

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD
CURSO DE DIREITO**

**INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL E SEUS
REFLEXOS**

INGRID MARIA CASIMIRO SARMENTO

SOUSA – PB

2016

INGRID MARIA CASIMIRO SARMENTO

EXPECTATIVAS E A REALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Monografia apresentada à Unidade Acadêmica de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, com requisito para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Eduardo Pordeus

SOUSA - PB

2016

RESUMO

Um grande problema gira em torno de como saber se aquela pessoa presa em flagrante ou cautelarmente deve permanecer segregada. Dentre estas e outras indagações temos como resposta a audiência de custódia, que trata-se da apresentação do acusado em prazo razoável ao juiz competente e que este ateste a legalidade da prisão, a necessidade de que a mesma seja mantida e analisar se houve algum tipo de maus-tratos. A segregação deve ser a última medida a ser adotada pelo judiciário, pois, assim, atenderá as disposições constantes em tratados internacionais e na Constituição Federal. A audiência de custódia é uma das formas para se garantir que os direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana, sejam respeitados.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Prisão. Segregação. Tratados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. AUDIENCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS	6
1.1. O TARDIO, MAS FELIZ, RECONHECIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍCO BRASILEIRO.	6
1.2 VIOLAÇÃO A PRINCIPIOS BASILARES	13
1.3 GARANTIAS DE UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	17
2. AMBIENTE DE INSERÇÃO DA AUDIENCIA DE CUSTÓDIA	22
2.1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO SISTEMA CAUTELAR.....	22
2.2 AS PRISÕES CAUTELARES E SUAS PROBLEMÁTICAS	26
2.2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE	265
2.2.2 PRISÃO PREVENTIVA.....	287
2.2.3 PRISÃO DOMICILIAR CAUTELAR	309
2.2.4 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	309
2.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	30
3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	37
3.1 PRAZO, PROCEDIMENTO E FINALIDADE.	37
3.2 O JUIZ NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	42
3.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NAS OUTRAS FORMAS DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.....	45
3.4 VIDEOCONFERÊNCIA, MÍDIA E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O Brasil possui um sistema carcerário falido, onde, encarcerar alguém deixou de ser a melhor forma de repreender, afastando da sociedade, aqueles que tentam contra ela e que precisam de ajuda para reconhecer o erro e voltar à sociedade como uma pessoa melhor. Aprisionar alguém ou mesmo restringir parcialmente sua liberdade tornou-se o meio de punir o infrator e de, principalmente, vingar a perda sofrida.

As prisões cautelares possuem um destaque no nosso ordenamento jurídico, as discussões giram em torno da sua necessária aplicação e seus limites constitucionais. A Constituição de 1988 garante que ninguém será preso sem o devido processo legal que resulte em uma decisão fundamentada de autoridade competente, e tem a dignidade da pessoa humana como seu princípio basilar. Por isso, prender alguém que não teve acesso ao processo legal e será mantido em prisões onde a dignidade humana é amplamente desrespeitada, pelo motivo que for, gera tanta preocupação.

A Constituição de 1988 instaurou no nosso país o Estado Democrático de Direito, portanto deve o Direito Processual Penal respeitar fielmente os ditames e princípios da Carta maior, que trata diretamente do processo penal.

Desde então, a liberdade passou a ser a regra, fundada na presunção da inocência e a prisão, em especial a provisória, tornou-se a exceção, e só deve acontecer na presença de fortes elementos que a justifique.

No entanto, o Código de Processo Penal Brasileiro foi elaborado em 1941, período ditatorial brasileiro, e possui forte influência autoritarista e mesmo com as mudanças recentes, esse caráter ainda é presente.

Por isso, a participação do imputado deixou de ser mera formalidade e tornou-se um direito, onde este efetivamente participa do processo, inclusive produzindo prova. O que existe atualmente é uma cooperação entre o juiz e as partes a fim de esclarecer o fato e baseado em provas e argumentos proferir a melhor decisão.

As garantias constitucionais e as normas penais são aliadas na tarefa de manter o convívio em sociedade possível e de limitar a intervenção do Estado, principalmente, no momento de processar e julgar alguém.

A sociedade enfatiza os efeitos negativos do crime e principalmente o tratamento dado àqueles que cometeram, veem a prisão como algo indispensável à segurança e que deve ser uma punição severa.

Entretanto, é dever dos operadores do direito fiscalizar e aplicar as leis da melhor forma possível, a fim de proteger a vítima, assegurar que o acusado seja processado e julgado legalmente e evitar o encarceramento em massa.

Tendo isso em vista, este trabalho monográfico se propõe a analisar a implantação da audiência de custódia no nosso ordenamento jurídico, a sua previsão em Tratados Internacionais, sua adequação com os principais princípios constitucionais e a importância do controle de convencionalidade. Essa análise segue pelo atual contexto jurídico-social em que estão inseridas as prisões cautelares, descrevendo as suas modalidades e requisitos, abordando as suas principais críticas e mudanças com a chegada da audiência de custódia. E se torna mais objetiva quando observa a audiência de custódia em seu conceito, finalidade e características específicas, tratados na recente Resolução 213 do CNJ e no Projeto de Lei n. 544/11 que tramita no congresso.

Assim, o primeiro capítulo tratará, inicialmente, do reconhecimento dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, do caráter especial daqueles voltados aos direitos humanos e da definição da audiência de apresentação trazida por eles. Segue o primeiro capítulo com análise da importância da audiência de custódia para a efetivação da dignidade humana, do contraditório e outros princípios basilares do nosso direito. E, ainda, trata sobre o controle de convencionalidade e seus principais desdobramentos.

No segundo capítulo será dado enfoque ao sistema processual penal onde a audiência será inserida. Haverá uma breve, mas importante, análise dos princípios norteadores das prisões cautelares, suas modalidades (prisão em

flagrante, preventiva, domiciliar e temporária) e requisitos. O capítulo findará com uma exposição sobre as medidas cautelares alternativas a prisão.

O último capítulo visa conjugar os tópicos expostos nos capítulos anteriores e, principalmente, discorrer sobre a audiência de custódia, sua previsão na Resolução 213 do CNJ e no Projeto de Lei 544 que tramita no congresso, suas principais características, e alguns aspectos particulares e polêmicos.

Passamos agora ao desenvolvimento desse tema tão atual que é simultaneamente problemático e solução para vários problemas. Que está em prática há pouco tempo, mas já roubou os holofotes do nosso ordenamento jurídico.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 O tardio, mas feliz, reconhecimento da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito é um dos instrumentos na busca de avanços sociais em muitas sociedades, inclusive no Brasil como estado democrático de direito. A audiência de custódia só foi implantada no Brasil recentemente, em 2015, mas, a sua normatização ocorreu há vários anos em tratados internacionais ratificados por nós.

O Brasil percorreu um árduo caminho até a sua democratização, e mostrou-se um país preocupado com a liberdade e dignidade do seu povo quando ratificou alguns dos mais importantes tratados internacionais já celebrados. Apesar disso, foi a duras penas e depois de inúmeros apelos e da iniciativa do poder judiciário que, finalmente, a audiência de custódia saiu do papel e entrou em fase de execução.

A relação entre a democratização do Brasil e a implementação dos direitos humanos no âmbito jurídico e social brasileiro reflete a luta pelo reconhecimento da dignidade humana como um todo e, em particular, da audiência de custódia como símbolo desse reconhecimento.

Após a ditadura militar, que durou de 1964 a 1985 e a dignidade humana entre outros direitos fundamentais foram ignorados em nome do autoritarismo, iniciou-se a lenta e tão almejada democratização do Brasil. Apesar da saída dos militares do poder, por si só, significar o fim da ditadura e início da democracia, a sociedade civil estava unida e exerceu papel importante nesse processo de transição, demonstrando um desejo geral por justiça e liberdade.

Diante de tal realidade, tornou-se necessário a criação de um sistema que exercesse controle sobre as forças militares e, principalmente, a elaboração de um novo código, uma nova ordem constitucional. Assim, em 5 de outubro de 1988 nasceu a Constituição da República Federativa do Brasil, a constituição cidadã.

A Constituição de 1988 é o grande marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no País. Consoante acentua Flávia Piovesan (2014, p. 546):

“Introduz o texto constitucional avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.”.

Como reflexo dessa nova realidade, surge um aumento considerável de movimentos sociais, movimento de mulheres, negros, índios, idosos, entre outros. Observa-se a “especificação do sujeito de direito”¹, idealizado por Bobbio.

Nas décadas seguintes, o Brasil destaca-se, no âmbito jurídico, pela importante adesão aos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos - TIDH e pela ampla produção normativa nessa área, com a regulamentação dos direitos culturais, econômicos e políticos.

A audiência de custódia, em particular, está prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aderido pelo nosso país em 1992, através do Decreto nº 592, preleciona que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais 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 ².

No mesmo ano, o Brasil adere a Convenção Internacional de Direitos Humanos, com a promulgação do Decreto nº 678. No artigo 7.5 da Convenção, a apresentação, sem demora, ao juiz, da pessoa presa é novamente tratada:

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

¹ 2 BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68-69.

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

A verdade é que o Brasil é um retardatário nesse aspecto, muitos países já adotam a audiência de custódia – há nomenclaturas distintas em cada país, mas o instituto é o mesmo – tanto na Europa quanto na América Latina.

