



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS ANTONIO SILVA BRAGA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
por um processo justo em respeito às garantias fundamentais**

JUIZ DE FORA

2016

MARCOS ANTONIO SILVA BRAGA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
por um processo justo em respeito às garantias fundamentais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Tatiana Paula Cruz de Siqueira

JUIZ DE FORA - MG

2016

MARCOS ANTONIO SILVA BRAGA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
por um processo justo em respeito às garantias fundamentais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Tatiana Paula Cruz de Siqueira (Orientadora)

Prof. João Beccon de Almeida Neto

Profa. Kélvia de Oliveira Toledo

“O Estado não está presente apenas na omissão dos grupos que afeta, mas nas vítimas que não falam, na persistência de uma argumentação rasa de que se deve olhar adiante e esquecer o que passou, no isolamento das classes que provoca e, acima de tudo, na aceitação passiva de que não se deve realizar uma autocrítica.”

Iara Rodrigues

AGRADECIMENTOS

Agradeço

A Deus pela dádiva da vida;

Aos meus pais por serem meus eternos formadores;

Aos meus familiares e amigos pelo carinho revigorador;

A meu tio João Carlos por ser um exemplo e grande motivador;

A minha orientadora, Tatiana Paula da Cruz de Siqueira, pela paciência e suporte fundamentais
nesse trabalho;

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a Audiência de Custódia como instrumento de controle judicial das medidas cautelares processuais penais, e mecanismo de conformidade aos tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário. Noutra perspectiva, tal instituto se molda como recurso garantidor do devido processo legal em seu aspecto substancial, qual seja "processo justo". Visa ainda, elucidar o problema da banalização das prisões cautelares no Brasil, que conduziu à superlotação do sistema prisional e a violações dos direitos fundamentais. Espera-se, assim, analisar a dinâmica procedimental, os benefícios e as críticas à proposta do Conselho Nacional de Justiça no presente cenário legal em que se inserem as prisões cautelares. Para esse fim, partimos da análise de dados estatísticos estatais acerca das prisões cautelares, a fim de explicar como se consuma a prisão cautelar no processo penal pátrio. Ademais, avaliamos tal instituto a partir de investigação doutrinária acerca da Audiência de Custódia e experiências no direito comparado, demonstrando assim, a imprescindibilidade de tal garantia no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: audiência de custódia - prisão cautelar - direitos fundamentais - devido processo legal - processo justo

ABSTRACT

This study aims to analyze the Custody Hearing as judicial instrument of criminal procedural precautionary measures, and compliance mechanism to international human rights treaties which Brazil is a signatory. In another perspective, an institute molds itself as guarantor recourse to due process of law in its substantial aspect, which is "fair process". It also aims to elucidate the problem of trivialization of precautionary arrests in Brazil, which led to the overcrowding of the prison system and violations of fundamental rights. It is expected, therefore, to analyze the procedural dynamics, the benefits and criticisms of the proposal of the National Council of Justice in this legal scenario in which they operate the precautionary arrests. For this purpose, we start from the state statistical data analysis about the precautionary arrests in order to explain how to prosecute the precautionary prison in Brazilian criminal proceedings. Moreover, we evaluate an institute from doctrinal investigation of the Custody Hearing and experiences in comparative law, demonstrating the essentialness of the guarantee in the Brazilian legal system.

Keywords: Custody Hearing - precautionary arrest - fundamental guarantees - due process of law
- fair process

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	12
1.1 Conceito e Fundamentos	12
1.2 Objetivos.....	15
1.3 Experiências no Direito Comparado.....	16
1.3.1 Alemanha.....	17
1.3.2 Argentina	18
1.3.3 Espanha.....	19
1.3.4 Itália.....	20
1.3.5Portugal.....	21
1.3.6 França	22
1.3.7 Reino Unido.....	23
1.4 Síntese da comparação entre ordenamentos jurídicos	24
2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	26
2.1 Das Garantias Fundamentais	26
2.1.1 Direito a não ser submetido a castigos cruéis, desumanos ou degradantes.....	27
2.1.2 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.....	28
2.1.3 Direito do preso a integridade física e moral.....	28
2.1.4 Do contraditório e da ampla defesa	29
2.1.5 Da comunicação da prisão em flagrante ao juízo	30
2.1.6 Do direito constitucional ao silêncio	30
2.1.7 Do relaxamento da prisão ilegal	31
2.1.8 Da liberdade provisória	32
2.2 Do Processo Justo.....	33
2.3 Direitos Humanos e controle de convencionalidade	35
3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	36
3.1 Previsão normativa e insuficiência de regramento	36
3.2 Implementação legislativa da audiência de custódia no Brasil	38
3.2.1 Projeto de Lei 156/2009	38

3.2.2 Análise do projeto de lei 554/2011	39
3.3 Projeto de audiência de custódia do CNJ	40
3.3.1 Dinâmica Procedimental da Audiência de Custódia	43
3.4 Vantagens e desvantagens da audiência de custódia	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

É manifesto que atualmente, a criminalidade se mostra crescente no cenário social brasileiro, posto que o país possui um dos maiores índices de violência do mundo. Entretanto, não são implementadas políticas estatais efetivas, capazes de controlar tal aumento no sentido de buscar a inclusão social dos criminosos, combater a desigualdade social ou estimular a resolução de conflitos. Assim, o Direito Penal é inserido na discussão como mecanismo de sanção e controle da criminalidade.

Ao dar início a persecução penal as medidas cautelares são utilizadas como mecanismo de controle estatal em sede de procedimento processual penal. Contudo, é imperioso ressaltar que, apesar de inúmeras alterações ao longo das décadas, o Código de Processo Penal possui uma carga bastante autoritária, emanada do período de sua criação no Estado Novo, não se conformando inteiramente como os princípios inseridos no ordenamento jurídico pátrio como o advento da Carta constitucional de 1988. Apesar das mudanças substanciais ocorridas em 2011, verifica-se que a medida cautelar mais utilizada pelos magistrados é a prisão, que no contexto atual deveria ser utilizada em *ultima ratio*.

O resultado desse imbróglio é como leciona LOPES JUNIOR¹, uma cultura do encarceramento que enseja grandes problemas, quais sejam a superlotação carcerária e violação de diversas garantias fundamentais. Assim, é imperioso indicar que a partir do fenômeno da constitucionalização do direito, no âmbito do judiciário, o Estado na pessoa do juiz, passa a ter a possibilidade e o dever de controlar inclusive a formação dos atos normativos, à luz da constituição.

Dentre tais garantias fundamentais figura o direito a um processo justo salientado por GRECO², se constituindo como uma salvaguarda emanada do devido processo legal, que deve ser observado para além do seu viés formal. Assim, processo justo é o modelo de processo desenvolvido à luz das garantias constitucionais, sendo este capaz de efetivar às partes instrumentos que possam permitir a defesa de prerrogativas em qualquer ramo do direito.

¹ LOPES JUNIOR, Aury, **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal**. In: __Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] Ano 5, V.9 (maio/agosto.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014.pág. 13

² GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002 pág. 11

Insere-se nessa discussão referente da vulgarização das prisões cautelares, a audiência de custódia, instituto previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, que o Brasil é signatário deste o ano de 1992. Tal previsão orienta que todos os presos devem ser levados sem demora à presença do juiz. Não obstante, a morosidade legislativa pátria não regulamentou tal instituto em nosso ordenamento até a presente data. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça implementou um projeto de implantação da audiência de custódia em todo o território nacional.

Diante do cenário apresentado, o presente trabalho tem o propósito de investigar a audiência de custódia à luz das garantias fundamentais, tendo de tal modo a prerrogativa de garantir ao acusado um processo justo e em deferência a todos os direitos basilares inerentes ao preso previstos na Carta Magna de 1988.

Visando alcançar tais objetivos, dividiu-se o trabalho em três capítulos. Dessa maneira, o primeiro capítulo define o instituto e apresenta seus fundamentos e objetivos. Estabelece ainda uma visão da audiência de apresentação à luz do direito comparado.

O segundo capítulo, por sua vez, cuida de analisar a audiência de custódia à luz dos princípios constitucionais inerentes aos presos, e alinhá-los à perspectiva do devido processo legal, em seu caráter substancial como define THEODORO JUNIOR³. Será tratada ainda a necessidade de se aplicar o controle de convencionalidade a fim de resguardar a aplicação dos tratados de Direitos Humanos, os quais o Brasil é signatário.

Por fim, no terceiro capítulo, pretendemos realizar a análise da audiência de custódia no Sistema Judiciário brasileiro. Elencaremos a previsão normativa, as lacunas regulamentares e os projetos de lei de instituição do novo código de processo penal e inserção da audiência de custódia no atual codex processual. Por último, trataremos dos aspectos do projeto do CNJ, a dinâmica procedimental, os benefícios, as críticas e eventuais desvantagens analisados pela literatura jurídica.

³ THEODORO JUNIOR Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Unisinos: 2010 pág. 68.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 Conceito e Fundamentos

É inegável o protagonismo que a prisão adquiriu no âmbito do Sistema Penal pátrio, se convertendo em verdadeiro mecanismo de castigo daqueles que infringem as normas penais codificadas. Tal afirmação é ratificada pelo diagnóstico divulgado pelo CNJ no ano de 2014, que demonstra que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo com 715.592 presos levando em conta os presos domiciliares e 567.655 presos no sistema prisional⁴.

Cabe ainda elencar números apresentados no ano de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça acerca das prisões preventivas⁵. Segundo os dados 240 mil presos desse universo carcerário são indivíduos sem condenação, o que corresponde ao relevante dado que demonstra que o 40% de presos no Brasil são provisórios e a média da duração das prisões provisórias é de seis meses. É imperioso destacar ainda que um preso possui o custo de anual de 36.000 reais anuais aos cofres públicos, mesmo diante da notória caoticidade do Sistema Prisional e as graves violações aos direitos humanos.

O legislativo brasileiro intentou alterações no sistema processual penal ao introduzir um rol de medidas cautelares no Código de Processo Penal. Apesar das mudanças pretendidas com o advento da Lei 12.403/11 com a inserção de diferentes medidas cautelares, transmutando a prisão em *ultima ratio*, não se verificou até o presente momento transformações neste cenário que confirmassem uma tendência de diminuição do encarceramento exacerbado. Segundo dados do mesmo relatório, o encarceramento no Brasil aumentou 135% na última década, número estarrecedor se levarmos em conta o objetivo ambicionado com a promulgação da Lei 12.403/2011.

Neste sentido, neste trabalho investigaremos o instituto da **Audiência de Custódia** no contexto do processo penal brasileiro, à luz das garantias fundamentais, do processo justo e adequação do sistema às diretrizes emanadas do Pacto de San José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário.

⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas**. Brasília, 2015 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2016.

⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Audiência de Custódia**, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/37dbb32d0a48858318082cd3a1d5e652.pdf>>Acesso em: 09 de maio de 2016.

A partir dessa síntese, utilizamos o conceito deste instituto estabelecido por PAIVA⁶:

Audiência de Custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

Assim sendo, a audiência de custódia versa sobre direito que o indivíduo preso em flagrante possui de ser conduzido, sem retardamento, à presença do juiz, que sopesará se os seus direitos fundamentais foram respeitados, efetuar o controle de legalidade da prisão que pode ensejar o relaxamento (art. 310, I, do CPP), se há necessidade da decretação da prisão cautelar (art. 310, II). Não obstante, verificará ainda se o preso preenche os requisitos da liberdade provisória (art. 310, III) ou a alguma das medidas cautelares diversa da prisão previstas no Código de Processo Penal (art. 319).

Em suma, esta audiência possibilita ao magistrado um juízo pormenorizado do *periculum libertatis*, e avaliar a suficiência e a ajustamento das medidas cautelares diversas, estipuladas pelo Art. 319, do Código de Processo Penal.

Neste sentido, após realizar o contraditório entre a acusação e defesa, o juiz exerce o controle imediato da legalidade e necessidade da prisão do acusado, além de representar a oportunidade de se realizar uma apreciação acerca de questões relacionadas à pessoa do conduzido, como maus tratos e tortura. Portanto, tal procedimento assegura a integridade física e os direitos humanos dos presos, bem como a garantia fundamental de acesso à justiça.

Tal instituto tem fundamento nos tratados e convenções que discorrem sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, dentre os quais as determinações constantes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷ (Pacto de San José da Costa Rica). Tal convenção contempla em seu Artigo 7.5 que:

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

⁶PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª Edição - Florianópolis: Empório do Direito: 2015. pág. 31

⁷ BRASIL Decreto 678 **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1992 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 07 de maio de 2016

Nesta perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já fixou entendimento sobre tal temática considerando a audiência de custódia como essencial à proteção à liberdade pessoal e proteção dos direitos à vida e integridade pessoal, indicando que o simples conhecimento por parte do juízo competente não satisfaz essa garantia⁸.

Cumprir destacar ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi integrada ao Direito nacional através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Posteriormente o STF fixou entendimento sobre o tema ao julgar o RE 349.703/RS⁹, situando que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil se tornar signatário incorporam-se ao ordenamento jurídico com status de norma jurídica suprallegal.

Em outro giro, na inteligência da Suprema Corte brasileira, a Convenção Americana de Direitos Humanos é norma jurídica hierarquicamente superior a qualquer lei ordinária ou complementar, restando, portanto, subordinada somente às normas constitucionais.

O artigo 9 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos¹⁰ ratificado no mesmo decreto em 1992 também fundamenta tal instituto:

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.

Portanto, a conjugação de tais mandamentos suprallegais que regem matéria sobre direitos humanos e as garantias fundamentais estabelecidas no artigo 5º da Constituição Federal fundamentam a imperativa necessidade de implantação da audiência de custódia no Brasil. Assim, mesmo diante da inércia do poder legislativo em editar norma que regulamente e insira tal mecanismo no Código de Processo Penal, os projetos elaborados pelos órgãos jurisdicionais se

⁸ CORTE IDH, Caso Acosta Calderón vs Equador. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, §78. In: PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis : Empório do Direito, 2015. p. 35

⁹Recurso Extraordinário 349.703/RS, Relator Min. Carlos Britto. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes, 3/12/2008, maioria, DJe 104, 4/6/2009.

¹⁰BRASIL Decreto 592 **Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos**. 1992 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 07 de maio de 2016.

convertem em procedimento de resgate das garantias estabelecidas por tais mandamentos. Corroboramos com os preceitos elaborados por LAZZARI¹¹ que define

A audiência de custódia, ante a conjugação dos dispositivos em lume, nada mais representa que a possibilidade de se levar o preso pré-cautelar, no prazo mais urgente possível (e o prazo a que se tem feito menção é o de vinte e quatro horas) à presença da autoridade judicial, a fim de que esta delibere sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, a soltura condicionada ou incondicionada do indivíduo, a presença ou ausência do estado de flagrância, bem como a integridade física e moral daquele que teve sua liberdade de ir e vir restringida.

A insuficiência de regramento jurídico no plano do legislativo brasileiro não pode legitimar o descumprimento do mandamento ratificado pelo Estado, tampouco incidir diretamente sobre garantias processuais basilares na carta constitucional.

1.2 Objetivos

E conforme ratifica LOPES JUNIOR, cumpre, dentre outras, essa finalidade: a de conter o Estado de Polícia, de limitar o poder punitivo¹².

A principal finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é integrar ao processo penal brasileiro as diretivas previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nesse sentido, além de resguardar os direitos mais elementares visa adequar as práticas processuais penais brasileiras aos tratados e convenções que versam sobre a matéria que o Brasil tenha aderido.

Não obstante, esta audiência se materializa como instrumento fundamental de garantia ao preso, ao possibilitar ao juiz a verificação *in loco* dos fatos e circunstâncias que motivaram a prisão (justa causa), permitindo uma melhor avaliação da real necessidade de se aplicar a prisão cautelar. Portanto, a análise cara a cara realizada pelo juiz materializa-se como verdadeiro filtro capaz de evitar prisões ilegais e constrangimentos desnecessários aos cidadãos.

Pode-se inferir ainda que, tal instituto vem resguardar diversas garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1998, em seu Artigo 5º, quais sejam os incisos III, XXXV, XLIX, LV, LXII, LXIII, LXV, LXVI e LXXVII que serão tratadas com maior perceptibilidade

¹¹LAZZARI, Rafael de. **A audiência de custódia como manifestação de um poder judiciário protetor dos direitos humanos**, Revista Pensamento Jurídico: São Paulo, 2015.

¹²LOPES JR, AURY, **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal**.p.164 In:___Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] Ano 5, V.9 (maio/agosto.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014.

quando tratarmos da audiência de custódia como mecanismo garantidor do processo justo e das garantias inafastáveis.

A apresentação do cidadão preso ao juiz tem ainda o condão da investigação por parte do magistrado de possíveis arbitrariedades, tais como maus tratos e tortura, prática lamentável ainda comum no meio policial pátrio. Neste sentido, tal instituto poderá servir como mecanismo inibidor de tais condutas. Corroboramos com a premissa acudida por MASI, "ao contrário de representar uma desconfiança presumida da ação policial, o ato em realidade, legitima ainda mais, conferindo lisura e credibilidade a atuação dos agentes estatais, prevenindo eventuais nulidades"¹³.

Sem embargo, cabe ainda tratar no objetivo suscitado pelo CNJ, decorrente das garantias acima elencadas que é a diminuição da hiperlotação do sistema prisional pátrio. Neste sentido, a audiência de custódia pode se consubstanciar em um efeito humanizador do sistema penal e prisional brasileiro. Concordamos com os ensinamentos de BERNIERI¹⁴ que delimitam:

Só será posto em liberdade quem seria vítima de um encarceramento ilegal, pois se a prisão for necessária, o sujeito será mantido preso. Ou seja, como já foi comentado anteriormente, o juiz verificará a legalidade da prisão e só manterá preso quando esta for a medida mais adequada, valendo-se na prisão como *ultima ratio* e respeitando a regra de que todos são inocentes até que haja uma sentença penal condenatória.

Noutro giro, a audiência de custódia vem somente corroborar com a premissa de que visa somente evitar prisões de caráter arbitrário e absolutamente desnecessárias. Nesse sentido, poderá a partir dos imperativos dos tratados de direitos humanos a se conformar realmente como *ultima ratio*, e romper o círculo vicioso presente no cenário brasileiro.

1.3 Experiências no Direito Comparado

Embora seja uma experiência nova no contexto processual brasileiro, a audiência de custódia, desde há muito está consolidada em outros ordenamentos jurídicos.

Assim, faz-se necessário informar sobre a existência de procedimentos de apresentação dos presos à presença do juiz no Direito Comparado, engendrando-se breves comentários.

A partir na análise dos diversos ordenamentos jurídicos, oportuniza-se dissecar o assunto no nível mundial e trazê-lo à discussão no plano nacional.

¹³ MASI, CarloVelho **Audiência de Custódia frente a cultura do encarceramento**. São Paulo: Editora RT, out 2015, p.81.

¹⁴ BERNIERI Natalie. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Passo Fundo: IMED, 2015

1.3.1 Alemanha

O sistema processual alemão adota procedimento similar à audiência de custódia denominada apresentação (Vorführung) nos casos de prisão (Haft) ou detenção (Festnahme), cumprindo determinação expressa da Convenção Européia de Direitos Humanos, que: "toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra "c", do presente artigo deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais"¹⁵

Seguindo tal preceito, o Código Processo Penal e a Carta Magna Alemã¹⁶ também consagram tal regra. O art. 104 n°3da Constituição define:

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.

Isso quer dizer que a pessoa conduzida deve ser apresentada ao juiz antes que complete 48 horas de sua prisão. Não obstante, sua apresentação deve se proceder o mais rápido possível. Tal instituto é cabível tanto nos casos de detenção provisória, quanto nas prisões investigatórias.

A detenção provisória alemã não se correlaciona inteiramente com a prisão em flagrante do processo penal brasileiro, uma vez que no processo penal alemão o flagrante delito ocorre somente quando o autor é encontrado executando o fato típico ou após a consumação. Contudo, todas as hipóteses elencadas no processo penal brasileiro que ensejam prisão provisória e prisão temporária são passíveis de detenção provisória na Alemanha.

A ordem de prisão investigatória definida pelo StPO, no artigo 112 é admissível nos casos em que: o acusado fugiu ou está se escondendo; se existe um risco de que ele(a) vá fugir dos processos penais; se há risco de que ele vá destruir, alterar, remover, suprimir ou falsificar as

¹⁵ Na versão original em inglês: "Article 5, (3) Everyone arrested or detained in accordance with the provision of paragraph 1 (c) of the Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial". Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Collecion_Convention_1950_ENG.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2016

¹⁶ ASSIS Mendonça Aachen [tradução]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, Janeiro de 2011 Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2016

provas; ou caso haja risco de que ele vá indevidamente tentar influenciar os co-acusados, testemunhas e peritos ou tentar convencer outros a fazê-lo¹⁷.

1.3.2 Argentina

Na Argentina conforme explana WEIS e CARDOSO¹⁸ "a Constituição argentina não estipula um prazo específico para a apresentação do preso ao Juiz, lidando com a questão da privação de liberdade em termos gerais nos artigos 18 e 43, ao tratar respectivamente de princípios penais constitucionais e de remédios constitucionais".

No entanto, o Código de Processo Penal (Código Procesal Penal de la Nacion Argentina) encara tal conjuntura e estabelece em seu artigo 286¹⁹, o prazo de apresentação do preso ao magistrado:

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.

