



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

SARA OLÍVIA MOREIRA BATISTA

ANÁLISE CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE  
GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO

SOUSA

2018

SARA OLÍVIA MOREIRA BATISTA

ANÁLISE CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE  
GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

SOUSA

2018

SARA OLÍVIA MOREIRA BATISTA

ANÁLISE CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE  
GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao curso de Direito do  
Centro de Ciências Jurídicas e  
Sociais da Universidade Federal de  
Campina Grande, como exigência  
parcial da obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e  
Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Guerrisson  
Araújo Pereira de Andrade

Data de aprovação:

Banca examinadora:

---

Orientador: Prof. Dr. Guerrisson Araújo Pereira de Andrade

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

*A Deus, o que seria de mim sem a fé  
que eu tenho Nele.*

*À minha querida vizinha, Olivia (in  
memoriam), espelho de amor e ternura.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por tudo. Sem a tua presença em meu viver, nada seria possível. Minha fonte de luz, fé e sabedoria.

A minha mãe, Rita, por todo o seu carinho, dedicação e amor incomparável.

Ao meu pai, Sérgio, por toda a força e incentivo.

A minha avó, Olivia (in memoriam), pela sorte de ter convivido com um ser tão puro e doce. Por compreender que aquela ausência seria para eu chegar até aqui.

Ao meu namorado, Ronney, melhor amigo e companheiro de toda esta trajetória.

A todos os grandes amigos que fiz nessa vida.

Ao meu orientador, Guerrisson, por toda a tranquilidade, atenção e ensinamentos. A coorientadora Carla Pedrosa, por sua maravilhosa contribuição para a conclusão do presente trabalho. Obrigada!

## RESUMO

A Audiência de Custódia foi ratificada pelo Brasil em 1992, e regulamentada através da Resolução nº 213/2015. Possui previsão legal na Convenção Americana de Direitos Humanos, no qual dispõe que todo preso deverá ser conduzido sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá analisar a legalidade e necessidade da prisão. Seu propósito opera-se em frear os excessos cometidos pelas arbitrariedades estatais, que por conseguinte, acarretam na violação de inúmeros direitos fundamentais. O presente trabalho teve como objetivo apresentar os aspectos relacionados à Audiência de Custódia e sua implementação no sistema processual penal pátrio, evidenciando sobretudo, sua contribuição na proteção dos direitos humanos. A partir daí chegou-se a seguinte problemática: a audiência de custódia pode ser considerada um instrumento eficaz na garantia dos direitos humanos? Sua aplicação é compatível frente a realidade jurídica e material do sistema processual penal brasileiro? A hipótese suscitada no referido trabalho reside no fato de que a efetiva implementação de custódia servirá como instrumento de tutela dos direitos humanos no processo penal brasileiro. Além disso, trata-se de um mecanismo hábil a reduzir o número de presos provisórios. O método procedimental utilizado foi o histórico evolutivo auxiliado pelo método estatístico, e como técnica de pesquisa o estudo bibliográfico, através de uma abordagem dedutiva, remetendo-se o estudo à origem histórica da pena de prisão, abordando-se a influência normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, a averiguação da compatibilidade do referido instituto frente a realidade jurídica e material do direito processual penal brasileiro, além de uma análise da previsão normativa da audiência de custódia, sua finalidade, natureza jurídica, princípios, desafios, resultados, com enfoque na exposição das principais discussões que lhe são inerentes. Por fim, foi possível depreender através de uma reflexão aprofundada e da análise de dados estatísticos, que apesar das dificuldades, trata-se de um instrumento de valorosa atuação no combate à prisões ilegais e consequente redução da superpopulação carcerária, destacando-se seu importante papel na garantia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direitos Humanos. Processo Penal. Presos Provisórios.

## ABSTRACT

The Hearing of Custody was ratified by Brazil in 1992, and regulated by Resolution No. 213/2015. It has a legal provision in the American Convention on Human Rights, which provides that every prisoner must be taken without delay, in the presence of a judicial authority, which shall analyze the legality and necessity of the arrest. Its purpose is to curb the excesses committed by state arbitrariness, which consequently entails the violation of numerous fundamental rights. The present work had as objective to present the aspects related to the Hearing of Custody and its implementation in the procedural criminal justice system, evidencing, above all, its contribution in the protection of human rights. From this came the following problem: can the custody hearing be considered an effective instrument to guarantee human rights? Is its application compatible with the legal and material reality of the Brazilian criminal procedure system? The hypothesis raised in this work is that the effective implementation of custody will serve as an instrument to protect human rights in Brazilian criminal proceedings. In addition, it is a skillful mechanism to reduce the number of provisional prisoners. The procedural method used was the evolutionary history aided by the statistical method, and as a research technique the bibliographic study, through a deductive approach, referring the study to the historical origin of the prison sentence, addressing the normative influence of international treaties the legal and procedural reality of Brazilian criminal procedural law, as well as an analysis of the normative forecast of the custody hearing, its purpose, legal nature, principles, challenges, results, the main discussions that are inherent to it. Lastly, it was possible to deduce by means of an in-depth reflection and analysis of statistical data, that despite the difficulties, it is an instrument of valiant action in the fight against illegal prisons and consequent reduction of overcrowding in prisons, highlighting its important role guaranteeing human rights.

Keywords: Custodyhearing. Humanrights. Criminal proceedings. Provisional prisoners.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADEPOL - Associação dos Delegados de Polícia do Brasil  
AD I - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
APF - Auto de Prisão em Flagrante  
Art. - Artigo  
CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos  
CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania  
CF/88 - Constituição Federal de 1988  
CNJ - Conselho Nacional de Justiça  
CONAMP- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público  
CPB - Código Penal Brasileiro  
CPP - Código de Processo Penal  
CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil  
DEPEN - Departamento Penitenciário  
ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente  
H.R.W. - Human Rights Watch  
IDDD - Instituto do Direito de Defesa  
INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias  
MP- Ministério Público  
OEA - Organização de Estados Americanos  
ONU - Organização das Nações Unidas PLS - Projeto de Lei do Senado  
PIDCP- Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos  
RE - Recurso Especial  
SISTAC - Sistema de Audiência de Custódia  
STF - Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	14
2.1 Contexto histórico .....	14
2.2 Os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro .....	16
2.3 Principais pactos internacionais que asseguram a necessária efetivação da audiência de custódia no Brasil .....	21
2.3.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) .....	24
2.3.2 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos .....	26
<b>3 ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	27
3.1 Contextualização histórica da pena de prisão .....	27
3.2 O sistema prisional brasileiro .....	30
3.3 Prisão penal e prisão cautelar .....	34
3.3.1 Princiologia aplicada ao instituto das prisões cautelares .....	35
3.4 Prisão em flagrante delito .....	39
3.5 O sistema carcerário brasileiro .....	41
<b>4 ASPECTOS GERAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</b> .....	44
4.1 Conceito, características e previsão normativa .....	44
4.2 Do Projeto de Lei 554/2011 .....	45
4.3 Da Resolução 213/2015 e a dinâmica procedimental da Audiência de Custódia.....	46
4.4 Do Projeto de Lei nº 7908/17 e a aplicação da Audiência de Custódia ao menor infrator .....	48

4.5 Finalidades da audiência de custódia.....	49
4.6 Da autoridade competente para a apresentação do preso em flagrante	51
4.7 Impossibilidade de produção de provas.....	52
<b>5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU ATUANTE PAPEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>53</b>
5.1 Princípios assegurados pela audiência de custódia .....	55
5.1.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana .....	55
5.1.2 Princípio da Presunção de inocência.....	56
5.1.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa .....	57
5.2 Audiência de custódia como instrumento de proteção aos direitos humanos e seus reflexos no direito processual penal brasileiro: desafios e resultados	58
5.3 Aplicação da Audiência de Custódia na cidade de Sousa-PB e uma análise geral de seus principais aspectos.....	61
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, oficializou-se o sistema de proteção aos direitos humanos, consagrando-se, dentre outros princípios, o da dignidade da pessoa humana, alicerce para todo o ordenamento jurídico pátrio. A partir de então, enfatizou-se um liame entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional de Direitos Humanos.