Tamanha é a importância da aplicação da audiência de custódia que, em 2004, a Corte Internacional dos Direitos Humanos condenou o Equador por violação ao direito à audiência de custódia por permitir que se passassem mais de dois anos para que o Sr. Acosta Calderom fosse apresentado ao juiz. Na ocasião a Corte ressaltou que:

El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia.

Em caso semelhante na Argentina, a Corte reconheceu a violação do direito à audiência de custódia no caso Bayarri, onde, este só fora apresentado à autoridade judiciária quase uma semana depois de ser detido.

Aqui no Brasil em 1992 quando policiais do Estado do Rio de Janeiro mataram um jovem, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos censurou o Brasil por não ter garantido a audiência de custódia a vítima e por concluir que sua prisão era ilegal.

É crucial destacar, o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevendo a necessidade de regulamentação interna, em alguns países, para o integral cumprimento dos seus dispositivos dispõe que:

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

Felizmente, o Brasil não se encaixa em tal previsão, pois a Constituição de 1988 e em seu artigo 5º, §2º, após uma extensa relação de direitos e garantias

fundamentais, estabelece que “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, garantindo caráter fundamental aos direitos decorrentes de TIDH. Sobre o reconhecimento dos Direitos Humanos como direitos fundamentais, garantindo-lhes mesmo grau de importância e eficácia, leciona Siqueira Jr. e Oliveira (2010, p. 24):

Os direitos humanos reconhecidos pelo Estado são denominados de direitos fundamentais, vez que via de regra são inseridos na norma fundamental do Estado, a Constituição. (...) Com o intuito de limitar o poder político estatal, os direitos humanos são incorporados nos textos constitucionais, apresentando-se como verdadeiras declarações de direitos do homem, que juntamente com outros direitos subjetivos públicos formam os chamados direitos fundamentais. Essa categoria de direito é na realidade uma limitação imposta aos poderes do Estado. Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático: formam a sua base, sendo inerentes aos direitos e liberdades individuais.

Consequentemente, tem-se que a da Audiência de Custódia, é um direito humano e fundamental não expresso na Constituição Federal, mas reconhecido por esta como tal.

Outros aspectos sobre os TIDH ratificam, ainda mais, a legalidade da Audiência de Custódia: a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema é controverso na doutrina, mas o Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP firmou entendimento que:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Ao justificar o tratamento dado aos TIDH André Ramos Távares (2012, p. 561) explica que

o motivo ensejador de tal distinção de tratamento encontra-se na própria natureza de cada um destes tratados. Lembre-se que, nos tratados usuais, têm-se meros compromissos recíprocos entre os Estados, de caráter geralmente comercial e de cunho disponível. Já os tratados de direitos humanos não podem ser considerados como disponíveis pelos Estados, pois não interferem nem procuram resguardar as prerrogativas dos Estados. Não são tratados do tipo tradicional.

Conclui-se, portanto, que o atributo de supralegalidade assumido pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos lhes garante um patamar superior, ou seja, estão hierarquicamente acima das leis Ordinárias e Complementares, incluindo o Código de Processo Penal, conseqüentemente, embora não exista legislação interna voltada especificamente a Audiência de Custódia, está merecendo ser reconhecida como um direito fundamental.

Essa conclusão rebate um argumento, muito utilizado por quem pretende inviabilizar a prática da audiência de custódia, de que tal instituto requer uma reforma legislativa, e que estaria o Judiciário substituindo o legislador na a implantação de tal direito no Brasil. Possuindo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos eficácia plena e imediata, leciona Mazzuli (2013, p. 33),

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas 'de outra natureza'. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.). Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.

Possuindo a CADH consistência normativa para atuar no ordenamento jurídico interno afasta o *positivismo nacionalista*, que imperou do século XIX até meados do século XX e exigia que os direitos advindos de Tratados Internacionais fossem sistematizados por leis internas, para que só assim pudessem ser concretizados e observados pelo Estado e pelos Particulares.

Vale ressaltar o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que, devido a Emenda Constitucional de 45/2004, garantiu aos TIDH aprovados, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, valor de emenda Constitucional.

Sob a perspectiva da importância dos TIDH, o Ministro Celso Antônio Bandeira de Melo reavaliou seu entendimento sobre o tema e consagrou o tratamento diferenciado daqueles, reconhecendo a sua hierarquia constitucional. Assim, argumentou:

julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada),

posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias)³.

1.2 Violação a Princípios Basilares

O atual Direito Constitucional ocidental adota, como hermenêutica de maior importância na manutenção da ordem constitucional, aquela que exalta e privilegia os princípios fundamentais e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em um contexto mais amplo de atuação, “o princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontrolavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo”⁴. Já no contexto estrito constitucional, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”⁵.

A pessoa humana e conseqüentemente a sua dignidade, sendo inaceitável qualquer julgamento a essa qualidade, é o grande objetivo de um Estado democrático de direito, consoante afirma Gouveia, “o princípio da dignidade da pessoa humana, como relevante manifestação material do princípio do Estado de Direito, significa, de um modo geral, que a pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito”⁶. Para Sarlet dignidade humana é:

(...) a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desmano, como venham a lhe garantir as condições

³ “HABEAS CORPUS” - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – PEDIDO DEFERIDO.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779111>.

⁴ Cármen Lúcia, *O princípio da dignidade*. Cit., p. 13.

⁵ Paulo Bonavides, *Teoria constitucional da democracia participativa*, Malheiros, 2001, fls. 233.

⁶ Jorge Barcelar, *Manual de direito Constitucional*, vol.II, pp. 784-785.

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷

É importante observar a definição de dignidade, mas é nitidamente mais simples sentir o que é digno e o que não é digno. Uma pessoa comum pode até ser alheio a o conceito de dignidade, porém, saberá distinguir um tratamento digno de um indigno, inclusive com relação a um semelhante, basta colocar-se em seu lugar.

Sensível a essa certeza e à necessidade de positivizar esse princípio, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, III, taxativamente atribui o caráter de fundamento à dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana.
(grifo nosso)

A dignidade humana também é tratada de forma explícita pela Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 1º, *in verbis*:

Artigo 1º
Todos os seres humanos nascem livres e iguais em **dignidade** e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.(grifo nosso)

E também pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966):

Artigo 10
1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Com a superação do pensamento equivocado da necessidade de lei interna para efetivação dos expedientes presentes nos Tratados Internacionais, principalmente os de direitos humanos, fica demonstrado a grave ruptura com o princípio da dignidade da pessoa humana na ausência da audiência de custódia, uma vez que, esta é um instrumento eficaz e indispensável na proteção daquele.

Ao garantir a proteção ao princípio da dignidade humana a audiência de custódia garante, também, uma serie de outros princípios constitucionais: o imediato

⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana...*, cit., p. 62.

relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV⁸); um célere desfecho da investigação e do processo (art. 5º, LXXVIII)⁹; um julgamento justo por um juiz imparcial (art. 5º, LIII)¹⁰; e conseqüentemente, a observância do devido processo legal (art. 5º LIV)¹¹.

Sobre a face fundamental do devido processo legal e a sua origem, Guilherme Madeira observa que o seu “surgimento, originariamente, não é ligado ao Direito Penal ou ao Direito Processual Penal. Surge, em verdade, a partir de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, desde o século XIX e significa que “existem alguns direitos substantivos que, por serem fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja”¹².

Outro princípio que ganha um importante respaldo na audiência de custódia é o princípio da presunção da inocência. Ao determinar que a pessoa detida seja levada à presença do juiz em até vinte e quatro horas para que se verifique a necessidade ou não da prisão cautelar evita-se o encarceramento de alguém que é presumidamente inocente.

Ensina Távora (2016, p. 82) que:

(...) o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Recentemente, apesar da previsão constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória”, o STF no julgamento do HC 126929, por maioria dos votos (7 a 4), declarou ser possível o cumprimento da pena após decisão de segunda instância. Justificando tal decisão o Ministro Teori Zavascki (relator) defende que:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram

⁸ LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária

⁹ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

¹¹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹² Guilherme Madeira Dezem, *Curso de Processo Penal*, p. 26.

desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. (...). Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, **parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão**, para o caso concreto, **do princípio da presunção de inocência** até então observado. (grifo nosso)

Contrário a tal decisão, e suplicando a observância do princípio da inocência, o Ministro Celso de Mello alerta para a necessidade do trânsito em julgado no cumprimento da pena:

Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.

(...)

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Extrapolando o objetivo desse trabalho discutir o entendimento da Suprema Corte. O que se extrai da polêmica decisão, que “relativiza” – nas palavras de Zavaski – o princípio da inocência na fase processual, é que a audiência de custódia, como instituto da fase pré-processual, ganha relevante destaque, sob pena de que por duas vezes no mesmo caso ocorra a inversão do princípio da inocência, o que seria inaceitável.

A imediata apresentação da pessoa detida ao juiz garante, também, a execução dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Entende-se por ampla defesa “o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar”¹³.

¹³ Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, p. 98.

Já o contraditório, ainda segundo Capez, “é o direito de serem cientificadas sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele, antes de qualquer decisão jurisdicional (CF, art. 5º, LV)”.

Assim, a audiência permite que o detido saiba, tão logo ocorra à apresentação ao juiz, do pedido de prisão (ou de outra medida cautelar) que venha a ser formulado e inicie a resistência.

Conclui-se, portanto, que a audiência de custódia é a “personificação” de inúmeros princípios constitucionais e ignorar a sua existência é agredir violentamente a Constituição e direitos fundamentais que foram a duras penas conquistados.