A regra no ordenamento é que as prisões devem sempre se processar mediante intervenção do juiz. Todavia, o código cataloga as hipóteses em que os agentes de segurança têm o dever funcional de efetuar a detenção dos indivíduos. Assim, deixou expresso no Artigo 284:

Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial:

- 1) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.
- 2) Al que fugare, estando legalmente detenido.
- 3) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y
- 4) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

Portanto, admite-se a detenção nos casos de tentativa de cometimento de um delito de ação penal pública punido com pena privativa de liberdade; fuga de indivíduo legalmente detido; excepcionalmente, em caso da existência de indícios veementes de culpabilidade e de perigo

¹⁷ ALFLEN Pablo Rodrigo **Apresentação (Vorführung) ou audiência de custódia no processo penal alemão** In: Audiência de custódia : da boa intenção à boa técnica [recurso eletrônico] / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016.

¹⁸ WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo: Estudo de Direito Comparado para subsidiar o PLS 554/2011** In Núcleo Especializado de Direitos Humanos – DP do Estado de São Paulo. p.20

¹⁹ ARGENTINA **Código procesal penal de la nacion argentina**, 21 de agosto de 1991. Disponível em: http://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal/286.htm. Acesso em: 04 de maio de 2016

iminente de fuga ou de sério atraso/ embaraço das investigações; e flagrante, em se tratando de cometimento de delito de ação pública punido com pena privativa de liberdade.

Porém, deverão os agentes públicos responsáveis pela custódia, conduzir o preso sem demora à presença do magistrado.

1.3.3 Espanha

Para examinar a audiência de custódia na Espanha é imprescindível enumerar as hipóteses previstas para a detenção. Assim, delimita o Código de Processo Penal espanhol em seu artigo 490²⁰, que qualquer pessoa poderá deter: a) qualquer um que tente cometer crime ou no momento em que for cometê-lo; b) os agentes em flagrante delito; c) pessoa em fuga de estabelecimento penal em que cumpra pena; d) pessoa evadida de uma instituição penal durante a espera pelo transporte para outro estabelecimento; e) Uma pessoa evadida durante seu transporte a outro estabelecimento; f) O processado ou condenado que descumpre ordens judiciais.

Passa-se a analisar a audiência de custódia no plano processual espanhol. Tal mandamento encontra tutela constitucional na Espanha²¹, conforme se verifica no 17 (2) da Constituição Espanhola de 1978:

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Nesta toada, a lei processual penal (Ley de Enjuiciamiento Criminal)²², define em seu artigo 520:

Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

²⁰ESPAÑA **Ley de enjuiciamiento criminal**, 17 de Setembro de 1982. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> Acesso em 04 de maio de 2016.

²¹ESPAÑA **Constitucion Espanola** Sanciona da em 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> Acesso em: 04 de maio de 2016.

²²ESPAÑA **Ley de enjuiciamiento criminal**, 17 de Setembro de 1982 Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> Acesso em 04 de maio de 2016.

As duas inferências devem ser conjugadas. Neste sentido, leciona WEIS e FRAGOSO²³: “Assim, mesmo se um suspeito for detido por menos de 72 horas, sem que sua detenção seja estritamente necessária para a realização da investigação e apuração dos fatos, o seu direito constitucional à liberdade está sendo violado”.

Não obstante, conforme estabelece a lei processual penal, tal prazo pode se estender por um limite de mais 48 horas, desde que seja realizada a devida fundamentação.

1.3.4 Itália

No direito italiano tal garantia também mereceu destaque em sede constitucional. A constituição Italiana trata do assunto no capítulo que versa sobre os direitos e deveres dos cidadãos.

Em seu artigo 13²⁴ a Carta Magna italiana define:

A liberdade pessoal é inviolável. Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquisição pessoal, nem tão pouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias, que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efetivos. É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade. A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva.

Subsidiariamente o código de processo penal (Codice di Procedura Penale) regulamentou o assunto no artigo 294-B²⁵ e prescreve o prazo máximo de 48 horas para a apresentação do custodiado em audiência. Nesse sentido, o código de processo penal italiano veio ratificar o preceito definido na constituição.

²³ WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo: Estudo de Direito Comparado para subsidiar o PLS 554/2011** In Núcleo Especializado de Direitos Humanos – DP do Estado de São Paulo. p.13

²⁴ ITALIA **CostituzionedellaRepubblica Italiana** promulgada em 22 de dezembro de 1947. Disponível em: http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/CostituzionelItaliana-Portoghese.pdf Acesso em 19 de junho de 2016.

²⁵ ITALIA **Código de ProceduraPenale**. 22/Set/1988 Disponível em: <http://www.imolin.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=VWAQsxEy4LxKg3puk0V7SwCYRoHTax68QN3vrshjaDU>. Acesso em 19 de junho de 2016.

1.3.5 Portugal

A constituição portuguesa delinea sobre o assunto no Título que versa sobre Direitos, Liberdades e Garantias. No artigo 27²⁶ proclama a prisão como *ultima ratio*, sendo admitida somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, no mesmo dispositivo arrola as exceções a tal regramento, quais sejam: a) Detenção em flagrante delito; b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos; c) Prisão, detenção ou outra medida coercitiva sujeita a controle judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão; d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente; e) Sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente; f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar o comparecimento perante autoridade judiciária competente; g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários; h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

Não obstante, é o Código de Processo Penal lusitano que trata do prazo para apresentação do preso perante o juiz, em seu Artigo 254 (1) "a"²⁷:

A detenção a que se referem os artigos seguintes é efectuada: a) Para, no prazo máximo de quarenta e oito horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção;

No caso de prisão para apresentação a tribunal ou o Ministério Público para atos processuais, o prazo máximo de detenção é de 24 horas, definido no mesmo dispositivo.

Cumprе relacionar aqui as hipóteses de cabimento da prisão pré-julgamento (preventiva) na processualística penal portuguesa, quais sejam: 1. Prisão em flagrante, em caso de crime punido com reclusão; 2. Ter o suspeito fugido ou haver risco de fuga; 3. Perigo de interferência

²⁶PORTUGAL **Constituição Da República Portuguesa** Sancionada em 25 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 04 de maio de 2016

²⁷PORTUGAL **Lei 43/86 - Código de Processo Penal**. 26 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/Portugal/Penal%20Code%20Portugal%202004.pdf> Acesso em 04 de maio de 2016

na investigação ou inquérito judicial preliminar, principalmente na coleta e manutenção de evidências; 4. Perigo de perturbação da ordem pública; 5. Continuidade da atividade criminosa.

1.3.6 França

A França desde a Revolução Francesa deixou um legado e influenciou todo o ocidente no tange a proteção ao direito à liberdade, que foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tal garantia foi inserida no preâmbulo da atual constituição francesa. Neste sentido como afirma WEIS e CARDOSO²⁸ apesar da Carta Constitucional não mencionar um prazo máximo de apresentação do preso ao judiciário, está intrínseco aos ideais da nação francesa.

O artigo 66²⁹ da Constituição Francesa define: "Ninguém pode ser detido arbitrariamente. A autoridade judiciária, guardiã da liberdade individual, garante o respeito desse princípio nas condições previstas pela lei".

Coube ao Código de Processo Penal (Code de Procedure Penale) dirimir este prazo. O código adota prazos diferenciados que se orientam a partir dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Neste sentido (WEIS; FRAGOSO, 2012 p.11) analisaram as situações apresentadas na legislação francófona:

O Código estipula que a polícia tem o direito de manter um suspeito sob custódia (*garde à vue*) por 24 horas. Mediante autorização escrita do promotor e com justificação suficiente, a prisão pode ser estendida para 48 horas, desde que a sentença em potencial seja de pelo menos um ano de prisão. Em circunstâncias especiais, a detenção pode ser ainda mais prolongada: para 72 horas, para casos considerados complicados e sérios, e para 96 à 120 horas para casos com suspeita de terrorismo.

Conforme apresentado anteriormente, o Código Processual Francês, adota prazos escalonados de acordo com a gravidade da infração cometida pelo cidadão.

Cabe listar aqui as hipóteses de decretação da prisão preventiva, previstas na mesma legislação: a) para preservar as provas; b) para evitar a imposição de pressão sobre testemunhas ou vítimas e suas famílias pelo suspeito; c) para evitar a colaboração entre o suspeito e seus cúmplices; d) para proteger o suspeito; e) para garantir que o suspeito está à disposição do Judiciário; f) para encerrar a violação de uma ordem ou para prevenir que ela ocorra novamente.

²⁸WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo: Estudo de Direito Comparado para subsidiar o PLS 554/2011** In Núcleo Especializado de Direitos Humanos – DP do Estado de São Paulo. 2012 p. 10

²⁹FRANÇA **Constituição da República Francesa**, 03 de junho de 1958. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf Acesso em: 04 de maio de 2016

1.3.7 Reino Unido

Analisaremos aqui as nuances da aplicação da apresentação da audiência de custódia ou instituto similar no contexto jurídico britânico (Common Law). Como a base do direito no Reino Unido advém dos costumes, tal sistema de vale de alguns atos parlamentares, dentre os quais um dos mais emblemáticos é o Ato de Direitos Humanos de 1998. Tal dispositivo visa regulamentar as proposições da Convenção Européia de Direitos Humanos e faz o apontamento que a audiência deve ser procedida em prazo razoável, a fim de garantir um processo justo.

Naquele sistema, uma vez presa, a pessoa suspeita de ter cometido uma infração deve ser acusada dentro de 24 horas (PACE, Section 41, tradução nossa)³⁰

(1) Sujeita às seguintes disposições desta seção e seções 42 e 43, uma pessoa não deve ser mantida em detenção policial por mais de 24 horas sem ser acusada.

(7) Havendo uma pessoa detida pela polícia, quando expirar 24 horas após o momento em que ter sido acusada será liberada imediatamente, quer sob fiança ou sem fiança.

Segundo a LPPC – Lei de Provas Policiais Criminais, a detenção sem acusação só deve ser aceita se o policial possuir "motivos razoáveis" e for extremamente necessária para “proteger ou preservar as provas relativas ao delito ou para obter tais evidências, questionando o suspeito”.

Ainda são previstas circunstâncias consideradas extraordinárias em que o período de detenção pode ser estendido por 36 horas e renovado por igual período, perfazendo um total de até 96 horas de detenção até a devida apresentação em juízo. Neste sentido, entende-se naquele sistema que tal disposição não fere os mandamentos legais, desde que haja motivação da necessidade de tais medidas.