Embora disciplinado desde 1992 no Brasil, apenas recentemente, surgiu um instrumento jurídico, através da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, no qual o país é signatário. Trata-se da Audiência de Custódia, lançada pelo Conselho Nacional de Justiça, através da resolução 213/2015.

O instituto tem por objeto a condução do preso, sem demora à presença da autoridade judicial competente, com a devida presença do Ministério Público e da defesa. Deverão ser observadas a legalidade e a necessidade da prisão, que será convertida em preventiva, ou, se for o caso, aplicada outra medida cautelar cabível. O juiz deverá ainda, verificar a possível ocorrência de maus-tratos.

Importante destacar que o Direito Processual Penal, tem como um de seus propósitos, garantir o poder punitivo estatal, além de consolidar os princípios do devido processo legal, da legalidade da prisão e da legalidade. Neste cenário, faz-se imprescindível a necessária comprovação de culpa pelo acusado, sendo-lhe assegurado a ampla defesa, um juízo imparcial a garantia de proteção a integridade física contra possíveis arbitrariedades policiais.

A escolha do tema justificou-se diante do grande impacto ocasionado pelo atual sistema prisional brasileiro, que reflete drasticamente na violação de inúmeros direitos humanos e fundamentais, onde muitos presos provisórios dividem espaço com pessoas mais experientes na criminalidade, envolvem-se em mortes, rebeliões, insalubridade, violência pelos agentes, além de contribuir com a superpopulação carcerária, que por sua vez dificulta ainda mais a efetivação das políticas de ressocialização.

A problemática do presente trabalho concentrou-se no questionamento acerca da real eficácia do referido instrumento, bem como de sua compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese encontrada foi a efetiva implementação de sua aplicação, posto que, deste modo, torna-se um instrumento hábil a tutelar os direitos humanos, além de reduzir o número de presos provisórios.

O objetivo geral deste trabalho é apresentar a Audiência de Custódia como uma alternativa de democratização do direito processual penal, que garanta força aos direitos humanos, impedindo a tortura policial e as prisões ilegais ou desnecessárias. Outrossim, confere ao juiz a conversão do flagrante delito em prisão preventiva ou liberdade provisória. Neste aspecto, enfoca-se para o objeto e necessidade da prisão. Ademais, analisar-se-á os fundamentos que deram origem à sua implantação, averiguar-se-á a necessidade de sua aplicação no país, como também, verificar-se-á a existência de sua efetiva implementação no âmbito do processo penal brasileiro, evidenciando sobretudo a sua contribuição para os direitos humanos.

A metodologia do presente trabalho baseou-se em uma abordagem dedutiva, diante do propósito de extrair discursivamente o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A técnica da pesquisa se serviu do estudo bibliográfico, de cunho sociológico, jurisprudencial e doutrinário, como legislação, livros, artigos científicos e publicações da internet. Em geral, a pesquisa tem natureza descritiva e explicativa.

Para atingir os objetivos, o trabalho monográfico foi estruturado em 4 (quatro) capítulos. No primeiro, abordar-se-á os aspectos gerais acerca dos Direitos Humanos e a atuação dos tratados internacionais que lhe são referentes, no ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo subsequente tratar-se-á da contextualização histórica da pena de prisão, com ênfase na sua aplicação e princípios que lhe são pertinentes, além de um estudo em torno da realidade do sistema carcerário brasileiro.

No terceiro e quarto capítulo será discutido o tema principal do trabalho: a audiência de custódia como garantia de proteção aos direitos humanos, esclarecendo-se as principais questões, suas finalidades e desafios à sua efetiva implementação.

Por fim, será apresentada uma pesquisa realizada na referida cidade, acerca da aplicação da audiência de custódia no último semestre, relacionando-a à realidade do sistema processual penal em um âmbito geral.

A partir deste estudo, pretende-se analisar a Audiência de Custódia como um operante meio de propagação dos direitos humanos, demonstrando as vantagens desua introdução no sistema de justiça criminal brasileiro, bem como o seu impacto no sistema prisional do país.

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de aprofundar-se no tema da presente pesquisa científica, analisar-se-á a normatização dos direitos humanos, mormente dos tratados internacionais que lhe são pertinentes, por ser tal estudo de suma relevância para se entender o instituto da audiência de custódia e sua aplicação.

A regulamentação dos direitos humanos deu-se a partir de uma necessidade de unificação e universalização de garantias individuais, bem como, da crescente busca em protegê-los, visando assegurar a garantia da preservação à dignidade da pessoa humana.

Todas as inovações referentes à justiça, foram resultado de movimentos históricos, filosóficos, jurídicos e sociais, até se chegar a uma consolidação com os direitos humanos, que prevalecem até os dias de hoje. (SOBREIRO,2016, p. 17).

### 2.1 Contexto histórico

Frente à segunda Guerra Mundial, via-se a necessidade de um fortalecido processo de universalização e internacionalização das garantias individuais. Dessa forma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em prol da tutela à dignidade da pessoa humana, concebida como um postulado fundamental dos direitos humanos.

Sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sustenta Richard B. Bilder:

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a ideia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...)

Muitos dos direitos que hoje constam do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organizações das Nações Unidas. (BILDER,1992, p. 3).

De acordo com Piovesan (2010): “no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, trazendo a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional”. Tal pensamento decorre sobretudo pelo fato de que os direitos humanos não podem limitarem-se a competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva.

É nesse período que surge em 1945, a criação da Organização das Nações Unidas, solidificando a base da dignidade humana em um contexto internacional, conforme previsto em seu artigo 1º, item 3:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

O Conselho Econômico e Social (ECOSOC) coordena em 1946, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, obtendo autonomia somente em 2006 quando elevada à categoria de Conselho de Direitos Humanos. Entre as suas competências, está promover a plena implementação das obrigações de direitos humanos assumidas pelos Estados e contribuir por meio de diálogos e cooperação para a prevenção de violações de direitos humanos. Após a publicação da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, trouxe conceitos mais concretos sobre as garantias fundamentais.

Apenas em 1966, com a Carta Internacional dos Direitos Humanos, International Bill of Rights, incorporada pela Declaração Universal de Humanos de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e Pacto

Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, é que se iniciou um sistema protetivo universal e indivisível desses direitos pelos Estados.

## 2.2 Os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Após a Declaração Universal de 1948 e da visão contemporânea de direitos humanos alcançada, o Direito Internacional dos Direitos Humanos amplia a adoção de tratados e convenções internacionais voltados à proteção dos direitos humanos fundamentais, que no final do século XIX se fortalece como fonte de direito a ser utilizada nas relações internacionais.