1.3 Garantias de um direito fundamental

A audiência de custódia é um direito fundamental e como tal possui meios de garantir a sua observância. O controle de convencionalidade é um desses meios e consiste em aplicar no controle de leis domésticas limites conferidos pelos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Consequentemente, as normas infraconstitucionais possuem, além da Constituição Federal, parâmetros materiais e formais impostos pelo direito internacional público.

O controle de convencionalidade surgiu na França em 1975 quando o Conselho Constitucional Francês entendeu pela aplicação do Princípio da Superioridade dos Tratados sobre a Lei, exposto na sua Constituição.

Sobre o controle de convencionalidade e a necessidade de um tratamento diferenciado aos TIDH Piovesan (2012, p. 195) explica que “o pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária”. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.

Diferentemente do controle de constitucionalidade que analisa se a norma segue os ditames da Constituição e tem nesse fundamento a sua validade, o controle de convencionalidade, complementarmente, adequa as normas internas a

proteção dos Direitos Humanos consagrados em tratados internacionais. Salienda-se que caso a norma interna seja mais benéfica do que a externa, na ótica dos direitos humanos, prevalecerá aquela, priorizando a norma que melhor proteja os direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal em 03/12/2008 no julgamento do *HC 87.585-TO e do RE 466.343-SP*, por cinco votos a quatro, finalmente consagrou o caráter de infralegalidade aos TIDH. Como consequência prática a essa decisão, tem-se a dupla compatibilidade vertical, ou seja, toda lei deve ser compatível com a Constituição e com os TIDH, sendo inválida a lei que contrariá-los.

Assim, simultaneamente ao controle de constitucionalidade há o controle de convencionalidade. No entanto, só haverá controle de convencionalidade concentrado quando a norma contrariar os TDH aprovados sob os ditames do art. 5º, § 3º – aprovação por dois quintos dos votos por suas vezes em cada casa do Congresso.

A contra senso Valério Mazzuoli, que de forma inédita tratou do tema em sua tese de doutoramento, acompanhado de Flávia Piovesan e Fábio Comparato defende que os TIDH, independentemente de serem submetidos ao rito do art. 5º, § 3º da CRFB/88, são normas constitucionais por força do §2º¹⁴ do mesmo artigo, sendo os demais Tratados Internacionais supralegais.

Disso resulta que todos os TIDH são parâmetros para o controle difuso e concentrado de convencionalidade e os demais tratados apenas para o controle difuso. Essa tese não foi acatada pelo STF, que como vimos adota tese distinta.

Mostrando-se uma eficaz ferramenta na garantia do exercício de direitos, inclusive na realização da audiência de custódia, tribunais em todo o Brasil, seguindo o entendimento da Corte Suprema, estão aplicando o controle de convencionalidade nas suas decisões.

A exemplo da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, por unanimidade, reconheceu a necessidade de realização da

¹⁴ Artigo 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Audiência de Custódia, ao julgar Habeas Corpus impetrado contra ato do Juízo de primeiro grau, que converteu o flagrante em prisão preventiva. No caso em tela, o impetrante alegou que a prisão em flagrante foi ilegal, contaminando a prisão cautelar subsequente. Usou o argumento de que a prisão sem apresentação do preso ao juiz feriu um direito fundamental e contrariou o Pacto de São José da Costa Rica. Nas palavras do Des. José Laurindo De Souza Netto, relator:

Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais.

(...)

Assim, não se pode ignorar a inevitável alteração do comportamento do Judiciário Brasileiro em relação à necessidade de realização das audiências de custódia, previstas em normas de direito internacional, que já integram o ordenamento jurídico nacional.¹⁵

Assim, a referida Câmara, na ausência da audiência de custódia viabilizou aplicação de medida cautelar diversa da prisão, diante da adequação e necessidade, em razão das circunstâncias do caso concreto.

A apresentação do detido ao juiz influencia na sua tomada de decisão, seja para decretar a prisão preventiva ou para determinar a soltura. Isso se dá pelo fato de que o juiz, diante do acusado, poderá perceber o ser humano que ali existe e terá uma visão mais humanista e próxima da realidade, além, de a audiência de custódia ser de observância obrigatória por integra nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o *habeas corpus* é um importante instrumento para garantir a observância da audiência de custódia e conseqüentemente a liberdade de

¹⁵ DECISÃO: ACORDAM os Senhores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE - EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL - REQUISITOS DA PRISÃO - FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA - FALTA DE CONEXÃO LÓGICA - QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA - AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO - ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186829383/habeas-corporus-hc-13583232-pr-1358323-2-acordao>.

locomoção, já que, com exceção da prisão em flagrante, as demais prisões devem ser precedidas por aquela.

Apesar do STF entender que os TIDH assumem posição supralegal no nosso ordenamento jurídico e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ ter iniciado um plano de implantação da audiência de custódia, o Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do HC 344.989 entendeu que a ausência da audiência de custódia não torna a prisão cautelar ilegal.

O principal argumento usado pelo Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, além das peculiaridades do caso concreto, foi de que o instituto em discussão ainda não possui previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio:

Ab initio, em relação à alegação sobre suposta nulidade decorrente da não realização da chamada "audiência de custódia", muito embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, preveja em seu art. 7º, inciso 5, que o acusado preso deverá ser apresentado à presença da autoridade judicial, cumpre repisar que atualmente não existe tal previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio.

(...)

Dessa forma, cumpre verificar que a não realização da audiência de custódia, por si só, não é capaz de ensejar a ilegalidade da prisão imposta ao paciente, sobretudo porque foram respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.¹⁶

E complementa sua argumentação citando o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do RHC n. 58.308/RJ:

Não há, até o momento, lei federal acerca da matéria, e nem se defende sua necessidade, dada a previsão em tratados internacionais.

(...)

Como se vê, têm sido adotadas medidas no âmbito estadual para o cumprimento da norma internacional, nas quais não se constata a fixação de prazos. E, mesmo onde já há norma estadual, como em São Paulo e no Rio de Janeiro, não se vislumbra, por ora, a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia sob pena de ilegalidade da custódia cautelar. A implantação tem sido gradual, como dito.

¹⁶ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/falta-audiencia-custodia-nao-torna.pdf>.

Conclui-se, portanto que é possível a impetração de Habeas Corpus na defesa de paciente que teve sua liberdade cerceada em virtude de prisão decretada sem a ocorrência previa da audiência de custódia, porem, não é certa a sua aceitação pelo Tribunal julgador, pois a jurisprudência da Suprema Corte não vincula os demais Tribunais e o STJ claramente lhe é contrario.

2. AMBIENTE DE INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Princípios orientadores do sistema cautelar

O princípio da Presunção da Inocência é a viga mestre do processo penal, garante a proteção de todos os inocentes, ainda que sob a pena de alguns culpados passem impunes. Essa escolha filosófica é consequência direta da certeza de que a prisão desnecessária e extemporânea é um preço demasiado alto a ser pago, ainda mais diante do falido sistema prisional brasileiro.

No entanto, as medidas cautelares são aplicáveis sem que exista uma sentença penal condenatória transitada em jugado e estão diretamente ligadas ao nosso objeto de estudo, por isso é fundamental a análise destes institutos. O presente capítulo visa expor criticamente as prisões cautelares para que diante das suas fragilidades possamos perceber o quão é importante a audiência de custódia.

Os princípios são os fundamentos de todo estudo jurídico, com as prisões cautelares não é diferente, aliás, é ainda mais importante, pois, permitem a mitigação do princípio da presunção da inocência.

A Jurisprudência e Motivação é quem garante que toda e qualquer prisão cautelar só seja decretada por ordem judicial amplamente fundamentada. Excepcionalmente a regra, a prisão em flagrante, que pode ser feita por qualquer pessoa e, claro, pela autoridade policial tem sua jurisdição e motivação aplicada em momento imediatamente posterior, quando o juiz decide por homologá-la ou relaxá-la e, ainda, em decretá-la em preventiva ou determinar liberdade provisória.

Constitucionalmente prevista no art. 5º, LXI, onde “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, fica explícito que poderá ser preso por ordem de policial, delegado, promotor, ou qualquer outra autoridade que não seja a judiciária competente, podendo ser juiz ou tribunal.

Protegendo estes princípios temos o art. 283 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A prisão cautelar é taxativamente um desrespeito ao princípio da jurisdicionalidade, mas a sua existência é justificada pelo liberalismo clássico que apresenta as prisões cautelares como um “mal necessário” e ao cumprir a sua função cautelar é aceita em nome da proporcionalidade e da necessidade.

Infelizmente a sua banalização é uma realidade preocupante porque a fonte do problema é cultural e aquilo que era pra ser excepcional passou a ser comum.

O princípio do Contraditório foi brevemente tratado no capítulo anterior, mas ele recebe um destaque quando direcionado as medidas cautelares. Há algum tempo atrás, para muitos juristas não era possível a aplicação do contraditório nas medidas cautelares, felizmente essa ideia foi vencida e hoje é perfeitamente possível sua compatibilidade, inclusive nas prisões cautelares.

Sabendo da carência e da importância da audiência em custódia, Aury Lopes Jr. em 2012 ao tratar do princípio do contraditório prevê a sua existência:

Nossa sugestão sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (interrogatório), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito de audiência” e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”. Para os “operadores” do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato da maior relevância.