Segundo WEIS e FRAGOSO apud KALMTHOUT, KNAPEN, MORGENSTERN³¹ a apresentação do preso em juízo no Reino Unido se procede nos seguintes moldes:

Uma pessoa acusada de um delito deve ser levada perante um juiz “o mais cedo possível e, de qualquer forma, não depois de sua primeira audiência, na qual ele é indiciado pelo crime”. Na prática isso significa que se o acusado é detido pela

³⁰REINO UNIDO **Police and Criminal Evidence Act 1984** Primeira Impressão Novembro de 1984. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/41> Acesso em 04 de maio de 2016. Na versão original em inglês:

(1) Subject to the following provisions of this section and to sections 42 and 43 below, a person shall not be kept in police detention for more than 24 hours without being charged.

(7) Subject to subsection (8) below, a person who at the expiry of 24 hours after the relevant time is in police detention and has not been charged shall be released at that time either on bail or without bail.

³¹WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo: Estudo de Direito Comparado para subsidiar o PLS 554/2011** In: Núcleo Especializado de Direitos Humanos – DP do Estado de São Paulo. 2012. p. 12

polícia, ele (a) será mantido sob custódia por até 24 horas, após o que ele (a) deve ser levado perante um juiz. Nos casos em que a fiança seja concedida, o acusado deve comparecer no tribunal no prazo de dois dias.

O artigo 38 da LPPC prevê as hipóteses em que a autoridade policial deverá arbitrar fiança ou deter a pessoa e apresentá-la ao magistrado: a) seja impossível saber o nome dele/dela ou o endereço ou se houver motivos razoáveis para duvidar que seus dados estejam corretos; b) existam motivos razoáveis para crer que o acusado não comparecerá ao tribunal; c) existam motivos razoáveis para crer que, em casos de crimes graves, o acusado irá reincidir; d) para permitir que uma amostra seja retirada do réu; e) em casos de crimes que não acarretam em prisão, existam razões para acreditar que a prisão é necessária para impedir a pessoa acusada de causar lesão a uma pessoa ou perda de propriedade; f) existam motivos razoáveis para crer que o detido, de outra forma possa interferir com a administração da justiça; g) a detenção seja necessária para proteger a pessoa detida.

1.4 Síntese da comparação entre ordenamentos jurídicos

Observa-se em todos os ordenamentos jurídicos analisados a existência de precaução quanto ao prazo máximo da custódia dos cidadãos que estejam cerceados de sua liberdade de locomoção. Para tanto, definem limites temporais máximos para a apresentação dos conduzidos à presença do juiz, condição diametralmente oposta à realidade brasileira.

Em sucinto resumo, os prazos para a realização da audiência de custódia previstos nos ordenamentos investigados anteriormente são: Alemanha (até 48 horas), Argentina (06 horas), Espanha (72 horas), Itália (48 horas), Portugal (48 horas), França (escalonado de 24 a 96 horas de acordo com a gravidade da infração) e Reino Unido (em regra até 24 horas, podendo ser temporizado por 36 horas e renovado por igual período, totalizando 96 horas). Na Alemanha, Espanha e Itália tal instituto mereceu sede constitucional, sendo determinado como garantia fundamental.

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos na década de 90, que determinam a apresentação do acusado imediatamente à presença do juiz, esta não gerava qualquer efeito no universo jurídico brasileiro, em virtude da omissão do legislativo em regulamentar o dispositivo.

A proposta apresentada pelo CNJ em processo de implantação no sistema brasileiro rompe com um longo período de desprezo a essa garantia. Tal audiência estipula o prazo de até

24 horas adequando-se às práticas que garantem ao acusado um processo justo e respeito ao devido processo legal. Destacando-se ainda o seu viés em conformação aos tratados de direitos humanos e às garantias constitucionais elencadas na Constituição cidadã de 1998.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A constitucionalização dos direitos classificados como garantias fundamentais estabelecem imperativos e limitações vinculando os poderes constituídos. As garantias têm o condão de inibir o poder estatal no sentido de proteger os interesses do indivíduo. Nesse sentido, trataremos neste capítulo das garantias inafastáveis emanadas da Constituição Federal de 1998, relacionadas à audiência de custódia.

Faremos ainda, breve discussão acerca do princípio do devido processo legal na perspectiva em que traz ao processo o viés substancial de justiça, denominado como “processo justo”.

Fundamental também é trazer a baila uma análise acerca dos direitos humanos em conformidade com o controle de convencionalidade. Tais apreciações apontam por remates que atestam a capital necessidade de tal audiência ser adotada e implementada no sistema jurídico nacional.

2.1 Das Garantias Fundamentais

As garantias fundamentais se originaram e avançaram por meio da luta da humanidade contra as opressões sociais, políticas e econômicas. Notadamente, tal processo se deu a partir do surgimento do instituto da propriedade privada, que impõe ao Estado e terceiros a sujeição e respeito em relação à propriedade e seu detentor.

Em outra perspectiva, compete definir aqui as dimensões (objetivas e subjetivas) advindas dos direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional, para melhor entender a abrangência de tais direitos no seio da sociedade. Como aduz MENDES³², na dimensão objetiva corresponde:

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

³² MENDES, Gilmar **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição São Paulo: Saraiva, 2012. pag. 190

Na dimensão subjetiva, como leciona MENDES³³ "representa a exigência de uma ação negativa", ou "positiva de outrem". Neste sentido, ao combinar as duas dimensões alcança-se maior efetividade aos direitos constitucionalmente determinados.

Serão analisados a seguir, de forma pormenorizada, as garantias fundamentais inerentes aos cidadãos presos e relacionadas à audiência de custódia.

2.1.1 Direito a não ser submetido a castigos cruéis, desumanos ou degradantes

Como conclui MASI, é sabido que o Estado é o principal agente violador de tais direitos³⁴. Tal prática é freqüentemente noticiada pela imprensa, sendo comumente praticada por agentes prisionais, policiais civis ou militares. Nesse ínterim, ao longo das últimas décadas o Estado tem buscado mecanismos a fim de combater tais práticas e assegurar aos cidadãos os preceitos definidos em sede constitucional.

O direito foi consagrado no Inciso III do Artigo 5º da Constituição: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"³⁵, vem reiterar a intenção de expurgar tais práticas da sociedade brasileira. Tal imperativo também está presente nos pactos internacionais que versam sobre direitos humanos que o Brasil é signatário, quais sejam Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Subsidiariamente a este direito estabelecido em sede constitucional, o legislativo pátrio editou a lei 9.455/97 que define o crime de tortura e suas nuances, bem como suas penas. Em 2012, foi criado pela lei 12.847 o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à tortura que define políticas e diretrizes de luta contra tal prática.

É imperioso destacar que tal garantia tem inteira relação com a audiência de custódia, uma vez que um dos fundamentos desta é verificar as condições físicas e psicológicas do preso e subsidiariamente combater tais práticas por parte dos agentes estatais contra os custodiados.

³³ Idem

³⁴ MASI, Carlo Velho **Audiência de Custódia frente a cultura do encarceramento**. São Paulo: Editora RT, out 2015 pág. 3

³⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de junho de 2016.

2.1.2 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi inserido no texto constitucional como garantia fundamental. Tal mandamento estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito a todos os cidadãos ao Poder Judiciário, no sentido que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja deduzida do seu exame e solução.

Destarte, a Carta Magna de 1988, definiu no art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁶, garantindo, de forma ampla e universal o acesso à Justiça. Nesse sentido, avaliza o direito de movimentar o judiciário por meio da apreciação das demandas, assim como o direito de obter a tutela jurisdicional.

No contexto da audiência de custódia, tal garantia vem afiançar o direito do preso em se fazer presente frente ao magistrado e ter apreciada a legalidade, legitimidade ou necessidade de sua prisão o mais célere possível por parte do judiciário.

Desta forma, acudimos à lição de GRECO³⁷, que estabelece que a Constituição Federal garante o amplo acesso ao Poder Judiciário a todos os cidadãos que tiverem seu direito infringido ou ameaçado, não sendo admissível o Estado-Juiz eximir-se de fornecer a tutela jurisdicional ou garantia àqueles que o busquem para exigir uma solução diante de uma pretensão acudida pelo direito.

2.1.3 Direito do preso a integridade física e moral

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, estabelece no seu art. 5º, o Direito à integridade pessoal: "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral". Nesse mesmo sentido, a Carta Magna de 1988 repetiu tal imperativo em seu artigo 5º, inciso XLIX³⁸, alçando tal direito à escala de garantia fundamental.

³⁶ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de junho de 2016.

³⁷GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002 pag. 3

³⁸ Idem

Assim, como leciona GRECO³⁹, o indivíduo legalmente preso é aquele que violou bem tutelado pelo Estado que resguardou pra si o dever de apurar os ilícitos penais. Apesar do rompimento das regras legalmente definidas pelo Estado, deve ser garantido ao preso o direito à integridade física, psíquica e moral.

Nessa acepção, o controle pessoal por parte do magistrado das medidas coercitivas estatais, é primordial para que se garanta tal imperativo constitucional, haja vista que as condições pelas quais passam os presos em nossa sociedade beiram a métodos de tratado não suportados a animais, sem mencionar que tais práticas inviabilizam qualquer pretensão de reintegração à sociedade.

2.1.4 Do contraditório e da ampla defesa

Dentre as garantias constitucionalmente definidas relacionadas ao processo, o imperativo definido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, qual seja “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁴⁰. Trata-se de mecanismo garantidor de paridade dos entes envolvidos no processo.

Nesse sentido, converte-se em instrumento de salvaguarda do indivíduo que está sendo sujeito a procedimento administrativo ou criminal durante o esclarecimento da responsabilidade. Por meio de tal garantia é propiciado o contraditório e a defesa da imputação, utilizando-se para tanto de todos os meios lícitos de prova.

Na fase pré-processual, de caráter inquisitório, não vislumbramos o exercício do contraditório. Não obstante, acompanhamos a doutrina de LOPES JUNIOR⁴¹ que estabelece que o direito à informação dos autos de inquérito é imprescindível ao exercício do contraditório e ampla defesa:

(...) não pode existir contraditório no inquérito porque não existe uma situação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não havendo o exercício de uma pretensão acusatória, não pode existir a resistência. Sem embargo, esse direito à informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa. (grifo nosso)

³⁹GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002 pag. 3

⁴⁰ Idem

⁴¹LOPES JUNIOR Aury. **Direito processual penal**. – 11ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014 pag. 537

Sendo assim, é fundamental que o acusado possa se manifestar e se defender da acusação, sendo-lhe garantido amplo acesso aos termos da acusação para que possa exercer o contraditório. Deste modo, para que haja respeito às garantias fundamentais, a igualdade entre as partes deve ser romper o campo da formalidade, sendo verdadeiramente material

2.1.5 Da comunicação da prisão em flagrante ao juízo

A prisão em flagrante deve ser comunicada imediatamente ao juiz, como define o artigo 5º, inciso LXII da Carta Magna. Neste cenário, presumimos ser razoável que tal comunicação se faça em sede de audiência de custódia, adequando o processo penal brasileiro às convenções de direitos humanos.