Piovesan (2010, p. 44) elucida que a necessidade de disciplinar e regulamentar o processo de formação dos tratados internacionais “resultou na elaboração da Convenção de Viena, que teve por finalidade servir como a Lei dos Tratados”. E, Bahia (2010) elucida que:

A palavra tratado contida na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, nos remete ao seguinte significado, um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (BAHIA, 2010, p. 13).

Doutrinariamente, no Brasil, tratado é “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (REZEK, 2014, p. 14).

Para que um tratado internacional passe a vigorar no direito interno de um país, é necessário que haja um processo de formação, o qual abarcará atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado. Atos estes de competência exclusiva do Poder Executivo (PIOVESAN, 2010, p. 109).

A assinatura do tratado é um dos atos pelo qual o Estado irá se vincular as condições ali impostas: com efeito, a assinatura do texto traduz-se em ato importante na fase de elaboração de um tratado internacional para garantir às partes envolvidas, a autenticidade e a definitividade do texto produzido, não

sendo admitida posterior modificação, salvo se as partes acordarem novamente sobre o caso (AQUINO, 2010).

Para que um acordo internacional seja celebrado, são precedidas negociações preliminares, como a assinatura do poder executivo, a aprovação parlamentar do conteúdo acordado, e, por último, sua ratificação.

Observa-se a ocorrência das ratificações de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil em 1985, quando o país encontra-se em um momento de democratização. O ponto de partida foi a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989, com previsões semelhantes ao Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dentre elas:

Artigo 2º 1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Artigo 11

Cada Estado Parte manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas, em qualquer território sob sua jurisdição, a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura. (BRASIL, 1991, Parte I).

No que tange à hierarquia das normas internacionais que versam sobre os direitos humanos, a Constituição de 1988 abarca entre o rol de direitos constitucionalmente protegidos, aqueles elencados nos tratados internacionais pelo qual o Brasil é signatário. Piosevan (2010, p. 52) refere que “os direitos e garantias previstos na Carta Magna não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”.

A Constituição brasileira, dispõe em seu art. 5º §1º e §2º que os direitos presentes nos tratados internacionais possuem hierarquia de norma constitucional, dispondo de imediata aplicação:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

Acrescenta Trindade (1998, p. 102), ainda que:

[...]a novidade do art. 5º, §2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista, quanto constitucionalista.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo Brasil, surgem as concepções monista e a dualista. Com a sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a vigência plena do Direito Internacional na ordem interna, através de uma cláusula geral de recepção automática plena. Por meio da ratificação, a regra internacional vigora de imediato no ordenamento jurídico interno, refletindo-se a concepção monista, onde ambos compõem uma única ordem jurídica. Na sistemática da incorporação legislativa, há recusa por parte do Estado acerca da vigência do Direito Internacional na ordem interna, por esse motivo, faz-se necessária sua modificação por uma fonte interna. Neste caso trata-se de duas ordens jurídicas distintas. (PIOSEVAN, 2010, p. 88 e 89).

Diante das duas sistemáticas e da análise do art. 5º em seus parágrafos 1º e 2º acima transcritos, observa-se a adoção de um sistema misto no ordenamento jurídico brasileiro, visto que este abrange ambas as teorias, monista e dualista, já que para a incorporação de tratados de direitos humanos utiliza-se a sistemática automática, e para os demais tratados internacionais é aplicada a sistemática legislativa. Pode-se dizer que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, também gozarão de imediata aplicação, já que também dispõem da proteção aos direitos e garantias fundamentais, o que dispensa a edição de decreto de execução pelo Presidente da República para que propaguem seus efeitos dentro e fora do Brasil.

Desse modo a ratificação realizada pelo Presidente da República é suficiente para que ocorra a incorporação automática de suas normas à

respectiva legislação interna, sendo tal ato fundamental, pois a vigência de um tratado internacional no país, deriva de anterior vigência internacional.

Nesse seguimento, Piovesan (1997, p. 106-107) dispõe:

[...] em face da incorporação automática os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao direito nacional em virtude do ato da ratificação. (...) Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Esta sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o Direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna.

Persiste no entanto, a necessidade do decreto para os tratados que não versam sobre direitos humanos, adotando-se a concepção dualista, pelo qual se exige a edição de decreto de execução.

Segundo Antônio Augusto CançadoTrindade (1991, p. 34):

Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (self-executing) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, 'uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional.

Cumpre salientar que com a incorporação imediata prevista expressamente na Constituição Federal, atribui-se ainda aos tratados de direitos humanos a condição de cláusula pétrea. CF, art. 60, § 1º, "IV: os direitos e garantias individuais". Logo os direitos individuais abordados nestes tratados são resguardados por todos os Estados no plano internacional.

No que tange a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, surgiram algumas divergências doutrinárias. Diante disso a Emenda

Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 acrescentou o parágrafo terceiro, que diz:

Art. 5º [...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A introdução do mencionado parágrafo sofreu diversas críticas, devido o entendimento por alguns de que antes, os 26 Estados já possuíam em sua natureza material o caráter de norma constitucional.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais a natureza da norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Tal ideia decorre ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, principalmente diante da força que propagam os valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a direcionar o entendimento do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2010, p. 226).

Com tal previsão, os tratados de direitos humanos passam ao mesmo procedimento necessário para aprovação das emendas constitucionais: aprovação por dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos. Aprovado o acordo neste rito, os tratados passam a adquirir o status de emenda constitucional.

Restou concluído o caráter supralegal, qual seja, abaixo da Constituição Federal e superior às leis, também consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Gilmar Mendes em RE 466.343-SP, e após o julgamento do HC 90.172-SP, assim reconheceu 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. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam

afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. (MENDES, 2005).

Nesse sentido, o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica dispõe o seguinte:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes.

Vale ressaltar o disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

No que diz respeito às características inerentes aos direitos humanos, Piosevan (1992) evidencia que deva se tratar de uma concepção contemporânea, surgida através da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, baseada na universalidade e indivisibilidade dos direitos:

Diz-se universal “porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”; e indivisível “porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade. (Piovesan, 1999, p. 92).

Dispõe a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, em seu item 5:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Os tratados de direitos humanos consubstanciam não diretamente o estado, mas a defesa dos direitos do homem. Neste sentido, frente a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos pelos Estados, estes submetem-se a uma ordem legal, pelo qual se assume diversos deveres, não quanto a outros Estados, mas com relação aos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição.

### 2.3 Principais pactos internacionais que asseguram a necessária efetivação da audiência de custódia no Brasil

A audiência de custódia tem seu amparo em dois pactos internacionais, no qual o Brasil é signatário, quais sejam a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) internalizada pelo Decreto Nº 678 de 1992 e o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político, pelo Decreto Nº 592 de 1992.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 7º, item 5 preceitua:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

O Pacto Internacional de Direito Cívico e Político, art. 9º, item 3 prevê o seguinte:

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 (PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1992).

Conforme os dispositivos citados, a audiência de custódia consiste no encaminhamento do detido o mais rápido possível ao magistrado para que este tome as medidas adequadas e que seja resguardado, na medida do possível, a sua liberdade de locomoção. Desse modo, tal procedimento concretiza alguns direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal de 1988, como os que constam em seu art. 5º: "caput" - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]"

Cada indivíduo tem o direito de ter sua integridade física e psíquica protegida. Em virtude de sua dignidade, essa proteção não pode ser violada. O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Carta Magna, art. 1º, inciso III. A respeito de sua importância discorre Sarlet (2007, p. 62):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Os direitos humanos são critérios morais norteadores de condutas e comportamentos. Segundo a definição de Luño (1995), a consideração sobre direitos humanos representa:

o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (LUÑO, 1995, p.48).