No nosso CPP o §3º do art. 282, alterado em 2011 pela lei 12.403 traz uma tímida, mas plausível evolução:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Não fica claro qual o objetivo desta intimação, mas presume-se que seja para algum ato que permita a manifestação da defesa. Obviamente isso não pode

ser aplicado quando há risco de fuga, no entanto, é imprescindível que o contraditório exista, ainda que em momento posterior.

As prisões cautelares só podem ser aplicadas em determinadas situações, respeitando seus requisitos e fundamentos. Na medida em que essas condições deixam de existir a prisão deve cessar garantindo-lhes a provisionalidade.

Por ser um princípio básico, a provisionalidade deve ser respeitado sob pena da prisão cautelar torna-se ilegal e de que o detido tenha sua liberdade cessada por tempo superior ao necessário. Tal princípio está consagrado no art. 282, §§ 4º e 5º do CPP, *in verbis*:

Art.282.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Observação importante deve ser feita quanto a possibilidade de o juiz atuar de ofício. Como ser imparcial, o juiz não poderia sair decretando prisões ou medidas cautelares, vai de contra o princípio da imparcialidade, do sistema acusatório constitucional e o princípio da inércia do judiciário.

A prisão é a última medida a ser tomada, devendo ser analisado a aplicação e suficiência das outras medidas cautelares como pré-requisito. O princípio da excepcionalidade garanti que a prisão preventiva só aconteça quando as medidas cautelares diversas a prisão são inadequadas ou insuficientes, mesmo quando aplicadas de forma cumulativa. Nesse sentido o § 6º do art. 282 do CPP prevê que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Infelizmente no Brasil primeiro se prende e depois se investiga na busca de provas que comprovem a autoria do delito, quando o correto seria investigar, efetuar diligências e se necessário prender. A banalização das prisões cautelares

faz destas uma verdadeira pena processual¹⁷, onde primeiro se pune e depois se processa.

Como justificativa a esse erro Lopes Jr, afirma:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concedido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural.

No âmbito das prisões cautelares o princípio que mais se destaca é sem dúvida o princípio da proporcionalidade, considerado por muitos como o sustentáculo das prisões cautelares é ele quem viabiliza o difícil equilíbrio entre o direito à liberdade e o dever de coibir os delitos. É ele também que guia o juiz diante do caso concreto, quando terá que decidir e escolher uma medida que respeite o *fumus commissi* e o *periculum libertatis* e atinja a finalidade pretendida.

Lecionado no art. 282 e seus incisos no CPP, o princípio da proporcionalidade vincula uma relação de causalidade entre o meio e o fim:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Trata-se da ponderação entre o alto custo de impor a um indivíduo que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem que exista processo muito menos sentença, e a necessidade da prisão e consideração dos elementos probatórios existentes.

Analisando o princípio da proporcionalidade aliado ao da dignidade da pessoa humana deverá o juiz com muita ponderação aplicar a prisão somente em casos extremos, como a “última ferramenta”.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 776 e ss.

2.2 As prisões cautelares e suas problemáticas

A relação da audiência de custódia com as prisões cautelares é intensa e de indispensável análise. A prisão em flagrante sofreu alteração significativa no seu procedimento, e as demais prisões também foram atingidas, na medida em que, a decisão do juiz sofre influência com a presença do detido e que cautelarmente tenta impedir o excesso de punição a um alguém, que sem o devido processo legal, terá sua liberdade cerceada.

Entender a natureza jurídica, as situações em que são permitidas e as fragilidades das prisões cautelares é indispensável para que tenhamos uma dimensão do alcance do nosso objeto de estudo.

2.2.1 Prisão em flagrante

Flagrante advém da expressão latina *'flagrare'* (queimar), e *'flagrans'*, *'flagrantis'* (ardente, brilhante, resplandecente) assim, nas palavras de Carnelutti flagrante é "la llama, que denota com certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que aguna cosa arde"¹⁸, em outras palavras, onde a chama há combustão e com certeza alguma coisa queima.

A prisão em flagrante é, portanto, aquela que ocorre quando há certeza visual do crime, existe o *fumus commissi delicti* e este é inequívoco, gerando uma obrigação para o Estado e uma faculdade aos particulares de cessar a ação delitiva e deter o autor.

Pode ser praticado por particulares ou por autoridades policiais porque essa detenção é precária, não visa proteger o processo e será submetida ao judiciário em um prazo de até 24 horas.

Desde a nova redação do art. 306¹⁹ do CPP dada pela lei 12.403 de 2011, não se justifica mais manter um individuo preso por mais de 24 horas, sem que haja

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, 1950, t. II, p. 77.

¹⁹ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

uma decisão fundamentada que decreta a prisão preventiva, onde o *periculum libertatis* esteja presente.

E aqui se encaixa a audiência de custódia, na ratificação judicial da prisão em flagrante. Agora, ela é feita com a apresentação do preso e não tão somente com a remessa dos autos da prisão em flagrante ao juiz. Na remessa dos autos, a decisão sofre influência apenas da autoridade policial ou do Ministério Público que geralmente tendem a favor da decretação da prisão. O oposto acontece quando o detido está de frente para juiz que pode fazer um julgamento mais humano e realista.

Nas palavras de Renato Brasileiro (2016, p. 1281)

a perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des)necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante.

Há varias espécies de flagrante, estão disciplinadas no art. 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

No inciso I, o crime sendo praticado, vale dizer, o verbo do núcleo do tipo está sendo desenvolvido, o momento é tão preciso que em certos casos a consumação do delito pode ser evitada.

No inciso seguinte, o flagrante se dá imediatamente ao cometimento do delito, quando o agente já terminou de praticar o núcleo do tipo penal. Por ser irrisório o lapso temporal entre a feitura do crime e o instante do flagra, este ainda é considerado um flagrante próprio.

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

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

A fragilidade reside nos flagrantes descritos nos incisos III e IV, tanto que são conhecidos como “flagrantes impróprios” ou “quase flagrantes”. Essas terminações induzem a uma ideia de que não são flagrantes, mas isso é um equívoco, o CPP tem uma sistemática incontestável nesse aspecto.

A fragilidade reside no fato de não se presenciou o cometimento do núcleo do tipo penal. O que há é uma forte presunção baseada nos fortes indícios, essa fragilidade reflete diretamente nos elementos que legitimam a prisão, aumentando, assim, as chances de serem afastados pelo juiz quando na análise da sua legalidade.

Foge ao objetivo desse trabalho discorrer sobre todos os aspectos envolvendo as prisões em flagrantes, mas, é curial destacar a inconstitucionalidade do termo “presumir” nos incisos III e IV. A presunção da autoria é um dos fatores exigidos na ocorrência dos flagrantes em tela e é, a rigor, inconstitucional à luz da presunção da inocência. Infelizmente o controle constitucional de normas processuais penais ainda é imaturo e constitucionalidade desta presunção se justifica em elementos como a posse do objeto subtraído, a posse da arma do crime, aparência física, reconhecimento da vítima e outros.

2.2.2 Prisão Preventiva

Na sintática e exemplar lição de Renato Brasileiro (2016, p. 1281) prisão preventiva é:

(...) espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Há duas críticas sobre a definição de prisão preventiva: a primeira sobre, a já mencionada, possibilidade do juiz decretar a prisão de ofício, agindo imperativamente de forma inquisitória ao desfavorecer uma parte em detrimento da outra, uma vez que, aquela vai estar presa; a segunda crítica recai sobre o emprego da expressão “no curso da ação penal” quando deveria ser “no curso do processo

penal”. Ação é um direito constitucional de recorrer ao judiciário quando necessário, já o processo é que sofre um “proceder” e possui vários momentos.

Os requisitos da prisão preventiva estão dispostos no art. 312 do CPP, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

O requisito *fumus commissi delicti* exige a existência de “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, ou seja, a existência de sinais externos, extraídos de uma investigação profunda e racional do caso. É fundamental, portanto, que a conduta supostamente praticada pelo autor seja ilícita, típica e culpável e com provas nesse sentido.

Já o fundamento *periculum libertatis* reside na presença, não concomitante, da: a) ordem pública; b) ordem econômica; c) instrução criminal; d) aplicação da lei penal. E segundo o art. 312 do CPP, a prisão preventiva também poderá ser decretada quando desrespeitadas alguma das obrigações exigidas em outras medidas cautelares.

O que se discute é a constitucionalidade dos dois primeiros fundamentos (da ordem pública e da ordem econômica). O principal argumento dessa tese é que esses fundamentos, apesar da colocação, não são cautelares na medida em que não visam proteger o processo. Na lição de Aury Lopes Jr. (2012 p.339) “as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento”.

Infelizmente o aspecto mais alarmante sobre a prisão preventiva é a falta de previsão legal a cerca do seu prazo máximo de duração. Como medida cautelar caracterizada pela provisoriedade a prisão preventiva, assim como a prisão temporária, deveria ter prazo determinado, no entanto, assume características de uma verdadeira pena antecipada.

2.2.3 Prisão Domiciliar Cautelar

Com natureza jurídica de prisão cautelar e não de medida alternativa a prisão preventiva, a prisão domiciliar tem caráter substitutivo por questões humanísticas e está estabelecida no Capítulo IV do Título IX do CPP, nos artigos 317 e 318 nos seguintes termos:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Diversa da medida cautelar de recolhimento domiciliar previsto no art. 319, V na qual o indivíduo pode sair durante o dia para exercer suas atividades profissionais, devendo permanecer no domicílio apenas no período noturno e nos dias de folga, a prisão domiciliar considera os motivos pessoais do indivíduo e possui aspectos humanísticos. Assim como as demais medidas cautelares, é substitutiva da prisão preventiva e se submete aos mesmos princípios e requisitos.