No entanto, em que pese a exatidão do dispositivo no sentido da consecutividade da comunicação ao magistrado, a doutrina e a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a comunicação deve ser feita até o prazo de 24 horas⁴², prazo estabelecido para a entrega do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa ao preso.

Ainda nessa acepção, cabe ressaltar que a fundada suspeita dá-se quando os fatos assinalados pelos depoente sem presença da autoridade policial possibilitam a conclusão de que seja provável a autoria do conduzido. Entretanto, salienta-se que não basta a suspeita, a suposição, a hipótese, é necessária a suspeita fundada em fatos e provas colhidas.

Nesse sentido, a autoridade que preside o ato é a responsável pela avaliação dos indícios da autoria, uma vez que a lei deu esse expediente num primeiro momento à autoridade policial quanto a valoração das provas. Ademais, posteriormente, todos os atos passarão por controle judicial, no momento da comunicação da prisão.

2.1.6 Do direito constitucional ao silêncio

A Constituição Federal de 1988 traz estampado em seu rol de direitos e garantias fundamentais o direito a não auto-incriminação, estando assim registrado o art. 5º, inciso LXIII⁴³: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

⁴² TAVORA Nestor **Código de Processo Penal para concursos**. Salvador: Ed. Juspodium, 2015: pag. 407

⁴³ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de junho de 2016.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal⁴⁴ elenca tal preceito no seu Art. 186:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

A garantia constitucional do silêncio determina que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. O brocardo latim *nemo tenetur se detegere* significa que qualquer pessoa que seja acusada de ilícito penal deverá auto-incriminar-se ou produzir provas em seu desfavor. Estende-se ao direito de ao silêncio de forma lógica, o direito de não comparecer ao interrogatório. Sobre essa temática LOPES JUNIOR⁴⁵ ensina:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, inculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Nota-se que tal princípio tem forte relação com o direito ao silêncio durante o interrogatório. Contudo, deve-se enfatizar que a melhor doutrina narra que este tem aplicação na produção de qualquer prova que estiver sujeita da participação do acusado.

2.1.7 Do relaxamento da prisão ilegal

Tal garantia está estampada no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal definiu que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"⁴⁶. Tal imperativo constitucional vem resguardar o cidadão nas hipóteses em que a prisão assumir caráter de ilegalidade, podendo ser pretendida, tanto na prisão em flagrante quanto na prisão preventiva.

Nesse sentido, acompanhamos a doutrina LOPES JUNIOR⁴⁷:

Assim, deve-se relaxar a prisão nos casos de flagrante forjado, provocado e preparado; prisão preventiva decretada por juiz incompetente ou de ofício; a prisão automática ou obrigatória para apelar ou em virtude da decisão de pronúncia; a prisão preventiva sem fundamentação; a permanência de alguém preso a título de "prisão em flagrante" (pois se trata de medida pré-cautelares, como explicado anteriormente) etc. Também é caso de relaxamento quando a ilegalidade é posterior, (...) o excesso de prazo da prisão preventiva.

⁴⁴ BRASIL, **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 13 de junho de 2016.

⁴⁵ LOPES JUNIOR Aury. **Direito processual penal**. – 11ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014 pag. 153

⁴⁶ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de junho de 2016.

⁴⁷ LOPES JUNIOR Aury. **Direito processual penal**. – 11ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014 pag. 649

Desta maneira, mais uma vez ratificamos a necessidade e importância da audiência de custódia no contexto do processo penal brasileiro. Tal procedimento tem o condão de evitar dentre outras hipóteses, prisões manifestamente ilegais, logo após o flagrante evitando assim, prejuízos irreparáveis ao preso.

2.1.8 Da liberdade provisória

Tal preceito está garantido constitucionalmente: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Dessa forma, a partir da reforma do código de processo penal de 2011, na qual foi inserido um rol de medidas cautelares diversas da prisão no Artigo 319, vislumbrou-se a transformação da prisão em *ultima ratio*.

Nesse sentido, a liberdade provisória se conforma como mecanismo alternativo, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva, assim, assumiria papel de destaque no processo penal, ficando a prisão reservada efetivamente somente para os casos mais graves, cuja necessidade de prisão cautelar estaria legitimada. Ademais, como já explicitado anteriormente trata-se de garantia localizada no bojo da constituição.

Porém, na prática não se verificou qualquer mudança. A cultura do encarceramento do judiciário brasileiro continuou sem qualquer variação em relação à inovação processual. Tal tradição do sistema jurídico penal pátrio segue a lógica intentado por LOPES JUNIOR⁴⁸, a qual corroboramos:

(...) as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado

Com a nova redação do art. 319, foi estabelecido um sistema polimorfo, com um amplo regime de liberdade provisória, com diferentes níveis de vinculação ao processo, estabelecendo um escalonamento gradativo, em que no topo esteja à liberdade plena e, gradativamente, vai-se descendo, criando restrições à liberdade do réu no curso do processo através da imposição de medidas cautelares diversas, como o dever de comparecer periodicamente, pagar fiança, proibição de frequentar determinados lugares, obrigação de permanecer em outros nos horários

⁴⁸LOPES JUNIOR Aury. **Direito processual penal**. – 11ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014 pag. 649

estabelecidos, proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização judicial, monitoramento eletrônico, recolhimento domiciliar noturno.

2.2 Do Processo Justo

Quando se suscita um processo à luz do devido processo legal, vislumbram-se todos os mecanismos e garantias inerentes ao exercício da função jurisdicional sejam respeitadas e que todos os instrumentos aptos no ordenamento jurídico possam ser empregados sem qualquer restrição.

Contudo, é solar enfatizar o processo sob o aspecto analítico do devido processo legal num contexto substancial, ou seja, em que se enxergue efetividade. De nada adiantaria normas sem que existissem instrumentos que possibilitassem uma eficácia ao cabo do processo. Noutra giro, se o Estado criasse uma rede de direitos e garantias, mas sem garantir amplo acesso a justiça, restaria nessa situação uma completa fragilidade da justiça substancial. Nesse sentido, leciona GRECO⁴⁹:

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.

A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.

No aspecto da audiência de custódia, cabe ressaltar que a garantia do acesso à Justiça não se exaure no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas, sobretudo abarca o amplo direito de defesa, ou seja, a garantia de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada. Portanto, o primeiro pilar estruturante do processo justo é o amplo acesso à justiça. Assim, delibera THEODORO JUNIOR:⁵⁰

A garantia do devido processo legal, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia de juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º inc. XXXV), de ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX)

⁴⁹ GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002 pag. 11

⁵⁰ THEODORO JUNIOR Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Unisinos: 2010. Pag. 66

Nessa concepção, o devido processo legal deve ser vislumbrado a partir da busca por resultado substancial, e não um mero respeito aos procedimentos previstos no ordenamento jurídico. Portanto, é vital a interação e dialogia entre as partes, como instrui THEODORO JUNIOR⁵¹:

Com isso, todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) têm a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.

Segundo GRECO⁵², existem garantias fundamentais próprias do Processo Penal que se fazem presente quando se presume um risco a liberdade ou outro direito da personalidade. Nesse sentido, em razão da presunção de inocência e a investigação preliminar através de um procedimento administrativo, em sede de inquérito policial, impõem a observância de regras mínimas, quais sejam a incidência de contraditório participativo, da imparcialidade do juiz e de respeito à dignidade humana do acusado.

No contexto vislumbrado pelo processo justo, as garantias do Processo Penal visam principalmente tratar o acusado com dignidade, prevenindo a ocorrência de conjunturas que transformem o acusado em mero componente da persecução penal. Assim, a vigilância de tais garantias por parte do Estado significaria numa maior confiança do cidadão no Estado de Direito.

Com a finalidade de transformar a persecução penal em mecanismo de processo justo faz-se imprescindível o respeito à garantias próprias do direito penal, quais sejam: o direito de ser informado do curso de investigação e do conteúdo da imputação; direito à autodefesa; direito a um defensor; contraditório na investigação preliminar; proibição de auto-incriminação; identificação e inquirição das testemunhas; princípio acusatório; condições para o pleno exercício da defesa; controle judicial de medidas restritivas; ônus probatório da acusação; duplo grau de jurisdição e proibição de provas ilícitas.

Somente nessa perspectiva do devido processo legal, podemos vislumbrar o verdadeiro processo justo adequado às características substanciais do direito capaz de trazer eficácia e eficiência ao processo.

⁵¹ THEODORO JUNIOR Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Unisinos: 2010. Pag.70

⁵²GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002

2.3 Direitos Humanos e controle de convencionalidade

Partindo-se do pressuposto que todos os tratados que versem sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, foram recepcionados na hierarquia do ordenamento jurídico como norma supralegal, é imperioso situar que além usual direcionamento advindo da constituição, as convenções de direitos humanos devem ser também mecanismos norteadores no processo legiferante e atos normativos pátrios. Nestes termos leciona MAZZUOLI⁵³ acerca do controle de convencionalidade:

(...) as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade.

Dessa maneira, através do exame de convencionalidade e constitucionalidade somente havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas, quais sejam a Constituição e os tratados de direitos humanos é que a lei infraconstitucional em questão será vigente e válida, caso contrário, a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Arrematando, parece-nos possível identificar a uma nova tendência de política criminal à luz dos direitos humanos. Nesse sentido, os magistrados e tribunais ao aplicar as normas processuais penais, além de buscar consonância com a Constituição Federal, deve se orientar pelo controle de convencionalidade da regra, adequando o ordenamento jurídico brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁵³ MAZZUOLI Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro** Revista de Informação Legislativa: Brasília Ano 46 N°. 181 jan./mar. 2009 pag. 114

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Trataremos neste capítulo da audiência de custódia no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, analisaremos a previsão normativa e a insuficiência de regramento acerca do tema e as conseqüências decorrentes dessa carência.

Em um segundo momento, debruçaremos sobre o projeto de lei 554/2011 que busca regulamentar a audiência de custódia no Brasil. Posteriormente, serão apresentadas nuances do projeto de implementação do instituto pelo Conselho Nacional de Justiça e por fim analisaremos as vantagens e desvantagens da audiência de custódia segundo a doutrina nacional.

3.1 Previsão normativa e insuficiência de regramento

Como já tratado anteriormente em sede dos fundamentos da audiência de custódia, esta encontra previsão normativa em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dentre os quais a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁵⁴ que prevê em seu artigo 7º que "toda pessoa presa, detida ou retida dever ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais".

