerário que temos hoje.

Dessa forma, não há como deixar de ver na audiência de custódia um caminho para modificar esse quadro de cultura punitivista e seletividade penal flagrante. Por meio desse momento processual, o juiz terá a oportunidade de se despir desses estereótipos sociais e analisar a legalidade da prisão com base no caso concreto, freando essa cultura de encarceramento.

Além disso, a melhoria na aplicação da audiência de custódia materializa a efetivação de direitos humanos e fundamentais, protegendo não somente a ideia de dignidade da pessoa humana, mas impedindo que, desde logo, a liberdade individual do conduzido seja cerceada.

É nesse momento processual, também, que a autoridade judiciária pode punir eventuais ilegalidades e abusos cometidos por parte da polícia ou até mesmo do

delegado, consagrando a proteção mínima que todo cidadão preso deve ter, independentemente do delito cometido.

Dito isto, não resta dúvidas de que, por meio da audiência de custódia, a autoridade judicial, assim como os demais operadores do direito, podem, analisando o caso concreto e ouvindo o preso, impedir que ilegalidades, abusos e estereótipos sociais continuem sendo propagados pelo sistema penal.

Através dessa ferramenta, direitos humanos são efetivados e a liberdade tem maior chance de ser respeitada. Representa o começo para a mudança de paradigmas e renovação na seara processual-penal, superando a lógica punitivista e seletiva presente no ordenamento jurídico, coibindo a reprodução de ilegalidades e o superlotamento carcerário.

Se verifica, então, que já na audiência de custódia, é possível frear e combater a seletividade penal que permeia o sistema, desde que haja vontade e mudança de postura por parte dos operadores do Direito, passando a aplicar o instituto conforme a resolução preceitua, se desgarrando dos estereótipos sociais e da criminalização ostensiva em relação aos socialmente vulneráveis, além, claro, de evitar que prisões ilegais e abusivas sejam efetivadas.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Código de processo penal alemão**: Stpo – Strafprozessordnung. 1950. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html>. Acesso em: jan 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: ed. Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: de boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016.
- ARGENTINA. Lei no 24.063, de 4 de dezembro de 2014. **Código Processual Penal da Nação Argentina**. Disponível em: <<http://www.saij.gov.ar/buscador/codigos>>. Acesso em: dez 2017.
- Associação dos Juízes para a Democracia. Ofício. São Paulo, 22 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo165>. Acesso em: jan 2018.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Audiência de custódia: Avanços e desafios**. Brasília, 2016, p. 307. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301.pdf>. Acesso em: dez 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, out 1941. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: dez 2017.
- BRASIL, Lei nº 6697, de 10 de outubro de 1979. Instituiu o Código de Menores. Brasília, DF, out 1979. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: dez 2017.
- BRASIL, Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, jul 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: fev 2018.
- BRASIL, RESOLUÇÃO n º 213, de 15 de dezembro de 2015 do CNJ. Dispõe sobre a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Dez, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: dez 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, promulgada 05 de outubro de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jan 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, 2015.

Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CHILE. Lei no 19.696, de 12 de outubro de 2000. **Código de Processo Penal do Chile**. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: jan 2018.

CNJ. **Sistema Carcerário e Execução Penal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: jan 2018.

Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia é esforço contra a violação de direitos humanos**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contra-violacao-de-direitos-humanos-diz-ong>>. Acesso em: jan 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). **Pacto de San Jose da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: dez 2017.

CRESWELL, John W. **Projeto de Pesquisa: Métodos Qualitativo, Quantitativo e Misto**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

ESPAÑA. **Código de processo penal: LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal**. 1882. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>>. Acesso em: dez 2017

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FRANÇA. **Code de procédure pénale**. 1959. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: jan 2018.

IBCCRIM. Editorial, **Audiência de Custódia no Brasil, ainda que tardia**. Boletim Ibccrim, São Paulo, nº 268, março, 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/309-268>. Acesso em: jan 2018.

ITALIA. **Codice di procedura penale**. 22 set. 1988. Disponível em: <<https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codiceprocedurapenale.asp>>. Acesso em: jan 2018

LEI fundamental da República Federal da Alemanha. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: dez 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. **Questões que envolvem a denominada audiência de custódia**. Revista do Ministério Público, nº 60, abr/jun, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4º ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal**. Revista Jurídica LEX, nº 70, jul-ago 2014.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. **Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia (Parte 2)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: jan.2018

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

LOPES, JR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de Custódia frente à cultura do encarceramento**. Revista dos Trinunais. vol 960. São Paulo: ed: RT, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1994

MOURA, Rafael Osvaldo Machado; SANTOS, Marcela Busnardo dos. **Audiência de Custódia: Ato Processual juridicamente aceitável e útil**. Revista brasileira de Ciências Criminais. vol. 131. São Paulo: ed. RT, 2017.

NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Audiência de Custódia deve ser feita pelo Delegado de Polícia**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em: jan.2018.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (PIDCP), 1966. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html>. Acesso em: dez 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia: conceito, previsão normativa e finalidades.** 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: fev 2018

PASTANA, Regina Débora. **Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2009

PINTO, Ronaldo Batista. **Audiência de Custódia- Da indevida Equiparação do Delegado de Polícia ao Juiz de Direito para fins de Audiência de Custódia.** Revista Jurídica LEX, nº 76, Jul- Ago/2015.

PORTUGAL. Decreto-Lei no 78/87, de 17 de fevereiro. **Código de processo penal.** Lisboa, 1987. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199>. Acesso em jan 2018

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia.** Salvador: Juspodvim, 2017.

Revista Consultor Jurídico. **Brasil tem a 3º maior população carcerária do mundo, com 726.712 presos.** 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: fev 2018.

ROMÃO, Vinícius de Assis. **A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol 128. São Paulo: ed. RT, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STF. Recurso Extraordinário nº 466-343-SP. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: dez 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.