A Constituição Federal ampliou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas

do mundo no que diz respeito à matéria, além disso, encontra-se situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos.

O disposto no artigo 5º, § 2º do texto constitucional traz a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos, ao estabelecer que “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” (BRASIL, 1988).

Com o objetivo de responder à discussão doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º, dispondo:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição” (BRASIL, 1988).

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), no Brasil, são dotados de natureza jurídica de supralegalidade, estando acima de todas as normas, salvo a Constituição, sendo portanto, infraconstitucionais.

Pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, integrou o ordenamento jurídico brasileiro. Com a ratificação pelo Brasil, os direitos e garantias processuais constantes de seu artigo 8º, que trata das garantias judiciais, passaram a complementar a nossa Lei Maior, especificando ainda mais as regras do devido processo legal.

O processo penal é um dos ramos do direito que mais sofre influência da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Conforme descreve o autor Giacomolli (2014, p. 12):

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

humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, apresentam disposições acerca da proteção aos direitos das pessoas detidas. São instrumentos que visam proteger a dignidade de todos os seres humanos, independentemente dos seus atos.

### 2.3.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)

Diante da necessidade de reiterar o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, em São José da Costa Rica, reconhecendo direitos civis e políticos, monitorados pela Corte Interamericana e Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil só aderiu ao tratado em setembro de 1992.

Os princípios que norteiam o Pacto de San José da Costa Rica foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, agregando-se ao sistema regional e o sistema universal de proteção destes direitos, conforme várias disposições contidas na Convenção que fazem referência a outras convenções internacionais (arts. 22, 26, 27 e 29).

Evidencia Alexandre de Moraes que o Pacto de San José da Costa Rica difere da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois:

não traz somente normas de caráter material, prevendo órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes. Esses órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (MORAES, 1997).

A Convenção visa afirmar o livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita a sua jurisdição, "sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional

ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra posição social" (art. 1º).

Firmou-se em 1988, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, o "Protocolo de San Salvador". Consta em seu artigo 1º a obrigação do Estado-parte de adotar medidas reais que permitam a implementação efetiva dos direitos sociais, econômicos e culturais, observando-se regras de direito interno e a realidade de cada País, uma vez que a Convenção não disciplina estes direitos, mas recomenda aos Estados-partes a progressiva realização dos mesmos e que estão contidos na Carta da OEA.

Dentre os direitos e liberdades contidos no pacto, destaca-se a busca pela primazia da liberdade e garantia da apresentação do preso em tempo razoável diante do magistrado para a efetivação de um controle judicial de sua prisão.

Prevê, o artigo 7º, item 05 da Convenção Americana para Direitos Humanos, em seu capítulo II:

Direito à Liberdade Pessoal [...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Tal previsão demonstra a necessidade de preservação da garantia aos direitos fundamentais. Ao se assegurar o devido processo legal e duração razoável do processo, o tratado acaba por exigir a concretização do instrumento Audiência de Custódia, que tem como uma de suas finalidades preservar a dignidade humana do preso provisório, sua integridade física, mental, possíveis abusos, e conseqüentemente o crescente número de prisões que poderiam ser evitadas, mas que ao invés disso, só pioram a situação da realidade carcerária brasileira.

### 2.3.2 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, entrando

em vigor em 1976, momento em que fora atingido o número mínimo de adesões (35 Estados).

No Brasil, teve sua aprovação pelo Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo a Carta de Adesão depositada em 24 de janeiro de 1992 na Secretaria Geral de Organização das Nações Unidas, ano em que entrou em vigor. A partir daí surge para o país a responsabilidade pela busca da defesa dos direitos fundamentais existentes no referido Pacto, que passou a prever categorias específicas de direitos, como pode se observar:

Art.1º, 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural)

[...]

Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.).

[...]

Art. 24 , 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade. Direito de não ser preso por descumprimento contratual.

Dentre esses e outros direitos fundamentais presentes no Pacto, como o direito à vida, a não ser submetido a tratamentos cruéis, à liberdade, a não ser sujeito a prisão ou detenções arbitrárias, à identificação dos responsáveis pela prisão ou por seu interrogatório policial, incorporados no território nacional, surge então a necessidade da então tardia aplicação do instrumento denominado Audiência de Custódia no ordenamento jurídico brasileiro, para de fato garantir que os direitos à todos inerente, não sejam violados, bem como consolidar as garantias já existentes, como o acesso ao contraditório, a ampla defesa, a ser processado pela autoridade competente, ter um prazo razoável para a prisão cautelar, sendo claro, que haja fundamento para tal.

### 3 ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No decorrer deste capítulo será apresentado o instituto da prisão, abordando-se a sua contextualização histórica. Em seguida, dar-se-á destaque às prisões cautelares, especialmente a prisão em flagrante, evidenciando-se os princípios norteadores da referida modalidade prisional. Por fim, será realizado um estudo acerca do sistema carcerário brasileiro.

Para alcançar os benefícios da vida em sociedade, o homem teve que se submeter a uma série de restrições e ver diminuída sua liberdade, independente da teoria que se utilize para justificá-la, a partir deste momento, existe a necessidade de coexistência de interesses e vontades individuais que precisam ser coordenados. (BRITO, 2015).

#### 3.1 Contextualização histórica da pena de prisão

Prisão, no latim *prehensiononis*, significa o ato de prender, captura, relaciona-se a privação ao direito de locomoção, de liberdade. Tal cerceamento existe desde a antiguidade, quando apresentava mero objetivo de custódia. Em uma época onde imperava o absolutismo, proporcionalidade era um termo inexistente diante das penalidades impostas aos subordinados daqueles que detinham o poder.

Na Idade média, segundo Carvalho Filho (2002) “a amputação dos braços, a degola, a forca, o suplício na fogueira, queimaduras a ferro em brasa, a roda e a guilhotina eram as formas de punição que causavam dor extrema e que proporcionavam espetáculos à população.” Nesta época, houve também a influência da Igreja Católica com suas perseguições e condenações de forma inquisitiva as pessoas que julgavam de conduta desvirtuada.

Nesse mesmo momento surgem dois tipos de prisão: a prisão estado, caracterizada pela função de custódia, onde o indivíduo era privado de sua liberdade para então aguardar a sua punição, e a prisão eclesiástica, destinada aos clérigos rebeldes confinados em mosteiros para que se arrependessem do mal praticado. Segundo, Bitencourt (2001, p. 12): “o pensamento eclesiástico de

que o arrependimento e a contrição contribuem mais para a correção do que a mera força da coação mecânica”. Não havia justificativa frente as desumanas penalidades impostas aos indivíduos, eis que surge nesse momento importante influência do direito canônico com o seu ideal de reeducação do indivíduo.

Na idade Moderna, entre os séculos XVI e XVIII, prevalecia a escassez deixada pelas guerras, e juntamente com a pobreza, crescia consideravelmente o número de crimes. Sobre esta fase, evidencia Bitencourt (2001, p. 19):

[...]os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do século XVIII. Acrescente-se a isso a supressão dos conventos e o endividamento do estado. Tinha-se perdido a segurança, tinha de se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Nasceram nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por questões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exércitos estrangeiros tinham feito.