Todavia, cabe pontuar aqui as hipóteses já encontradas no sistema processual brasileiro em que já se prevê a apresentação do conduzido ao magistrado. O Código Eleitoral⁵⁵ em seu artigo 236 §2º prescreve que no período entre cinco dias antes e 48 horas posteriores à realização do pleito eleitoral, sendo algum cidadão preso nas hipóteses permitidas pela lei, o conduzido deverá ser apresentado imediatamente à presença do juiz: "ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator". Verificam-se aqui todos os fundamentos presentes no modelo da audiência tratada neste trabalho, quais sejam, a legalidade e integridade do preso.

O Código de Processo Penal possui imperativo parecido em seu artigo 287⁵⁶ estabelece que na hipótese de prisão em virtude de mandado de crime inafiançável, sem que a autoridade

⁵⁴ BRASIL Decreto 678 **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1992 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 18 de junho de 2016.

⁵⁵ BRASIL **Código Eleitoral Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 18 de junho de 2016.

⁵⁶ BRASIL **Código de Processo Penal Decreto - Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 13 de junho de 2016.

tenha cópia do documento, o preso deve ser apresentado imediatamente ao magistrado que tenha expedido o mandado de prisão. Mas, aqui a apresentação visa apenas comprovar a existência da ordem expedida pelo juízo.

Outras hipóteses previstas no ordenamento são a audiência de apresentação do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 175), que define: "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" e a hipótese do (art. 171) que se assemelha com o imperativo do artigo 287 do código de processo penal. Cabe comentar que a proposição do artigo 175 do ECA não é hipótese análoga à audiência de custódia, uma vez que o Ministério Público não teria aptidão, agindo sozinho, de reparar qualquer ilegalidade no procedimento ou de fazer um controle dos atos tais como é pertinente ao juiz.

Após analisar tais hipóteses, urge destacar aqui a insuficiência de regramento em sede processual a fim de superar tal deficiência. O artigo 306 do código de processo penal dispõe que a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juízo competente. Não obstante, o parágrafo primeiro do mesmo artigo esclarece que em até 24 horas será encaminhado os autos da prisão em flagrante ao juiz e à defensoria pública nos casos em que o preso não tenha defensor. Nesse sentido, diante do auto de prisão em flagrante o juiz decide com base no artigo 310 do CPP, quais sejam (I) relaxar a prisão ilegal, (II) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos legais e se expuserem inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319, ou (III) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Assim, concordamos com a lição de PAIVA⁵⁷:

(...) trata-se de um sistema puramente cartorial, em que o Poder Judiciário, de forma asséptica, decide a partir do papel, sem garantir ao preso o direito de - pessoalmente - se fazer ouvir, revelando um padrão de comportamento judicial que, com o passar dos tempos, se tornou praticamente gerencial, um atividade quase burocrática, em que predomina a conversão do flagrante em prisão preventiva com base em elementos excessivamente abstratos, fomentando uma atividade decisória "em série" e customizada.

Portanto, fica evidenciado que a previsão normativa constante na legislação processual penal brasileira é insuficiente e claramente menos benéfica ao preso do que a previsão da apresentação do custodiado em juízo prevista nos Tratados de Direitos Humanos e na Convenção

⁵⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª Edição Florianópolis : Empório do Direito, 2015 pág. 56

Americana de Direitos Humanos. Assim sendo, fica manifesto a necessidade do controle de convencionalidade em sede processual pátria a fim de se aplicar a norma mais favorável ao acusado, qual seja aquela prevista na CADH.

3.2 Implementação legislativa da audiência de custódia no Brasil

Apesar da necessidade de regulamentação da audiência de custódia no ordenamento jurídico, o legislativo brasileiro se mostrou omissivo por mais de duas décadas. O Brasil, é um país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, e tal instituto que já faz parte da realidade de muitas nações, conforme se demonstra a seguir.

3.2.1 Projeto de Lei 156/2009

O projeto de Lei 156/2009⁵⁸ visa instituir o novo código de processo penal brasileiro. Em seu artigo 14, o texto aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara do Deputados, prevê o chamado "juiz das garantias" responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, deverá zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença.

Certamente, ao estabelecer a condução do preso à presença judicial como faculdade do magistrado, o texto proposto no projeto de lei não ratifica ou regulamenta o imperativo ou garantia presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. No capítulo que trata da prisão em flagrante o projeto de lei, repete quase na íntegra o texto do código atual. Assim, a legislação processual penal não busca avanços nem adequações aos direitos humanos.

Entretanto, como afirma PAIVA⁵⁹ a audiência de custódia foi amplamente debatida através das emendas 170 e 171 propostas pelo Senador José Sarney. Tais emendas tratavam de determinar o marco de 24 horas como prazo para apresentação perante o juiz do preso juntamente com o auto de prisão, sob a justificativa de ajustar o Código de Processo Penal as garantias presentes nos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Ambas as emendas foram rejeitadas pelo relatório final do relator Sen. Renato Casagrande sob os argumentos que o

⁵⁸ BRASIL **Projeto de Lei 156/2009**- Código de Processo Penal. Senado Federal. Disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/gettexto.asp?t=85509 Acesso em 20 de junho de 2016.

⁵⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª Edição Florianópolis: Empório do Direito, 2015 pág. 60

delegado é autoridade autorizada/habilitada a exercer funções judiciais. Assim, salientou que o ordenamento já cumpriria tais proposições através do controle realizado pela autoridade policial.

O projeto foi encaminhado à outra casa legislativa e ainda não foi alvo de deliberações. Não obstante, cabe ressaltar que a justificativa do relator não se amolda à jurisprudência da CIDH que não considera o delegado como "autoridade judicial" competente para tal feito.

3.2.2 Análise do projeto de lei 554/2011

Em 2011, o Senador Antônio Carlos Valadares, após a rejeição da audiência de custódia em sede do projeto do novo código de processo penal, apresentou a mesma casa legislativa o projeto de lei 554⁶⁰ com o fito de alterar o atual Código de Processo Penal, e inserido tal instituto na legislação processual atual.

Nesse sentido nos termos do supracitado projeto de lei o parágrafo 1º artigo 306 passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306.....

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Na justificativa do projeto é ressaltada a necessidade de se adequar as regras aos tratados de Direitos Humanos. O autor do projeto faz referência a tal audiência no âmbito do direito processual internacional, tendo dado exemplos de sua aplicação em outras nações.

O projeto se encontra ainda em tramitação, tendo sido concluído para deliberação do plenário em 09 de maio de 2016. Assim, aguarda inclusão na ordem do dia, para que possa fazer parte da pauta se seja analisado pelo Senado Federal.

Por fim, é salutar destacar que, como nos moldes constantes no projeto de lei, na Audiência de Custódia se verificará somente aspectos referentes à legalidade e necessidade da prisão, e aspectos atinentes às condições do acusado relativas à tortura ou de maus-tratos praticados pelos agentes estatais. Em nenhum momento se discutirá o mérito do fato que será

⁶⁰ BRASIL Projeto de Lei 554/2011 Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1> Acesso em 20 de junho de 2016.

apurado posteriormente, como destaca VASCONCELOS⁶¹, “isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia”. Assim, é vedado seu uso como meio de prova no processo que se seguirá.

3.3 Projeto de audiência de custódia do CNJ

O dia 06 de Fevereiro de 2015 marcou o início da implantação do Projeto de Audiência de Custódia desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo Tribunal de Justiça de São Paulo como ponto de partida através do Provimento Conjunto 03/15. Hoje, tal projeto já se encontra implementado em todos os estados do Brasil.

O projeto⁶² foi estruturado com objetivos de engendrar esforços a fim de conferir a aplicabilidade das normas de direito internacional que prevêm tal apresentação, bem como conferir maior efetividade as providências positivadas no artigo 310 do CPP. Subsidiariamente, tal projeto aponta para uma reestruturação do sistema de justiça criminal, com o fito de promover e viabilizar a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, sem prejuízo do direcionamento a serviços sociais ou assistência social.

Noutra linha de ampliação, o projeto visa desenvolver políticas de implantação de trabalhos com enfoque na justiça restaurativa. De tal modo, oferecer mecanismos que possibilitem a mediação penal com intenção de substituir a prisão. Além disso, existe o propósito de coletar e produzir um banco de dados a fim de verificar os impactos das medidas cautelares alternativas à prisão provisória no âmbito da justiça criminal.

A iniciativa do CNJ emana da inércia legislativa em relação ao instituto da audiência de custódia, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e integrado ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992. Passados 22 anos, diante da morosidade do legislativo em regulamentar tal tema, tal projeto foi desenvolvido e implantado gradativamente em todas as unidades da federação. Porém, inicialmente tal projeto encontrou resistência e foi alvo inclusive de ação direta de inconstitucionalidade.

O STF foi chamado a se posicionar sobre o assunto e por duas vezes reconheceu a legalidade da Audiência de Custódia sob a égide do projeto elaborado pelo CNJ. A Associação Nacional de Delegados de Polícia ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra as

⁶¹ VASCONCELLOS Vinicius Gomes. **Audiência de Custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 24 n° 283 – Junho/2016

⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA **Termo de Cooperação Técnica CNJ – MJ – IDDD** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf> Acesso em 25 de junho de 2016.

normas do TJSP que implementaram a audiência de custódia no Estado de São Paulo. A ação questionava o provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça do estado que sob o entendimento que tal matéria só poderia ser tratada por lei federal e jamais por intermédio de provimento autônomo, uma vez que a matéria é competência privativa do Congresso Nacional.

Todavia, os ministros do STF decidiram em plenário que o procedimento somente regulamentou normas já vigentes, não tendo que se falar em inovação no ordenamento jurídico. Como salientou o Ministro Luiz Fux, "o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na Convenção Americana dos Direitos do Homem, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro".

Nesse sentido, a ADI 5240⁶³ foi julgada improcedente pela Suprema Corte:

ADI 5240 / SP - SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 20/08/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. (...) 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. (...) 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

⁶³ BRASIL Superior Tribunal Federal **ADI 5240/SP** Relator Ministro Luiz Fux Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333> Acesso em 21 de Junho de 2016

Em outro momento, o plenário ao realizar a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 de autoria do Partido Socialismo e Liberdade, que suscitava a situação de calamidade do sistema prisional brasileiro, decidiu o relator Ministro Marco Aurélio de Mello no sentido de determinar aos juízes e tribunais, que nos casos de deliberação acerca da manutenção ou decretação de prisão provisória haja motivação expressa por parte dos magistrados.