2.2.4 Prisão Temporária

A prisão temporária tem natureza cautelar e prazo de duração predeterminado, decretada pela autoridade judiciária durante as investigações preliminares nos termos do §2º do art. 282 do CPP, diferentemente da lei 7.960/1989 que restringi sua aplicação ao inquérito policial.

Sob pressão da polícia judiciária, que se queixava do seu enfraquecimento com a promulgação da constituição de 1988, a Medida Provisória n. 111 foi substituída pela lei 7.960 de 1989. E aí se instala a primeira mácula do instituto. O que segundo Aury Lopes Jr. Seria um “defeito genético”: a MP nº 111 foi criada pelo poder Executivo que, violando o art. 22, I da Constituição da República,

legislou sobre direito processual penal e penal, o que é claramente inconstitucional. Na lição de Távora (2016, p. 2387):

A temporária está disciplinada na Lei nº 7.960/ 1989, que substituiu a Medida Provisória nº 111/ 1989. Aí está a primeira mácula do instituto. A temporária ingressou no ordenamento por iniciativa do executivo, dissociada não só do fator relevância e urgência, essencial às medidas provisórias, e o pior, instituiu-se restrição a um direito fundamental – liberdade ambulatorial –, sem lei no sentido estrito, como ato inerente ao Poder Legislativo. Em que pese a conversão posterior da medida provisória na lei infante, é de se ressaltar que a mácula não se convalida, e a inconstitucionalidade perpetua até os dias atuais, apesar de os nossos tribunais não a reconhecerem, tendo o STF na ADIN 162/DF rejeitado a liminar que poderia sepultar o instituto.

Em regra sua duração será de até cinco dias (art. 2º), mas, nos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo esse prazo poder ser de até trinta dias (art. 2º §4º, da Lei 8.072/90), podendo ambos os casos ser prorrogados por igual período.

Mesmo com previsão em legislação extravagante, a prisão temporária segue o CPP e seus dispositivos sobre as medidas cautelares, inclusive ao art. 282. Portanto, a prisão temporária só poderá ocorrer não poder ser aplicada medida menos gravosa.

2.3 Medidas cautelares diversas da prisão

O legislador sensível a difícil missão de prender alguém sem um devido processo e sentença penal condenatória transitada em jugado sabiamente introduziu, através da Lei n. 12403/11, vários institutos que cumprem seu papel de medida cautelar sem a necessidade da prisão.

Salienta-se que as medidas alternativas só são cabíveis quando presentes os fundamentos da prisão preventiva, que não foi imposta em nome da proporcionalidade e da existência de medidas menos onerosas.

Novamente a falta de previsão legal sobre o prazo máximo de duração das medidas cautelares diversas é objeto de críticas. Essa omissão abre espaço para os abusos, restando-nos, apenas, confiar na aplicação da medida menos gravosa e com proporcionalidade.

As medidas cautelares diversas da prisão estão dispostas nos arts. 319 e 320 do CPP, variam sua finalidade e intensidade, podem ser decretadas isolada ou cumulativamente²⁰, sempre que adequadas e proporcionais.

O comparecimento periódico em juízo está disciplinado no inciso I do art. 319:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

Garante a eficácia da lei penal ao passo que coordena o paradeiro e as atividades do imputado, agindo, inclusive, como incentivo a sua permanência nas localidades próximas a do juízo e ao exercício de atividades laborativas lícitas e regulares.

Será fixado as condições, a periodicidade e duração da medida, salientando-se que a presença mensal ou bimestral são as mais adequadas tendo em vista que o comparecimento diário ou semanal é desproporcional e pode atrapalhar a rotina do réu.

O inciso II do mesmo artigo dispõe sobre a proibição de frequentar determinados lugares:

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

A proibição de frequentar determinados lugares tem o objetivo de evitar a prática de novas infrações, dado que, a presença do réu em determinados locais pode facilitar o cometimento de novos delitos.

Apesar de não ser uma medida eminentemente cautelar, precisa ser bem determinada. Deve haver nexos entre a medida imposta, o fato ocorrido e as infrações que se pretende evitar, tudo deve ser concretamente demonstrado, não sendo suficientes meras alegações. Um exemplo é a proibição a torcedor que tenha cometido crime contra outros torcedores, de frequentar estádios de futebol, desde que comprovado o risco de reiteração.

²⁰ Art. 282

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

No inciso seguinte fica estabelecida a proibição de contato ou aproximação de pessoa determinada:

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Apesar da redação um pouco confusa, o dispositivo passa que há duas situações distintas. Uma na qual a proibição é de manter contato com determinada pessoa, seja qual for o contato, pode ser por telefone, mensagens, redes sociais, etc. E outra é de manter uma distância física da pessoa, muito utilizada nos casos de violência contra mulher. Podendo ser aplicadas cumulativamente²¹.

A pessoa protegida pode ser a vítima, familiares, peritos, coautores, peritos, em fim, qualquer um cuja presença afete o andamento do processo e possa sofrer algum tipo de constrangimento. Conseqüentemente evita-se, também, o cometimento de novas infrações contra as pessoas determinadas na decisão.

A proibição seguinte é a de ausentar-se da comarca:

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

Impondo limites territoriais para a permanência do imputado, a proibição de ausentar-se da comarca que inicialmente objetivava, conforme fosse conveniente ou necessário, garantir a execução da investigação e da instrução, na prática toma outros contornos.

A permanência do imputado nos limites territoriais da comarca, apenas, garante a aplicação da lei penal, restringindo o risco de fuga, e é com esse objetivo que ela vem sendo empregada. Esta medida poderá ser conciliada com a disposição do art. 320.

Já o recolhimento domiciliar e nos dias de folga:

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

Por ser uma das medidas mais gravosas e por respeito ao princípio da proporcionalidade não são aplicáveis aos crimes culposos ou cuja pena seja igual

²¹ Entendimento reforçado pela Lei 11.340/2006, art. 22, III, alíneas a e b.

ou inferior a quatro anos, assim, aplica-se as restrições da prisão preventiva tratadas no art. 313 do CPP.

Apesar de ser expresso o recolhimento noturno, se o imputado trabalha em horário noturno ou com revezamento de turnos será o recolhido em período diurno ou no horário do seu descanso.

Como se extrair do dispositivo, é necessário que o imputado tenha residência fixa e trabalho regular, isso é para que com a exigência de que permaneça em casa nas horas vagas não aja tempo livre para o cometimento de delitos.

Há ainda, pela aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal – 7.210/84 – e da Súmula 341 do STJ, a permissão para a aplicação da medida em análise ao imputado que não esteja trabalhando, mas está matriculado curso regular e formal.

O inciso VI traz a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira, quando o imputado poder usar da sua posição para o cometimento de mais infrações penais:

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

Essa medida será aplicada, também, quando houver receio de que o imputado use a sua posição para destruir ou ocultar provas ou mesmo que ele una-se aos outros funcionários com um desses objetivos.

Em contrapartida, não pode haver a proibição do trabalho, que é um direito fundamental, deve encontrar-se um meio termo onde a recolocação em outro cargo que não favoreça a pratica de delitos é uma opção. Quando isso não for possível só resta recorrer à previdência, tendo em vista, que não é justo que empregador seja atingido onerosamente com o pagamento de empregado que não pode exercer suas funções, e nem se pode retirar do imputado o direito de receber seus proventos.

Segue o art.319, VII:

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

Trata-se de privar a liberdade do imputado, devido a sua gravidade é preciso cumulativamente: “a) a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, comprovadas mediante prova pericial; b) o risco de reiteração criminosa; c) que tanto o crime sob apuração quanto aqueles que teme-se sejam praticados envolvam grave ameaça ou violência” (MELO, 2016, p.72).

É possível também, caso a perícia conclua suficiente, a imposição de tratamento ambulatorial, diminuindo a restrição a liberdade. Nesse diapasão, é a orientação do CNJ em seu protocolo I na Resolução 213, que não recomenda a aplicação de medida cautelar de internação à pessoa presa em flagrante que possua transtornos mentais ou dependência química.

Já a fiança como medida cautelar difere da fiança imposta pela autoridade policial na liberdade provisória, esta é concedida quando a pena máxima cominada for igual ou menor que quatro anos, já aquela, só pode ser imposta por decisão judicial:

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O art. 330 do CPP traz a definição de fiança, que consiste na obrigação de dar em garantia uma soma em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca inscrita em primeiro lugar.

A fiança deve possuir valor que se enquadre na situação econômica e financeira do imputado e seja razoável a gravidade do crime.

Além de pagar a fiança o imputado deve comparecer a todos os atos do processo e do inquérito, permanecer na residência atual e não pode se ausentar por mais de oito dias sem prestar informações ao juiz.

A fiança será considerada quebrada quando o afiançado descumprir uma dessas medidas e caso dificulte o andamento do processo, pratique nova infração

dolosamente, descumpra outra medida cautelar que tinha sido imposta ou caso descumpra injustificadamente ordem judicial. Há perda parcial da quanto dada em fiança quando o quebramento foi injustificado e perda total do valor se o imputado não comparecer para cumprir a pena.

Se a fiança for declarada sem efeito, o réu for absolvido ou ocorra à extinção da ação penal, haverá a restituição do valor ou do objeto dado como fiança.