Mais precisamente no século XVIII, diante de todos os problemas econômicos e conseqüente aumento da criminalidade, via-se plenamente demonstrada a falha aplicação das penas existentes, momento em que surge a pena privativa de liberdade. De acordo com Michel Foucault (p. 70,1998):

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

Seu pensamento advém do surgimento de um período humanitário: o iluminismo, que trouxe ideais completamente opostos àqueles até então existentes, tendo como base a fraternidade, igualdade e liberdade, no qual faziam uma espécie de aliança entre o saber crítico e o desenvolvimento do Estado. Muitos filósofos influenciaram o pensamento iluminista, merecendo destaque Cesare Beccaria, com sua obra em “Dos delitos e das penas” em 1764, trazendo grande influência acerca de sua visão utilitarista da pena, notadamente marcada pelos ideais iluministas. Via na aplicação da pena um instrumento de aprendizado para o futuro e não um pagamento pelo delito praticado.

Nesse sentido, Beccaria (1764), citado por Bitencourt (2001, p. 36), destacou:

[...]o fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Consequentemente devem ser escolhidas as aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja menos dolorosa para o corpo do réu.

Acerca deste pensamento de proporcionalidade nos meios empregados para a aplicação das penas, esclarecia:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e invioláveis for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos". (BECCARIA, 2015, p. 10).

Beccaria (2015, p.10), com apoio na Teoria da Separação dos Poderes, trouxe ainda a ideia de que somente seria possível equilibrar a sociedade por meio de leis. “[...] que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.”

Retirou-se da prisão o seu objeto de constrangimento físico e moral, passando ao caráter de prevenção do delito e ressocialização do indivíduo.

Com o surgimento da pena privativa de liberdade, retirou-se da prisão o caráter de violação a integridade física e moral do indivíduo. Segundo Foucault (1998):

[...] a finalidade da prisão deixou de ser então o de causar dor física e o objeto da punição deixou de ser o corpo para atingir a alma do infrator. A prisão torna-se como pena privativa de liberdade e constitui em uma nova tática da arte de fazer sofrer.

### 3.2 O sistema prisional brasileiro

A prisão no Brasil, entre 1500 e 1822 submeteu-se às Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas. Tratava-se de um conjunto de leis aplicadas em Portugal, dirigidas ao país no período colonial.

A prisão já era prevista na época, eis que nas Ordenações Afonsinas possuía caráter meramente preventivo, a fim de resguardar o indivíduo para que o mesmo não empreendesse em fuga antes de seu julgamento (DOTTI, 1998).

As Ordenações Afonsinas, elaboradas por Dom Afonso V e promulgada no ano de 1446, e as ordenações Manuelinas redigidas poucos anos depois por Dom Manuel, conduziam a uma noção de Direito Penal e Processo Penal, mesmo que relacionada a um “acervo de incongruências e maldades” visto que renunciava desenfreados castigos, além de pena de morte. As ordenações Filipinas, formuladas por Dom Felipe II, continham um rol de infrações com penas excessivamente cruéis. Com a sua independência, o país não mais se subordinara a tais ordenações.

O sistema penal existente no Brasil, resumia-se à punições físicas, humilhações em público, trabalhos forçados, confisco de bens e multa e penas de morte, em seus maiores níveis de desumanidade. Sobre as punições sofridas nesta época, destaca Zaffaroni (2003, p. 411-412):

Os usos punitivos do mercantilismo, concentrado no corpo do suspeito ou condenado - na reinvenção mercantil do degredo, nas galés, nos açoites, nas mutilações e na morte – encontram-se na colônia, praticados principalmente no âmbito privado. Além de constituir uma tradição ibérica, essa continuidade público-privado se beneficiava, em primeiro lugar, da incipiente e lerda implantação das burocracias estatais no Brasil colonial (ainda assim, atreladas aos ciclos produtivos e à tutela do monopólio); em segundo lugar, do escravismo, inexoravelmente acompanhado de um direito penal doméstico; e, em terceiro, do emprego de resquícios organizativos feudais ao início dos esforços de ocupação (capitanias hereditárias): na reminiscência feudal sobrevive a superposição entre o eixo jurídico privado (dominium) e o público (imperium).

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada em 1824, nesta ocasião são banidas as penas severas, embora não completamente. Destacava-se o

seu artigo 179, que travava dos direitos civis e políticos, em alguns de seus parágrafos, previa-se importantes passos à justiça, como a instituição de um juiz competente, a nota de culpa para os presos e a vedação da prisão arbitrária. Neste momento surgia a busca pela idealização de um código criminal. Conforme aduz Dotti (1998, p. 50) a referida Constituição também previa:

abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, proibiu o confisco de bens e valores e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau, proclamou que a pena não passaria da pessoa do delinquente e que as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas de separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes.

O artigo 21 da Carta de 1824, estabelecia que as cadeias fossem “seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos presos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes” (CF/1824), o que não condizia com a realidade, fato que perpetua até os atuais dias.

Em 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império, sancionado por Dom Pedro I. Neste Código não se aponta nenhuma forma de sistema penitenciário próprio, mantendo-se à critério dos governos provinciais optar pelos tipos de prisão. Já era evidente o déficit de vagas e a necessidade de melhorias no sistema carcerário. Em contrapartida as penas corporais foram tornando-se escassas, contudo persistia a pena de morte, a de galés (trabalho forçado) e a de açoite aos escravos.

A legislação criminal adotada no Império significou uma ruptura em relação às penalidades suplicantes da codificação portuguesa (esquartejamento, amputação, açoites etc.), por privilegiar a aplicação da pena de privação da liberdade (o encarceramento) praticamente inexistente no livro V, mas que foi aplicada predominantemente no Código de 1830 (MORAES, 1923, p. 15), (SALLA, 2006, p. 46).

Neste sentido, ressalta Ladislau, mencionado por Vicente de Paulo:

que o Código Penal de 1830 assignala um capitulo especialmente importante no desenvolvimento histórico do direito penal e da política criminal. E a sua significação universal consiste em que, por um lado, chegou a reconhecer, como boa medida, as idéaspolitico-

criminaesgeraes, e por outro estabeleceu, também, elle mesmo, novos e interessantes criteriosdogmaticos e politico-criminaes.

Em 1888, a escravidão é abolida, através da Lei Áurea, ocasionando consideráveis transformações no Código Criminal do Império. No ano de 1889, ocorre a Proclamação da República no Brasil. Em 1890, com o novo Código Penal, surgiram novas modalidades de prisão, considerando o fim das penas coletivas e perpétuas. Estabeleceu-se o limite de trinta anos de pena, restringindo-se às restritivas de liberdade individual, com a prisão celular, prisão disciplinar, reclusão e prisão com trabalho obrigatório.

Contou-se com duas categorias de desvio: os crimes e as contravenções: "A entrada do 'duplo ilícito', ou seja, do crime e da contravenção no Código Penal de 1890, pode ser vista como a contrapartida da elite republicana à liberdade adquirida pelos escravos no período imediatamente anterior" (SANTOS, 2009, p. 105).

Com o passar do tempo, o Código exigia mudanças para suprir as suas lacunas. No ano de 1932, surge a denominada Consolidação das Leis Penais. A Carta Magna é promulgada em 1934, destacando-se princípios importantes como o do juiz natural, foro privilegiado, plenitude da defesa, além de instrumentos protetivos de direito, como o Habeas Corpus.