Noutro giro ordenou que se passe a realizar, no prazo de 90 dias do julgamento, as audiências de custódia, com vistas ao quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal⁶⁴:

ADPF 347 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
 MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
 PRECEITO FUNDAMENTAL
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 09/09/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
EMENTA: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Atualmente, a audiência de custódia já é realizada no âmbito de todos os Tribunais do país. A regulamentação de cada órgão estadual dispõe sobre o processo de implementação

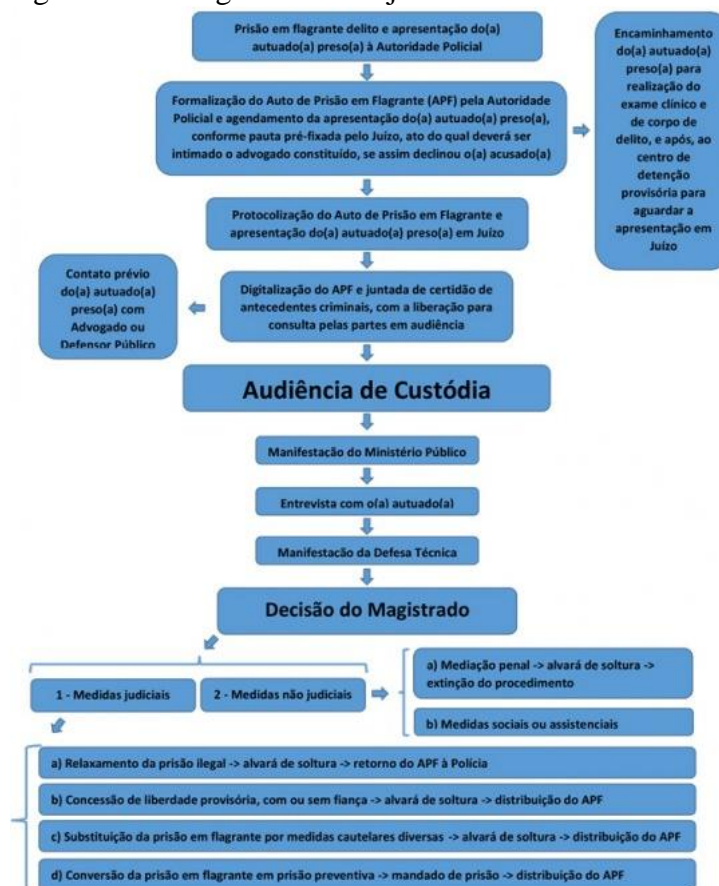
⁶⁴ BRASIL Superior Tribunal Federal **ADPF 347/DF** Relator Ministro Marco Aurélio Mello Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em 21 de Junho de 2016

gradual no âmbito dos municípios. Conforme DADOS ESTATÍSTICOS do CNJ⁶⁵ de maio de 2016, até o momento foram realizadas 81439 audiências em todo o território nacional. Desse total 39709 casos resultaram em concessão de liberdade provisória, tais números representam 47,48% das audiências realizadas. Nos outros 43925 casos a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (52,52%).

Em 4646 casos houve relatos de violência por parte dos agentes estatais no ato da prisão. Tal número representa 5,56% do total dos procedimentos realizados. Há também episódios em que houve encaminhamento dos conduzidos a entidades sociais ou assistenciais (9.272). Tal número representa um percentual de 11,09%.

3.3.1 Dinâmica Procedimental da Audiência de Custódia

Figura 1 - Fluxograma do Projeto Audiência de Custódia do CNJ



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA **Audiência de Custódia – Estatística**. Maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf> Acesso em: 24 de junho de 2016.

Inicialmente é preciso destacar que a audiência de custódia jamais deverá ser utilizada como antecipação do interrogatório ou da instrução criminal. Assim, é primordial que em sede de audiência de custódia nunca se adentre no mérito do caso. Nesse sentido adverte PAIVA⁶⁶:

(...) em alguns casos será inevitável ou irresistível uma abordagem fática, notadamente quando o conduzido deseja confessar ou negar a autoria ali naquele momento, incumbe à Defesa orientá-lo antes que o ato se inicie, informando-o sobre a finalidade da audiência de custódia, assim como sobre as eventuais conseqüências do seu comportamento. De qualquer forma, o depoimento do conduzido colhido na audiência de custódia não pode ser usado contra ele durante a fase judicial, o que me leva a defender que o ideal é que o resultado da audiência não seja apenas encartado em autos apartados, mas sim que se profiba a sua juntada nos autos do processo principal.

Tal procedimento presidido pelo magistrado deve ser acompanhado obrigatoriamente pela Defesa do conduzido. Quanto ao Ministério Público, este deve ser intimado, mas sua ausência não enseja adiamento do ato, sendo tal omissão caracterizada como renúncia da manifestação. O procedimento deve seguir o fluxograma da Figura 1, assim também conforme leciona LOPES JUNIOR e MORAIS⁶⁷ citados por PAIVA, os passos da audiência desta forma:

Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes passos:
 A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante (CPP, art. 302, 303)?
 Se não, relaxa-se; 2.1) Relaxada a prisão o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares;
 Sustentando-se as razões do flagrante; 3.1) O Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas eventualmente pela autoridade policial; 3.2) A defesa se manifesta sobre os pedidos do Ministério Público. Se não houve pedido por parte do Ministério Público, o juiz não pode decretá-lo de ofício, já que não existe processo (CPP, art. 311, vale conferir a redação)
 O magistrado decide - fundamentadamente - sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva.

Ademais, estamos em momento de implementação deste instituto no país, razão pela qual as discussões acerca desta dinâmica do procedimento prosseguirão e será fruto de análise por parte da doutrina.

⁶⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015 pág 90

⁶⁷ LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.24 In: PAIVA, Caio **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª Edição Florianópolis: Empório do Direito, 2015 pág. 90.

3.4 Vantagens e desvantagens da audiência de custódia

A implementação da audiência de custódia no Brasil é cercada por bastante controvérsia, haja vista que diversos seguimentos do Estado são resistentes à sua implantação, mesmo diante dos argumentos já suscitados neste trabalho. Deste modo, analisaremos as vantagens elencadas pela doutrina e no projeto do CNJ e desvantagens (críticas) elaboradas por outras correntes doutrinárias a tal procedimento.

Poucas são as literaturas que criticam ou enxergam desvantagens na audiência de custódia e apresentam argumentos factíveis. Contudo, diversos seguimentos da sociedade mostraram descontentamento e aversão à inserção da audiência de custódia na dinâmica processual penal brasileira. Nesse sentido, como já apontado anteriormente, tal procedimento já fora alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Diversamente ao posicionamento da doutrina que afirma que há no Brasil um a cultura do encarceramento, CASSIOLATO⁶⁸, vislumbra outras questões atreladas ao grande número de encarcerados em nosso sistema:

Esses números, sob minha visão, e salvo melhor juízo, decorrem muito mais de questões sociais e civilizatórias que enfrentamos atualmente (desigualdade social, aumento de crimes violentos, dificuldades de se coibir minimamente o tráfico de drogas, baixa escolaridade, falta de oportunidades profissionais, dentre outras) e de uma cultura de punição e vingança que parecem permear a sociedade (especialmente os meios de comunicação) que de certo modo acabam refletidas na atuação da polícia, do Ministério Público e da Magistratura. Não decorrem de falta de instrumentos processuais ou de falhas técnicas na aplicação jurisdicional deles.

No mesmo sentido, NUCCI⁶⁹ apresenta argumentos salientando que tal procedimento é cercado de mitos, não conferindo efetividade ou resguardo de garantias:

A audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo, trazendo vários mitos para serem explorados. Alguns argumentam que ela é a concretização do próprio instrumento do habeas corpus (toma o corpo). Perfeito. Neste importante instituto, há previsão legal para que o juiz/desembargador convoque o preso à sua frente. Nunca soube disso. Se alguém o fez, entra para a estatística mínima, quase desaparecida.(...)

De minha parte, continuarei a ler atentamente as peças escritas de *habeas corpus* e soltar quem considero merecer, seja pela ilegalidade da prisão, seja porque faz

⁶⁸CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos.** Disponível em: <http://www.apamagis.com.br/website/Ler.php?type=1&id=33994>. Acesso em: 22 de junho de 2016.

⁶⁹NUCCI, Guilherme de Sousa. **Os mitos da Audiência de Custódia.** Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em: 21 de junho de 2016.

jus à liberdade provisória. E se for esta a vontade do STF, ouvirei sem problema o preso, mas continuarei mantendo a prisão cautelar ou concedendo liberdade provisória, de acordo com a lei – e não com lamúria de pessoa detida, por vezes, autora de crime grave.

Noutra perspectiva, SANINNI⁷⁰ sustenta que a autoridade policial tem o condão de efetuar o controle e adequar o processo penal brasileiro às normas imperativas constantes na CADH:

Percebe-se, pois, que o Delegado de Polícia preenche perfeitamente esses requisitos, vez que é uma autoridade imparcial, sem qualquer interesse no processo posterior, compromissado apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal, produzindo, não raro, provas e elementos de informações que favoreçam o próprio investigado. Da mesma forma, possui independência funcional (garantida pela Lei 12.830/13 e por diversas constituições estaduais) e, ademais, tem competência (leia-se: atribuição legal) para presidir o auto de prisão em flagrante, instrumento apto para restringir, ainda que de maneira precária, a liberdade de locomoção do conduzido.

Segundo GOULART⁷¹ a audiência de custódia burocratiza o sistema e não oferece qualquer resultado efetivo, servindo unicamente como controle da atividade policial:

Tem-se, pois, uma audiência de custódia para “inglês ver”, servindo apenas para que alguns se sintam a vontade para dizer que em São Paulo, a exemplo do que ocorre em outros países, o juiz também “ouve” o réu preso, quando isso não é verdade. Nos outros países o magistrado realiza o interrogatório do preso em flagrante, ouvindo-o sobre todos os fatos contra ele imputados, decidindo se o agente continua em cárcere ou não. Aqui, por sua vez, o juiz ouvirá o preso apenas sobre “circunstâncias objetivas” de sua detenção. (...) Em suma, a idéia de audiência de custódia que está sendo iniciada em São Paulo, em sua forma, não poderia ter sido introduzida por ato normativo do Judiciário e, na sua substância, conforme visto conduz-nos a um ordenamento mais burocrático e disfuncional. Se há um modelo que não é aceito deve-se alterá-lo e não o remendar de modo a torná-lo ainda mais questionável.

Ademais, há outros argumentos como delimita PRUDENTE⁷² que sustentam que tal audiência onera o Estado financeiramente e estruturalmente em situações que o magistrado seria capaz de verificar os requisitos sem a presença física do preso. Além disso, afirmam que o prazo de 24 horas é muito exíguo:

Outros críticas também são apresentadas pelos órgãos refratários a implementação das audiências, tais como limitações de ordens estruturais e financeiras (v. G. Dificuldade de transporte, riscos de locomoção, dispêndios

⁷⁰ SANNINI NETO, Francisco. **Audiência de custódia e jeitinho brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4351, 31 maio 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39583>>. Acesso em: 26 de junho 2016

⁷¹ GOULART, Diego Dutra. **Audiência de custódia para inglês ver**. Revista Jus Navigandi, Teresina, Ano. 11, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38322>>. Acesso em: 26 junho de 2016.