O inciso IX do art. 319 do CPP trata da monitoração eletrônica. Esta diz respeito ao monitoramento geográfico do indivíduo por aparelho eletrônico, que na maioria das vezes está inserido em uma tornozeleira.

A Resolução 213 do CNJ restringiu a aplicação da monitoração eletrônica limitando a sua aplicação aos casos que não coubesse liberdade provisória ou outras medidas cautelares menos gravosas. Agindo em substituição a prisão preventiva essa medida só será aplicada aos crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos, ou, aos crimes com pena inferior desde que presente os requisitos do art. 313, II ou III do CPP ou quando for aplicada subsidiariamente.

Sobre a falta de determinação do prazo de duração da monitoração eletrônica, disciplina a Resolução 213 do CNJ que “não são admitidas medidas de monitoração eletrônica aplicadas por prazo indeterminado ou por prazos demasiadamente elevados (exemplo: seis meses)”.

Encerrando Título sobre as medidas cautelares, temos o art. 320 do CPP, que dispões sobre a proibição de ausentar-se do país:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Impedindo a saída do investigado do país pretende – se garantir a aplicação da lei penal evitando uma provável fuga e descumprimento da pena. Haverá cooperação do judiciário e as autoridades responsáveis pela fiscalização das possíveis saídas do nosso território e obrigação da entrega do passaporte em até 24 horas.

Foi o que aconteceu recentemente no Brasil, dois nadadores olímpicos americanos foram retirados de dentro do avião quando, contra a decisão que proibia suas saídas do país, tentavam voltar para casa.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 Prazo, Procedimento e Finalidade

Foi lançado pelo CNJ, em 2015, o projeto *audiência de custódia*, que tem como objetivo a implantação de um instrumento de apresentação do indivíduo preso em flagrante, sem demora, ao juiz competente. Na presença do Ministério Público e do Defensor, será averiguada a legalidade da prisão, se houve tortura ou maus tratos, e, ainda, será analisada da maneira mais humana possível a pertinência e a necessidade da utilização das medidas cautelares, além da prisão preventiva e temporária.

Não é algo totalmente inédito no nosso ordenamento jurídico, a apresentação do detido ao juiz já era norma na justiça eleitoral, no art. 236²², do Código Eleitoral; na prorrogação do prazo do inquérito policial perante a justiça federal, art. 66²³, parágrafo único da Lei 5.010/66; e no caso de menor infrator apreendido por decisão da justiça, art. 171²⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). No entanto, tais procedimentos são genéricos, não trazem um detalhamento da sua finalidade nem estabelece a presença do Ministério Público ou do defensor.

Como já estudado no primeiro capítulo, a audiência de custódia foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por meio de tratados internacionais aos quais o Brasil é adepto. Foi visto, também, que, apesar das divergências, os tratados internacionais de direitos humanos gozam de uma posição especial, possuem caráter de norma supralegal, estando hierarquicamente abaixo, apenas, da

²² Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter, qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. § 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais do partido, durante o exercício de suas funções, não poderão detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garanta gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

²³ Art. 66. O prazo para a conclusão do inquérito policial será de quinze dias quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo juiz a que competir o conhecimento do processo. Parágrafo único. Ao requerer a prorrogação do prazo para a conclusão do inquérito a autoridade policial deverá apresentar o preso ao juiz.

²⁴ Art. 171. O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

Constituição, restando ao judiciário exercer o controle de convencionalidade e aplica-los.

Assim, não há mais que se discutir, a audiência de custódia é obrigatória, e com um atraso de mais de vinte anos, finalmente, estamos seguindo as normas positivadas em 1992 por meio da iniciativa do CNJ.

Diante dessa obrigatoriedade, o STF apreciando a ADPF n. 347, que discutia a crise no sistema carcerário brasileiro, concedendo parcialmente a cautelar, determinou a realização, pelos juízes e tribunais, da audiência de custódia, limitando um prazo de 90 dias para o cumprimento da determinação.

Percebendo a necessidade de padronizar e acelerar a implantação da audiência de custódia em todo país, o CNJ editou a Resolução 213, em 15 de dezembro de 2015, que passou a vigor em 01 de fevereiro de 2016. Por isso, na análise da audiência de custódia é imprescindível a observação da regulamentação do CNJ, por a norma vigente e de alcance nacional, e do Projeto de Lei que tramita no Senado Federal n. 554/2011.

Superada a discussão sobre a legalidade da implantação da audiência de custódia, inicia-se a busca para a melhor forma de realizá-la e de garantir que as finalidades da apresentação do preso ao juiz sejam alcançadas.

Aspecto importante na viabilidade da realização da audiência de custódia é o prazo. O prazo máximo para a realização da audiência de custódia não é objetivamente tratada pelos tratados internacionais, que determinam a apresentação do preso “sem demora”.

Na prisão em flagrante, a Constituição não determinou um prazo, afirmou apenas que a comunicação do flagrante deve ser feita “imediatamente”. O CPP, também, não tratou do assunto ao prever, apenas, que o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz, ao defensor e ao MP em até 24 horas. Na prática, a comunicação é feita pelo encaminhamento do APF, tanto que, foi assim determinada na resolução 213 do CNJ:

Art. 1º. Toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até

24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Portanto, somando os dois lapsos temporais anteriores, temos que o prazo máximo para a realização da audiência de custódia, na prisão em flagrante, é de 48 horas: 24 horas concedidas à autoridade policial para a comunicação da prisão, mais 24 horas determinadas, na resolução, para a realização da audiência.

Excepcionalmente a essa regra, o art. 1º, § 4º da Resolução 213 prevê hipóteses onde se admitirá o adiamento da audiência:

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

Fica claro que a situação deve ser extraordinária a ponto de só se permitir o adiamento caso o deslocamento até o local onde se encontra o preso, por exemplo, no hospital, não for possível. Ainda assim, o juiz ao receber o APF deverá observar o art. 310 do CPP e decidir sobre: relaxar a prisão ilegal; decretar a prisão preventiva; ou conceder a liberdade provisória, cumulada ou não com medidas cautelares.

Outro prazo que difere da regra geral, 48 horas, é o da prisão determinada judicialmente que terá o prazo máximo de 24 horas contadas a partir da captura. O art. 13 da Resolução é categórico nessa determinação.

O desrespeito aos prazos fixados é taxativamente ilegal. Logo, a manutenção da prisão no descumprimento dos prazos acarreta ilegalidade e conseqüentemente o relaxamento. Além de é garantia constitucional a razoável duração do processo, o que equivale, no mínimo, ao cumprimento dos prazos legais.

Nesse aspecto equivocadamente o PL 334/2011 prevê que “o descumprimento do prazo previsto para a apresentação do preso perante o juiz competente, por se só, não enseja o relaxamento o relaxamento da prisão”. Isso abre espaço para a interpretação de que há consequência para o descumprimento dos prazos. Espera-se que nesse ponto o PL não seja aprovado pelo congresso.

O procedimento da audiência de custódia é na verdade o atual procedimento previsto no CPP e na Constituição com alguns acréscimos. Inicialmente o rito é o mesmo de antes da Resolução, há alteração significativa quando, como já mencionado anteriormente, o detido, no prazo de 48 horas na prisão em flagrante e 24 na prisão por determinação judicial, é levado à presença do juiz que, na presença do MP e do defensor ou advogado, entrevistará o preso sem adentrar no exame do mérito e informar os seus direitos, inclusive com averiguação de maus tratos (art. 8º, I a X, da Resolução).

Em seguida, com a permissão do juiz, terá a palavra o MP e a defesa técnica, que, também, não poderão entrar no mérito da questão e requerer o que lhes for mais favorável.

Seguem-se os procedimentos de praxe, destacando que todos os procedimentos serão inseridos no Sistema de Audiência de Custódia – SISTAC, “sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz...” (art. 7º da Resolução).

O procedimento previsto no projeto de lei 554/2011, que modificará a redação do art.306 do CPP, se assemelha com o procedimento da Resolução 213 do CNJ. Os tribunais, segundo o art. 13 da Resolução 213, terão 90 dias, a partir de 01 de fevereiro de 2016, data início da sua vigência, para implantar a audiência de custódia nos limites das suas jurisdições.

Quanto às finalidades do instituto em análise, temos que uma delas é a proteção do individuo detido contra tortura e maus-tratos. A preocupação da Resolução 213 com esse tema é evidenciado no seu art. 8º quando atribui ao juiz o dever de investigar a ocorrência de tortura ou maus-tratos, no art. 11 quando informa o procedimento a ser seguido caso sejam encontrados e no sucinto prazo de 48 horas para a apresentação, que inibirá tais condutas ao serem facilmente constatadas na audiência.

Outra valiosa finalidade pretendida pela audiência de custódia é aumentar o controle de legalidade sobre a cautelaridade das prisões. A prisão preventiva, ainda, é a medida cautelar mais utilizada, apesar da reforma de 2011 ter inserido varias outras modalidades de medidas cautelares e ter deixado claro o caráter excepcional da prisão. Com a presença do detido, do Promotor e da defesa técnica será melhor avaliado qual medida cautelar adotar, o juiz poderá individualizá-la melhor e reservar a prisão preventiva para casos extremos.

Segundo o novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil realizado pelo CNJ em junho de 2014, a população carcerária provisória brasileira é de 42% no total, onde 37,2% desse total são absolvidos ou condenados a penas não privativas de liberdades. Diante dessa preocupante realidade, a audiência de custódia se mostra uma importante ferramenta na redução do encarceramento provisório e aplicação mais eficaz das medidas cautelares alternativas a prisão, ficando esta destinada a casos extraordinários, principalmente por se tratar da privação da liberdade de pessoas presumidamente inocentes segundo o art. 5º, LXXXVIII da CF.