Mais tarde, foi outorgada a Constituição de 1937, também intitulada de Constituição Polaca devido a sua base jurídica assemelhar-se a arbitrária Constituição da Polônia, constatando-se uma verdadeira regressão ao país.

O congresso é fechado, criam-se crimes políticos e a figura da pena de morte reaparece. Neste momento histórico os direitos e garantias individuais são limitados pelo bem público e a segurança do Estado (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 42).

O professor Alcântara Machado, designado pelo novo ministro da justiça Francisco Campos para estudar alterações acerca da aplicação da lei penal, prevendo as penas de reclusão, detenção, segregação e multas, além de adotar o sistema de penas dualista: penas e medida de segurança, registro, publicação de sentença, confisco, inabilitação, entre outros. O novo Código Penal é publicado em 31 de dezembro de 1940. "Erigido sobre o Anteprojeto Alcântara

Machado, o Código Penal teve em Nélson Hungria seu principal redator” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p.43)

Em 1946 a Constituição Federal foi novamente promulgada, esta limitava o poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 44).

Segundo Dotti (1998), vinte anos após a publicação do Código Penal, Nelson Hungria, um dos mais importantes penalistas brasileiros, elaborou um projeto com princípios e regras, diante da perceptível complexidade na efetiva execução das penas privativas de liberdade, momento em que complementa o projeto de Alcântara, que traz a separação dos condenados e a execução programada, objetivando a recuperação do condenado.

o projeto de Hungria continha disposições relativas à execução das penas privativas de liberdade com os tipos de estabelecimentos penais e a criação do estabelecimento aberto sob regime de semiliberdade e confiança para os condenados primários e de nenhuma ou escassa periculosidade e quando a duração da pena não fosse superior a cinco anos. Atribuiu aos Códigos de Processo Penal e das Execuções Penais a pormenorizada regulamentação dos estabelecimentos penais. (DOTTI, 1998, p. 73).

Destarte, Hungria (1955), citado por Dotti (1998, p. 74), relatou:

tenho sido, como tal, um dos autores de um Código eminentemente retribucionista, que é o Código Penal Brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual, levaram-me a uma revisão de pensamento, a uma revisão de raciocínio, para renegar, repudiar, a *pena-castigo*, a pena retribuição de que nada vale, que é de resultado ineficaz. Devemos marchar para essa unidade estreita entre a pena e a medida de segurança.

No ano de 1964, o Brasil sofre um golpe de Estado. Diante da ação da polícia armada, inspirada pela ditadura militar, não havia que se falar em garantias legais. Em 1967 ocorre o decreto de outorga da Constituição da República Federativa do Brasil. A sexta constituição brasileira formalizou o regime militar deixando o executivo em posição superior aos demais poderes. Todas as medidas eram tomadas pelo militares e com a elaboração da

constituição não foi diferente, porquanto o texto era repleto de dispositivos de interesse militar (BITENCOURT, 2001).

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos eram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas. Em 1969 os ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial (DOTTI, 1998, p. 79)

Após a modificação e sucessivas postergações de sua vigência, em 1973, o Código de 1969, fora revogado pela Lei 6.578/78. Em 1984, ao tempo em que a parte geral do Código Penal Brasileiro era reformulado com importantes transformações, era promulgada a Lei das Execuções Penais, também com grandes avanços, visando a integração social do condenado.

Em 1988, é promulgada a Constituição Federal, também denominada “Constituição Cidadã”, que vai além das funções garantistas e individuais e traz ao Direito Penal e Processo Penal uma função social transformadora (LOPES JÚNIOR, 2009).

Dois anos depois, é editada pelo governo Collor, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/1990), que introduz um regime mais rígido para quem pratica os crimes previstos. Cinco anos posteriormente, em 1995, é criada a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, abarcando as infrações de menor potencial ofensivo, o instituto da transação penal e suspensão condicional do processo destinado aqueles que preenchem os requisitos necessários.

### 3.3 Prisão penal e prisão cautelar

Conforme relatado no tópico supra, no que tange a forma de punição, a privação da liberdade caracterizava-se tão somente como objeto meio para assegurar o condenado até o momento da aplicação da pena.

na Idade Média, a prisão seguiu o mesmo caminho, sendo usada apenas como sala de espera dos mais terríveis tipos de tormentos e castigos. É neste período, porém, que a prisão-custódia dá lugar à prisão como pena, surgindo o primeiro sinal histórico da prisão como verdadeira pena privativa de liberdade. [...] Tinha a finalidade de fazer

com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, o que originou a palavra “penitenciária”, usada até hoje. (SHECAIRA, 2002, p. 33-34).

Logo, é notória a utilização da prisão cautelar como um modo de acolhimento e passagem do indivíduo, até a sua condenação. Atualmente, a pena de custódia também é uma forma de punição adotada no sistema processual penal brasileiro.

A prisão penal resulta de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, caracteriza-se portanto, por ser definitiva, quando se constata o reconhecimento da culpabilidade do responsável pelo delito cometido.

A prisão cautelar, diferentemente, visa a segregação do acusado provisoriamente, quando configurados o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, tal medida decorre da necessidade de se prevenir o possível risco que a liberdade do acusado possa causar ao andamento da persecução penal, como também à ordem pública

Nucci (2012, p. 575), acerca da prisão, aduz:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito a prisão provisória, a qual ocorre enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

### 3.3.1 Princiologia aplicada ao instituto das prisões cautelares

O artigo 5º inciso LVII, da Constituição Federal, assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado, o acusado é considerado inocente.

Trata-se segundo Luigi Ferrajoli, de um princípio fundamental de civilidade, “*o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado*” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Mesmo que diante de uma situação conflitante de direitos, quais sejam, o direito à liberdade de locomoção (CF, art. 5.º, LXVIII), bem como o direito à segurança, (art. 5.º, caput), a presunção de inocência apresenta uma importante função preventiva e protetiva, dentre outros princípios norteadores das prisões cautelares, com a primordial função de garantia da justiça.

O princípio da jurisdicionalidade dita o dever de instigação das decisões judiciais, preconizando a ordem judicial fundamentada para a decretação da prisão cautelar, por órgão judicial competente, evitando-se o abuso de poder.

Preceitua o artigo 283, do CPP, *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.

Mesmo diante do cabimento de medidas cautelares sem prévia ordem judicial, estas devem ser submetidas, *a posteriori*, ao crivo do judiciário para o efetivo controle de sua legalidade e também dos direitos de ir e vir do indivíduo.

Neste sentido, relata Miguel TedescoWedy (2013, p.69):

Mesmo a prisão em flagrante – que para alguns possui caráter pré-cautelar – decorrente do dever da autoridade ou da faculdade de qualquer um do povo, deverá prestar obediência ao princípio da jurisdicionalidade. Sim, pois a prisão em flagrante haverá de ser homologada pelo juiz, caso esteja de acordo com a lei.

O contraditório, importante instrumento de defesa, pois trata-se da oportunidade dada ao indivíduo de expor os motivos que entenda cabíveis, propiciando ao magistrado uma decisão mais justa. Consagrou-se no instituto da prisão cautelar, com a entrada em vigor da Lei 12.403/11. Encontra previsão no artigo 282, parágrafo 3º do Código de Processo Penal.