⁷² PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9/31, ago./set. 2015.

com aparato policial às audiências etc.), bem como quanto à impossibilidade de sua aplicação por falta de previsão legal, e ainda quanto à dispensabilidade da audiência de custódia quando o magistrado já tem condições de extrair dos autos à necessária medida segregatória ao réu. Outra crítica é quanto ao curto prazo para a apresentação (24h).

Entretanto, diante dos argumentos e tópicos já explicitados neste trabalho, não corroboro com tais proposições.

Diversos são os benefícios com a realização de tal procedimento no âmbito do processo penal. O próprio projeto do CNJ elenca diversas vantagens da audiência. Destarte, possibilita apreciação adequada da prisão, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista com o juiz.

Noutra perspectiva permite que ao magistrado, o membro do Ministério Público e da defesa técnica conheçam possíveis casos de tortura e maus tratos e tomem as providências cabíveis. Ainda previne o ciclo da violência e da criminalidade, quando possibilita ao juiz analisar se está diante da prisão de um criminoso ocasional, ou daqueles envolvidos com facções penitenciárias.

Ainda é presumível ensejar a redução da superlotação carcerária e os gastos do estado com a manutenção dos presos provisórios. Noutra perspectiva favorece a aplicação de penas alternativas e o combate à cultura do encarceramento. De tal modo, conforme perfilham LOPES JUNIOR e PAIVA⁷³:

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

Em outro giro, a autoridade judiciária terá a oportunidade de analisar a situação do custodiado de perto humanizando o procedimento de controle da prisão cautelar. Dessa forma, a Audiência de Custódia se conforma como mecanismo garantidor de diversos princípios garantidos constitucionalmente, dentre os quais se destacam os princípios do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal transformando o processo para algo um tanto além do

73 LOPES JUNIOR, Aury. PAIVA Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Revista Liberdades - IBCC: Setembro/Dezembro de 2014. pág. 1

formalismo, mas uma salvaguarda substancial das garantias fundamentais. Assim, corroboramos com a lição de PRUDENTE⁷⁴:

Permitirá também uma análise mais cuidadosa das circunstâncias em que se deu a prisão, possibilitando ao juiz verificar a ocorrência de eventual nulidade, evitando a desnecessária movimentação da máquina judiciária com investigações e ações penais que padecem de justa causa. Ainda, assegurará o reconhecimento de uma garantia constitucional dos acusados e mitigará os custos colaterais impostos às suas famílias e à própria comunidade.

Por fim, asseguramos que tal dispositivo só vem instrumentalizar o acesso à justiça como um direito fundamental por si só. Assim, em sede de um estado democrático de direito, espera-se que o Estado cumpra o seu papel, de prover aos cidadãos instrumentos fundamentais, inclusive para proteção contra o próprio Estado.

CONCLUSÃO

A partir da análise dos conceitos e particularidades acerca do tema, e, sobretudo os princípios e nuances propostos fundados na perspectiva do processo justo, passaremos a engendrar breves conclusões, sem, contudo vislumbrar qualquer esgotamento da temática.

A banalização do encarceramento no Brasil, principalmente por meio das prisões cautelares contribui intimamente para situação caótica que se encontra o sistema prisional, e

⁷⁴PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9/31, ago./set. 2015.

subsidiariamente com a manutenção de práticas ofensivas aos direitos humanos e garantias fundamentais dos acusados.

Assim, corroboramos com a lição de LOPES JUNIOR⁷⁵ apud PAIVA quando adverte que "o processo não pode ser visto como um simples instrumento do poder punitivo", mas para além dessa perspectiva, deve se efetivar como limite ao poder punitivo estatal. Deste modo, embora possa ser contrariado o senso comum que se alimenta da propaganda da punição pela prisão desde o início da persecução penal, devemos entender o processo na perspectiva de que sejam assegurados os direitos do acusado. Destarte, ensina PAIVA⁷⁶:

Conter ou limitar o poder punitivo não significa compactuar com a impunidade, e sim pugnar pelo respeito às regras processuais, constitucionais e convencionais que disciplinam a atividade do sistema de justiça criminal. Tal postura representa uma atividade contramajoritária na atualidade. Sempre foi assim e sempre o será. Encarar o processo penal desde este ponto de vista implica frearmos impulsos violentos, o que passa, necessariamente, por frustrar algumas expectativas sociais, de assumirmos uma postura impopular.

Conforme revela números do CNJ⁷⁷ o encarceramento no Brasil segue na contramão dos países democráticos, tendo crescido vultosamente na última década, sendo parte considerável destas prisões de caráter provisório. É nesse contexto, que a audiência de custódia se insere, de limitar o poder punitivo. O Estado possui a autorização constitucional de privar a liberdade do cidadão, mas sua dignidade deve ser garantida. Mas acima de tudo, há premente necessidade de se avaliar a prisão de forma apurada em virtude das conseqüências acarretadas pelo profundo estigma que o cárcere provoca ao cidadão preso.

Desde modo, ao analisar as experiências no direito comparado verificamos que a maioria dos países democráticos garante aos presos o direito de ser levado à presença do juiz, a fim de realizar o controle judicial sobre a prisão. Destarte, diante de lacuna legal que regulamente tal instituto no Brasil, o projeto do CNJ rompe com o longo período de desprezo do legislador brasileiro com tal direito do preso, expresso pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, é preciso compreender o instituto da audiência de custódia como mecanismo de garantia de efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

⁷⁵ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis : Empório do Direito, 2015 pág. 28.

⁷⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis : Empório do Direito, 2015 pág. 28.

⁷⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA, **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas**. Brasília, 2015 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 03 de julho de 2016.

Somente assim, em concordância com GRECO⁷⁸, vislumbraremos um processo sob o prisma de justiça material.

Ainda neste contexto, a fim de resguardar a aplicação das garantias expressas nas convenções de Direitos Humanos, é imprescindível que se proceda o controle de convencionalidade conjuntamente ao controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de tal temática ser relativamente nova na doutrina jurídica nacional.

Concluindo, o projeto implementado pelo Conselho Nacional de Justiça tem efetivado a proteção das garantias inerentes aos presos, posto que segundo números apresentados mensalmente pelo CNJ, quase a metade dos conduzidos à presença dos magistrados em todo território nacional não tem a liberdade cerceada pelo Estado.

⁷⁸ GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002 pág. 11

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS Mendonça Aachen [tradução]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, Janeiro de 2011 Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2016

ALFLEN Pablo Rodrigo **Apresentação (Vorführung) ou audiência de custódia no processo penal alemão** In: Audiência de custódia : da boa intenção à boa técnica [recurso eletrônico] / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016.

ARGENTINA **Codigoprocesal penal de lanacion argentina**, 21 de agosto de 1991. Disponível em: http://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal/286.htm. Acesso em: 04 de maio de 2016

BERNIERI Natalie. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Passo Fundo: IMED, 2015

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de junho de 2016

BRASIL Decreto 592 **Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos**. 1992 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 07 de maio de 2016

BRASIL Decreto 678 **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1992 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 07 de maio de 2016

BRASIL **Código de Processo Penal Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 13 de junho de 2016.

BRASIL **Projeto de Lei 156/2009**- Código de Processo Penal. Senado Federal. Disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/gettexto.asp?t=85509 Acesso em 20 de junho de 2016.

CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos**. Disponível em: <http://www.apamagis.com.br/website/Ler.php?type=1&id=33994>. Acesso em: 22 de junho de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas**. Brasília, 2015 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Audiência de Custódia**, Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/37dbb32d0a48858318082cd3a1d5e652.pdf>> Acesso em: 09 de maio de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA **Audiência de Custódia – Estatística**. Maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf> Acesso em: 24 de junho de 2016.

CORREA CAMARGO Jayme. **Audiência de Custódia: vantagens e desvantagens**, p. 58 in: ____AMAGIS JURIDICA - Ano VII – Número 12 – jan./jun. de 2015 - Belo Horizonte: Amagis, 2015

ESPAÑA **ConstitucionEspanola** Sanciona da em 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> Acesso em: 04 de maio de 2016.

ESPAÑA **Ley de enjuiciamiento criminal**, 17 de Setembro de 1982 Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> Acesso em 04 de maio de 2016.

FRANÇA **Constituição da República Francesa**, 03 de junho de 1958. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf Acesso em: 04 de maio de 2016

GOULART, Diego Dutra. **Audiência de custódia para inglês ver**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4311, 21abr.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38322>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

GRECO Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 abril / 2002

ITALIA **CostituzionedellaRepubblica Italiana** promulgada em 22 de dezembro de 1947. Disponível em:http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf Acesso em 19 de junho de 2016.

ITALIA **Código de ProceduraPenale**. 22/Set/1988 Disponível em: <http://www.imolin.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=VWAQsxEy4LxKg3puk0V7SwCYRoHTax68QN3vrshjaDU>. Acesso em 19 de junho de 2016.

LAZZARI, Rafael de. **A audiência de custódia como manifestação de um poder judiciário protetor dos direitos humanos**, Revista Pensamento Jurídico: São Paulo, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury, **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal**.In:____Revista da Defensoria Pública do

Estado do Rio Grande do Sul [online] Ano 5, V.9 (maio/agosto.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014.

LOPES JUNIOR Aury. **Direito processual penal**. – 11ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014

MASI, CarloVelho **Audiência de Custódia frente a cultura do encarceramento**. São Paulo: Editora RT, out 2015

MAZZUOLI Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro** Revista de Informação Legislativa: Brasília Ano 46 Nº. 181 jan./mar. 2009

MENDES, Gilmar **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição São Paulo: Saraiva, 2012

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Os mitos da Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em: 21 de junho de 2016.

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

PORTUGAL **Constituição Da República Portuguesa** Sancionada em 25 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 04 de maio de 2016

PORTUGAL **Lei 43/86 - Código de Processo Penal**. 26 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/Portugal/Penal%20Code%20Portugal%202004.pdf> Acesso em 04 de maio de 2016

PRUDENTE, NeemiasMoretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano XVI, no 93, p. 9/31, ago./set. 2015.

REINO UNIDO **Police and Criminal Evidence Act 1984** Primeira Impressão Novembro de 1984. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/41> Acesso em 04 de maio de 2016

SANNINI NETO, Francisco. **Audiência de custódia e jeitinho brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4351, 31 maio 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39583>>. Acesso em: 26 jun. 2016

TAVORA Nestor **Código de Processo Penal para concursos**. Salvador: Ed. Juspodium, 2015

THEODORO JUNIOR Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Unisinos: 2010

VASCONCELLOS Vinicius Gomes. **Audiência de Custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 24nº 283 – Junho/2016

WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo: Estudo de Direito Comparado para subsidiar o PLS 554/2011** In Núcleo Especializado de Direitos Humanos – DP do Estado de São Paulo. 2012