Diante de um custo de mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por pessoa presa, o presidente do CNJ, Ricardo Lewandowski, argumentou que:

Se o projeto se desenvolver – e certamente se desenvolverá –, ao cabo de um ano, levando em conta que temos uma média de 50% de liberdades condicionais, nós vamos deixar de prender 120 mil pessoas que não oferecem perigo à sociedade e economizaremos quase R\$ 43 bilhões para os cofres públicos, que poderão ser investidos em saúde, educação, transportes e outros benefícios para a coletividade. Pelos nossos cálculos, também deixaremos de construir 240 presídios em um ano. Ao custo de R\$ 40 milhões por presídio, significa que economizaremos R\$ 9,6 bilhões.

Esses números sem dúvida influenciaram na decisão da implantação da audiência de custódia, tendo, inclusive, quem defenda ser esse o real motivo da implantação, apesar do seu peso, esse argumento isoladamente não é bastante.

A compatibilização do nosso processo penal com os tratados internacionais é mais uma das finalidades da audiência de custódia. Há mais de vinte anos, tratados internacionais inseriram no nosso ordenamento jurídico a apresentação do preso sem demora a autoridade judiciária, sendo esse o principal motivo da implantação para Caio Paiva²⁵.

²⁵ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 34.

3.2 O juiz na audiência de custódia

Inicialmente houve uma discussão sobre a possibilidade da pessoa presa ser apresentada ao Ministério Público ou, até mesmo, à autoridade policial. Essa tese surgiu da interpretação distorcida dos tratados internacionais definidores da audiência de custódia, que possibilitavam a apresentação do preso a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Derrubando essa tese, temos que, apesar, da possibilidade da existência de outra autoridade, essa deve possuir funções judiciais e aqui no Brasil a única autoridade com essa característica é o juiz. Na doutrina já prevalecia essa ideia quando a resolução do CNJ a consagrou, tornando a discussão desnecessária.

O art. 1º, §§ 2º e 3º da Resolução 213 do CNJ determina que:

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

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

Os dispositivos tratam de duas competências diferentes, uma refere-se ao órgão responsável por receber o APF e de realizar a audiência, e a outra é responsável pelo acompanhamento do inquérito ou ação penal. Essa divisão, claro, só é possível na existência de mais de um órgão judicial.

Compete, também, ao juiz, nos termos do art. 307 do CPP, lavra o APF quando o crime for cometido contra ele ou na sua presença. Consequentemente ele não poderá presidir a audiência de custódia nem tão pouco se envolver em atos judiciais fundadores da prisão em flagrante.

O Projeto de Lei 554/11, que alteraria o art. 306 do CPP, prevê que quando na localidade onde for lavrado o APF de crime da competência da Polícia Federal não houver sede da Justiça Federal, caberá ao juiz de direito desse local receber o APF, presidir a audiência e encaminhar as oitivas colhidas, em até 24

horas, e se o imputado não tiver advogado instituído encaminhar cópias ao MP e a Defensoria.

O art. 1º da Resolução 213 em seu §3º permite a determinação de um juiz específico pelo Presidente do Tribunal ou pelo Relator.

§3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso **poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou o Relator designar** para esse fim. (grifo nosso)

O professor Raphael Melo defende a inconstitucionalidade desse dispositivo, segundo ele é uma violação ao princípio do juiz natural quando “permite-se a designação específica de um juiz, posteriormente à prática da infração e à prisão, para a realização de ato processual específico”. Ele argumenta no sentido de que a designação não poderá ser pessoal, a distribuição do caso deve cair sobre o juiz criminal com competência naquele território.

O art. 3º da Resolução traz a possibilidade de apresentação da pessoa detida a substituto legal, se não houver juiz competente na comarca em até 24 horas do envio do APF. Razoavelmente, não é necessário o fim das 24 horas prevista para o encaminhamento do detido a autoridade substituta, na evidente ausência ou no seu prévio aviso, deve a autoridade policial, desde logo, efetuar o encaminhamento.

O art. 8º lista uma série de atitudes que devem ser tomadas pelo juiz durante a audiência de apresentação:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

- I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
- II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
- III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
- IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
- V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
- VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
- VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:
 - a) não tiver sido realizado;
 - b) os registros se mostrarem insuficientes;

- c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
- d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;
- VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
- IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;
- X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Observação importante deve ser feita sobre a finalidade probatória das perguntas feitas pelo juiz. Não é objetivo da audiência de custódia perquirir uma confissão ou apurar a culpa do acusado, o que se pretende é apurar eventuais ilegalidades na prisão ou no tratamento do indivíduo. Portanto não é tolerável que o juiz faça perguntas a fim de adquirir provas. Nesse sentido acrescenta Renato Brasileiro (2016, p. 1283) que

o juiz também deve formular perguntas sobre residência, atividade, e outras necessárias, de modo a ter melhores condições para avaliar a situação econômica do preso para fins de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada (ou não) com as cautelares diversas da prisão.

Restrições durante a entrevista, também, são apresentadas pelo Projeto de Lei 544/11 que, alterando o art. 306, §7º do CPP, propõe o registro da oitiva em autos apartados e que essa não poderá servi de prova contra o depoente, mas, exclusivamente “(...) sobre a legalidade necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de torturas ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado”.

A Resolução 213 do CNJ, também, atribui ao juiz atividades assistenciais. Dentre essas atividades estão as descritas nos §§2º e 3º do art. 9º, *in verbis*:

§ 2º Identificadas demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, **caberá ao juiz encaminhar a pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados** a cada caso ou, nas Comarcas em que inexistirem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às políticas de proteção ou inclusão social

existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória.

§ 3º O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP. (grifo nosso)

Tais atividades não são atribuições constitucionais do juiz, que não está preparado para exercê-las. O correto seria se profissionais especializados, como assistentes sociais e médicos, estivessem a disposição do juiz. Infelizmente essa é uma realidade distante, mal temos especialistas para os casos onde sua atuação é indispensável, como é no caso dos médicos peritos nas demandas previdenciárias onde os pacientes são pessoas debilitadas e não atentaram contra nenhum bem jurídico.

3.3 Audiência de Custódia nas outras formas de privação da liberdade

A audiência de custódia, inicialmente, foi pensada exclusivamente para as prisões em flagrante. Posteriormente a Resolução do CNJ ampliou a sua aplicação para as prisões cautelares e para as prisões por condenação definitiva.

Porém, a apresentação do preso em audiência de apresentação em qualquer privação de liberdade é garantia consagrada nos tratados internacionais, como se extrair do art.7,5 da Convenção Internacional de Direitos Humanos, que usa a sentença “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”.

Apesar da omissão do CNJ nesse sentido, existem várias formas de privação de liberdade que devem se conformar com a audiência de custódia, por imposição dos tratados internacionais.

O art. 13 da Resolução 213 do CNJ estabelece a apresentação do preso nos casos de prisão cautelar e definitiva:

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

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

Ainda que haja uma decisão fundamentada, expedida por autoridade competente, decretando a prisão, a audiência vai verificar se houve maus-tratos ou violação a integridade física e psíquica do preso, deve ainda verificar se o cumprimento do mandato foi legal, podendo tornar a prisão legal se, por exemplo, a captura domiciliar aconteceu à noite.

O contraditório, permitido durante a audiência de custódia, é mais um argumento favorável à existência desta, até mesmo, nas prisões decorrentes de decisões definitivas. Geralmente a defesa não se manifesta sobre a representação da autoridade policial nem sobre a denúncia do MP, e só após a prisão é dado oportunidade a defesa de apresentar elementos a seu favor e que não foram considerados na hora da decisão.

Ademais é importante ressaltar que audiência de custódia em qualquer prisão cautelar dá oportunidade de democratizar e civilizar as reclusões. A solicitação de detenção e a ordem que a efetiva passa a ter um receptor formal, no qual, o contato mesmo que momentâneo, será essencial para individualização da circunstância.

A audiência de custódia também se faz relevante, pois permite a defesa do acusado em casos de flagrante ou do detento esteja este condenado temporariamente ou definitivamente. A realização da audiência irá possibilitar uma nova conclusão judicial ou uma reafirmação da ação anterior.

Além disso, segundo o art. 13, um novo requisito deve ser efetivado, o do mandato formal do encarceramento, na qual existe o dever de apresentação do preso ao juiz que determinou a ação ou em situações diversas, nas quais a prisão seja efetivada fora da comarca, a autoridade judicial local ficará encarregada da realização da audiência de custódia.

O art. 13 deixa explícito as ações a serem tomadas quando se trata da apresentação do detido ao juiz competente em casos de mandato de prisão cautelar

ou definitiva, motivo que levará a realização da audiência de custódia. Contudo, deixa incertas as ações que devem ser seguidas em outros tipos de prisões, a exemplo da prisão militar, civil ou em circunstâncias de migração, já que todas estão judicialmente aptas à restrição da liberdade.

Deste modo, é válido deixar claro que as normas já mencionadas, não especificam de maneira nenhuma a modalidade da prisão, não cabendo, assim, a um intérprete o dever de analisar tais situações, levando em consideração as falhas e as consequências posteriores que esta atitude pode ter sob o indivíduo em questão, principalmente por se tratarem de garantias fundamentais.