Nas palavras de Lopes (2013, p. 21-22):

[...] pensamos que o ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, onde sob a égide da oralidade se efetivaria o contraditório e o direito de defesa, na medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida (seja por fragilidade do *fumus comissi delicti*

ou do *periculum libertatis*). Tal medida é muito importante e contribui para a melhor decisão do juiz.

A provisionalidade, está consagrada nos arts. 282, §§ 4º e 5º e 316, ambos do CPP. É outro princípio que atua de forma indispensável nas medidas cautelares, pois diante de uma situação fática, vincula-se aos motivos ensejadores de sua decretação. Portanto, na medida em que não sobrevier fato novo, perdurar-se-á a prisão cautelar.

Neste sentido, explica Aury Lopes Jr (2012):

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.

Desta forma, conclui-se que as prisões cautelares poderão ser substituídas ou revogadas, seja no curso do processo ou não, desde que se certifique insustentável as razões que as determinaram, bem como, havendo necessidade, de serem novamente decretadas.

Nesta linha de raciocínio, evidencia Pedro Lenza (2012, p. 402):

A decisão que aplica medida cautelar não está sujeita a preclusão, sendo-lhe ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá substituí-la, revogá-la, aplicar outra em cumulação e, ainda, voltar a decretá-la. Poderá, ainda, em caso de descumprimento de qualquer outra medida ou de superveniência dos fundamentos que a justificam, decretar a prisão preventiva.

Diferentemente, a provisoriedade, comum às cautelares cíveis, trata-se do tempo de duração da cautelar. Refere-se ao seu caráter temporário, devido a sua limitada vigência, que encerra-se no trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada. (LOPES, 2012).

Ou seja, na medida que o acusado é presumidamente inocente, vê-se negativamente a indeterminação da duração da prisão cautelar. Deveria, pois, ter um prazo certo, e conseqüentemente, justo.

Outrossim, de suma relevância destacar o princípio da excepcionalidade que consagra a pertinência da segregação cautelar ser utilizada em ultimaratio. Encontra previsão nos arts. 282, § 6º e artigo 310, inciso II, ambos do código processual penal, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Depreende-se que o legislador optou pelas medidas cautelares diversas em detrimento da prisão preventiva, ratificando tal princípio. Somente depois de esgotadas todas as alternativas que proporcionam um gravame menor ao acusado, é que será oportuna a decretação da detenção cautelar, posto que a liberdade é regra e a prisão exceção.

Portanto, exalta Júnior (2013, p. 47) que:

a necessidade “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja (SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Córrea. Op. Cit., p.321)”. Relaciona-se, assim, com os princípios da provisoriedade e provisionalidade.

O princípio da proporcionalidade, considerado a *ratioessendi* da prisão cautelar, significa a ponderação do magistrado frente a efetividade da repressão dos delitos e os direitos e garantias do acusado.

Evidencia Aury Lopes Jr (2012):

O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.

O referido princípio encontra respaldo em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, podendo ser citado como exemplo, a vedação a aplicação das cautelares diante da inexistência de cominação de pena privativa de liberdade, prevista em seu artigo 283, §1º.

Para que o magistrado venha a decretar uma prisão cautelar, dentre outras medidas cautelares, faz-se mister a sua racional fundamentação. Trata-se do princípio da motivação, que baseia-se na justificada convicção do juiz afastada de qualquer arbitrariedade.

Segundo o ministro do STF, Celso de Mello:

A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. Presunções arbitrárias construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

As medidas cautelares só devem ser utilizadas quando imprescindíveis, e em último plano, depois de esgotadas todas as hipóteses menos gravosas, o que corrobora com a relevância do poder cautelar no sistema processual penal.

### 3.4 Prisão em flagrante delito

O Código de Processo Penal, prevê em seu artigo 301 e seguintes, o instituto da prisão em flagrante, modalidade de prisão também abrangida por

diversas leis, como a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), a Lei de Lavagens de Capitais (Lei nº 9.613/98) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95) e, sobretudo, na Constituição Federal.

Sua decretação dispensa a ordem judicial, ocorrendo apenas nos casos (flagranciais) de necessidade e urgência. De acordo com Nucci (2012, p.588) a prisão em flagrante “é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal”. Dispõe o artigo 5º inciso LXI, da Constituição Federal que: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Paulo Rangel, explica a prisão em flagrante como:

[...] o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada. (RANGEL, 2014, p. 771).

Em virtude de seu caráter administrativo, ante a dispensa de ordem judicial, o flagrante delito deve ser posto com cautela, pois segundo Aury Lopes Júnior (2014, p. 822), é uma medida precária, não dirigida para garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Nesse sentido, ressalta-se o flagrante obrigatório e o flagrante facultativo, sendo este, conforme Nucci (2012), um legítimo ato de cidadania, em benefício da devida aplicação das leis regentes no país. Já naquele, o flagrante realizado pela autoridade policial e seus agentes, tem caráter obrigatório, sob pena de responsabilização criminal e funcionalmente pela omissão.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 182):

Sem embargo de opiniões em contrário, pensamos que a prisão em flagrante tem caráter pré-cautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim pré-cautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo,

mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar.

O artigo 306 do CPP, dispõe do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que a autoridade competente analise a necessidade da aplicação da prisão cautelar ou a sua substituição pelas medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/2011, no mencionado Código.

Ao ser apresentado, a autoridade ouvirá o condutor, colherá sua assinatura e entregar-lhe-á cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em sequência, ocorrerá a oitiva de no mínimo duas testemunhas, sendo colhidas as suas respectivas assinaturas. O conduzido poderá prestar esclarecimentos perante a autoridade policial, optando, se desejar, pela presença de advogado, bem como utilizar-se do seu direito de permanecer em silêncio. (art. 5º, LXIII da CF).

Havendo suspeita contra o conduzido, este ficará recolhido, enquanto realiza-se, em 24 (vinte e quatro) horas, os demais atos que a lei determina ao se lavrar o auto de prisão em flagrante. Sendo o crime afiançável, e a pena privativa de liberdade não ultrapassando 4 (quatro) anos, o delegado de polícia poderá arbitrar fiança (CPP, art. 322), e o preso será imediatamente solto.

A prisão em flagrante será comunicada sem demora ao juízo competente, à família do preso ou pessoa que este venha a indicar e ao Ministério Público. Importante frisar que na ausência de advogado no ato de prisão, ou o autuado não o indique, uma cópia integral do APF será remetida à Defensoria Pública.

Igualmente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, 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. O APF será encaminhado ao juiz competente, que poderá adotar pela manutenção (e conversão em preventiva) ou pelo relaxamento da prisão. Não sendo este último, e ausentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP), o magistrado poderá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

### 3.5 O sistema carcerário brasileiro

Como é sabido, o sistema carcerário brasileiro há muito tempo está esquecido. Pois o que se vê é um sistema disperso, descontrolado, sem planejamento, a mercê da precariedade. A superlotação dos presídios, automaticamente entra em confronto com a dignidade humana, e para piorar, uma parcela significativa de presos que ainda estão aguardando julgamento, corroboram consideravelmente para esse estado caótico.

Em uma pesquisa realizada em parceria entre o Ministério da Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), relatou-se que cerca de 37% dos casos em que os réus responderam presos ao processo, ao final não foram condenados ou foram absolvidos.

O cenário mais alarmante aparece no encarceramento provisório, ou seja, sem condenação transitada em julgado. É gravíssima a informação de que em 37,2% dos casos pesquisados nos quais os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo. Projetando esse dado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que tenhamos aproximadamente 90 mil homens e mulheres encarcerados no país que não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos com sentenças de absolvição ou condenação a penas alternativas. Em relação a este dado, a pesquisa confirma "o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país. (PIMENTA; SILVA, 2014).