Por tanto, pela natureza supralegal dos acordos analisados todas as norma infraconstitucionais que venham a divergir com eles devem ser consideradas ilegais, sem poder de atuação, através do controle de convencionalidade.

A prisão civil, na qual a única forma atual é o não pagamento, obrigatório, da pensão alimentícia, que tem como motivação pressionar o devedor a agir de acordo com seu dever de pagar a verba alimentícia, e não tendo ação punitiva. Assim, mais uma vez a importância da audiência de custódia é demonstrada, pois dará ao juiz o poder de análise sobre a situação abordada e sobre a causa do não pagamento do que foi exigido, além de criar uma nova oportunidade para a quitação da dívida.

No que se refere a prisão militar, observa-se o art. 5, LXI, da Constituição Federal, que após determinar que a prisão só será efetivada em casos de flagrante ou sob ordem judicial, excetuou os crimes e transgressões militares. Já no art. 142, § 2º, CF é excluída a garantia de *habeas corpus* referente a punições disciplinares militares. Em casos de transgressão militar não adequado a atuação da garantia de apresentação, pois a própria constituição afastou o controle judicial, não deixando autoridade competente para tal ato.

Já a apresentação do adolescente infrator é assegurada, não só pelos tratados internacionais, mas também pela legislação interna. O Estatuto da Criança e do Adolescente, que é de 1990, anterior a incorporação dos tratados

internacionais, em seu art. 171 prenuncia que o “adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”.

A Resolução não trata especificamente da apresentação do menor infrator, porém, o seu art. 1º é claro quando determina que “toda pessoa” “independentemente da natureza do ato” deve ser apresentada ao juiz, além disso, é usado expressão “apreensão” que é o termo mencionado pelo ECA quando se refere a privação de liberdade do menor infrator.

A internação provisória de inimputável ou semi-imputável é uma das medidas cautelares diversa da prisão e está prevista no art. 319, VII, do CPP²⁶, como tratado anteriormente. Apesar de ser uma alternativa a prisão, a internação é mais que uma restrição de liberdade, é uma privação, por isso a realização da audiência de custódia é obrigatória.

3.4 Videoconferência, mídia e a audiência de custódia.

A Resolução 213 do CNJ nada traz sobre a possibilidade da audiência de custódia ser realizada por videoconferência, mas, o Projeto de Lei 544/2011 foi emendado e pretende tornar possível, além disso, atos normativos de muitos Tribunais dispõem sobre isso.

Parte da doutrina defende que a videoconferência na audiência de custódia não segue a risca o que é preceituado pelos tratados internacionais, alegam que o termo “à presença do juiz” quer dizer pessoalmente, não sendo aceitável a videoconferência. Argumenta-se, também, que a audiência perde seu caráter humanístico, o preso sofre prejuízo com a distância física e que “os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física” (LOPES JR.; PAIVA, 2014, p. 16).

São bons argumentos, mas não convencem. Desde que o preso esteja acompanhado por um defensor, é perfeitamente razoável que a audiência de custódia ocorra por videoconferência. O juiz não é perito, não vai examinar o corpo

²⁶ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

do preso, assim, como se estivesse pessoalmente diante deste, na videoconferência o que ele deve e pode fazer é observar e ouvir a pessoa detida. Além disso, a imparcialidade do juiz deve existir em todas as suas atuações, independentemente das circunstâncias, e principalmente, diante da videoconferência, que se mostrar uma evolução necessária e de grade valia ao judiciário.

Compartilhando dessa ideia Guilherme Madeira (2016, p. 301) argumenta nesse sentido:

A CIDH exige que o acusado seja ouvido pelo magistrado na audiência de custódia, mas não há exigência de que esta audiência seja feita presencialmente. O uso da tecnologia não pode ser ignorado e, pior, olhado com preconceito e desconfiança pelo direito.

Assim, a solução adequada passa pela utilização de sistemas de videoconferência para a realização da audiência de custódia. O magistrado poderia até mesmo reservar determinada hora de sua tarde para a realização de tais audiências. Inclusive, esta videoconferência não precisa, necessariamente, utilizar-se do sistema governamental. Poderá ser feita entre o computador (ou outro gadget qualquer) do magistrado e da autoridade policial.

Os meios de comunicação evoluem em uma velocidade surpreendente e o acesso às notícias está cada vez mais fácil. Para suprir a alta demanda, a mídia não se limita a noticiar os fatos, ela muitas vezes expõe um indivíduo que é presumidamente inocente, e faz destorcido juízo de valor, um verdadeiro pré-julgamento, influenciando a população e prejudicando pessoas que às vezes sequer estão sendo processadas.

O legislador consciente de que, além de violar o princípio da pessoa inocente, a exposição da pessoa presa atinge a sua intimidade e a sua imagem, previu no art. 5, LX da Constituição que a publicidade de atos processuais podem ser restringidos para a defesa da intimidade ou por interesse social. Apesar de a nossa Constituição garantir a liberdade de imprensa, assim como todos os demais direitos, ela não é absoluta.

A proximidade entre o cometimento do crime e a audiência de custódia é algo que pode atrair a atenção da mídia e possibilitar a ampla exposição do indivíduo que será apresentado ao juiz. Somado a isso, temos que a audiência de custódia decidida sobre a permanência da prisão ou liberdade do preso, que para a sociedade, bitolada em punir o culpado e incentivada pela imprensa, é tão importante, ou mais, que o julgamento final.

Conclui-se, que deve haver uma proteção no sentido de evitar que a audiência de custódia torne-se um “espetáculo midiático” ²⁷ e, principalmente, que um inocente seja julgado pela sociedade e condenado a ter a sua imagem afetada publicamente.

²⁷ Expressão usada por Raphael Melo (2016, p. 222)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desrespeito aos direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988 e aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário é uma triste realidade. Com o sistema carcerário falido e as pessoas presas são o maior exemplo desse desrespeito, tal situação se agrava quando essas pessoas, sem condenação, passam mais tempo do que deveria na prisão.

O tema central desse trabalho foi a audiência de custódia, mas para uma compreensão da dimensão dessa recente conquista a análise da sua previsão pelos tratados internacionais foi crucial. A principal definição do nosso objeto de estudo está na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis, onde a apresentação da pessoa presa, sem demora, a um juiz competente é o núcleo da definição.

O desdobramento dessa previsão normativa no nosso ordenamento jurídico, principalmente no âmbito do direito constitucional, foi mais uma das propostas desse trabalho. A execução dessa audiência e a sua relação na efetivação de alguns dos principais princípios constitucionais também ganham relevante destaque.

A análise das prisões cautelares limitou-se em uma definição das suas modalidades e requisitos com observações críticas. Nesse sentido, também se deu a apresentação das, tão importantes, medidas cautelares diversas da prisão. Por serem, ao lado da liberdade, as consequências diretas da audiência de custódia são relevantes para a compreensão da audiência de custódia em si.

O Conselho Nacional de Justiça, no início de 2015, a lado do Ministério de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou a aplicação da audiência de custódia naquele estado com objetivo de avaliar os resultados e expandi-los para todo o país. Isso aconteceu alguns meses depois com a Resolução 213 do CNJ, que dispõe sobre alguns detalhes na viabilização da implantação da audiência de custódia ou apresentação.

Por ser um assunto não tratado por lei, a sua constitucionalidade foi contestada, mas, sem êxito. O tema foi instituído por tratados internacionais e isso é

o suficiente para garantir a sua inserção no nosso ordenamento jurídico. Por isso, a Resolução 213 do CNJ foi a principal fonte de pesquisa. Seguida do Projeto de Lei 544/2011 que tramita no congresso.

A apresentação da pessoa presa, em um curto intervalo de tempo, a um juiz competente, teve seu prazo, finalidade e procedimento definidos com base, principalmente, na Resolução do CNJ e em doutrinas direcionadas. O reflexo da audiência de apresentação nas diversas possibilidades de prisões mostra um pouco da complexidade da sua aplicação. E a videoconferência como alternativa na realização do encontro do juiz com preso se mostrou uma feliz solução para o assoberbado poder judiciário. Mas essa tecnologia trouxe consigo alguns aspectos negativos, como a exposição do preso, que, apesar, de presumidamente inocente, é julgado e às vezes condenados pela mídia.

A audiência de custódia é um avanço que diminui a distância entre a existência teórica de um Estado Democrático de Direito e a sua real efetivação. Ao contrário do que muitos alegam, ela não pretende proteger bandidos ou diminuir a importância do trabalho da polícia. Ela faz com que uma decisão que seria tomada meses ou anos depois seja tomada em tempo suficiente para garantia da dignidade humana, presunção da inocência e, ainda, evita gastos ao tempo que contribui para a diminuição da superlotação do sistema carcerário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Firmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 out. de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF: Senado Federal. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 01 de julho de 2016.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1 São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 01 de julho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 – SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia Seixas. Relator: Min. Teori Zavasski. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de julho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade com a Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=209>. Acesso em 01 de julho de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em 01 de julho de 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 01 de julho de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Informe nº33/04**. Brasil, 2004. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>>. Acesso em 01 de julho de 2016.

SINGER, Thaiz. **Controle de Convencionalidade: um breve panorama**. 2016. Disponível em: <http://thaizsinger.jusbrasil.com.br/artigos/332674426/controle-de-convencionalidade-um-breve-panorama?ref=topic_feed>. Acesso em 01 de julho de 2016.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8ª ed. Bhaia: Juspodivm, 2013.