Após o massacre do Carandiru, em 1992, quando uma intervenção desastrosa iniciada pela Polícia Militar de São Paulo, no intuito de conter uma rebelião, causou a morte de 111 detentos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quase 24 anos depois, decidiu anular o julgamento que condenava 70 policiais sob a justificativa de incoerência das provas com o caso e a não possibilidade de individualização das penas (GUMIERI, 2016).

No dia 1º de janeiro de 2017, o país deparou-se com a morte de 56 presos no Complexo Prisional Anísio Jobim. Em 15 dias totalizaram-se mais de 130 mortos, em oito estados (Alagoas, Amazonas, Paraíba, Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Norte e Roraima), em sua maioria devido a rivalidade entre facções. O número de mortes ultrapassou as 111 mortes do Massacre do Carandiru, no estado de São Paulo, em 1992.

Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), a quantidade de pessoas que tiveram a sua liberdade cerceada pelo Estado, chegava a mais de 600mil em 2014, enquanto o *déficit* nas vagas prisionais estava 231.062 em junho do mesmo ano (MOURA; RIBEIRO, 2014). O Brasil teve um crescimento da população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos, segundo dados obtidos pelo Depen, juntamente com o Ministério da Justiça, no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

De acordo com o INFOPEN, o crime que mais leva indivíduos à prisão é o tráfico de drogas. A porcentagem de brasileiros que estão presos devido as drogas chega a 28%. Enquanto que os condenados por roubo 25% e furto 13%. Diante do estudo resta evidente que o maior motivo para a superlotação no sistema carcerário, decorre dos crimes não violentos. O referido relatório dispõe que:

É importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela expressiva participação de tráfico de drogas –categoria apontada como muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2014, p. 33).

Apesar da Constituição Federal ter consagrado o princípio da dignidade humana como um de seus fundamentos primordiais, no entanto não se evidencia tal proteção a este direito. Segundo Piovesan (2000). A dignidade da pessoa humana, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Nesse contexto, ressalta Sarlete:

O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico (SARLETE, 2006).

Diante de tantos resultados negativos, faz-se necessária a busca por alternativas. Acredita-se que com a efetiva implantação do instrumento Audiência de Custódia, possa ocorrer uma significativa melhoria a pessoa detida, sendo portanto um verdadeiro instituto de humanização.

## 4 ASPECTOS GERAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O presente capítulo tem como objetivo trazer explicações acerca dos principais aspectos do instituto da Audiência de Custódia, que tem como finalidade essencial, assegurar a aplicação dos direitos fundamentais da pessoa humana, no momento da apresentação da pessoa presa em flagrante delito, ao juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Nesta seara, importante considerar os quesitos que se relacionam em tal ocasião, como a competência judiciária, a legalidade da prisão cautelar, impossibilidade de produção de provas, prerrogativas atribuídas ao preso, dentre outros elementos que serão demonstrados a seguir.

A legislação processual penal brasileira vivencia mudanças profundas, ocorrência de uma imprescindível conformação de diversos institutos presentes no quase octogenário Código de Processo Penal ao tratados internacionais que ratificamos e à realidade constitucional que vivenciamos desde 1998. (ANDRADE E ALFLEN, 2016).

### 4.1 Conceito, características e previsão normativa

Inicialmente, deve ser definida a palavra custódia. Esta relaciona-se ao ato ou efeito de proteger, guardar alguém ou algo; proteção, guarda. Jayme Camargo (2015) sustenta que: “Custódia é a ação de guardar, de proteger, podendo significar detenção, prisão, vigilância. Para esse estudo, custódia é o estado de quem é preso pela autoridade policial para averiguações, ou conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção”.

Também denominada como audiência de apresentação, tem como pressuposto primordial a garantia dos direitos humanos, pois na medida que se efetiva a sua aplicação, estes se fortalecem. Possui previsão normativa em importantes documentos internacionais sobre direitos humanos, nos quais destacam-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), ratificados pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

O artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos aduz que:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Neste raciocínio, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.3 dispõe que: “Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deve ser conduzida, sem demora, à presença de juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Atribuindo-se as finalidades advindas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos por intermédio da Audiência de Custódia no CPP Brasileiro, integra-se um conjunto de garantias fundamentais interligadas pelo Sistema Judiciário, como a prevenção do abuso pelas autoridades policiais e no combate à banalização das prisões provisórias que, sendo estas muitas vezes desnecessárias acabam por acarretar em violação há muitos outros direitos por consequência da superlotação carcerária.

Conforme entendimento do STF, os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal, persistindo ressalva quanto àqueles aprovados em dois turnos por três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, conforme previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, possuindo portanto caráter constitucional. Por sua vez o Código Processual Penal apresenta caráter de lei ordinária. Diante de tal hierarquia, depreende-se que se prevaleça a Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### 4.2 DO PROJETO DE LEI 554/2011

Em que pese a sua previsão há muitos anos nos referidos tratados e do status supralegal destes, a discussão acerca da Audiência de Custódia só veio a fortalecer-se recentemente. Em 2011, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou o projeto de lei (PLS) nº 554/2011, objetivando a alteração do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal para regulamentar o

referido instituto, determinando o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso ao juiz que decidirá sobre a manutenção da prisão, após ouvir a defesa e o Ministério Público. Dispõe a seguinte redação:

Art. 306. [...]

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

O projeto para a alteração do mencionado artigo foi aprovado pelo Senado Federal no dia 30 de novembro de 2016, em turno suplementar, acrescido de alguns parágrafos em sua redação.

Em debate promovido no dia 30 de março de 2017 pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), houveram divergências acerca de tal proposta. No que tange ao prazo, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) sugeriu sua ampliação de 24 para 72 horas. Segundo o promotor Paulo Rubens Parente: “Não queremos que a audiência de custódia tenha um prazo longo a ponto de não ser possível auferir um ato de tortura, mas também acho que não tenha que ser tão exíguo”.

Ademais, ressaltou-se a necessária utilização de videoconferência em determinados casos, como também da celeridade processual. Para o representante da Polícia Rodoviária Federal, Eduardo Siqueira Campos, em casos de crimes de menor potencial ofensivo, o juiz poderia inclusive determinar a sentença durante a audiência de custódia. Enquanto não se consolide, a resolução de nº 213/2015 do CNJ, com base no CADH, definirá regramentos a respeito da implementação do projeto de modo a alcançar suporte técnico para os magistrados e alternativas para que se reduza o encarceramento provisório.

#### 4.3 DA RESOLUÇÃO 213/2015 E A DINÂMICA PROCEDIMENTAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O projeto Audiência de Custódia iniciou-se a partir da parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça, perpetuando-se aos

poucos por todos os estados federativos, com o apoio do Supremo Tribunal Federal, buscando-se um paradigma para a sua uniformização.

Preliminarmente, convém especificar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Trata-se de um órgão administrativo do Poder Judiciário que possui como função primordial o controle da atuação administrativa e financeira do Estado. Tem legitimidade para expedir atos normativos administrativos vinculativos através de Resoluções, taxativamente previstas na Constituição Federal.

A Resolução nº 213, foi criada em 2015 pelo CNJ, constituindo um modelo de regulamentação e padronização procedimental das Audiências de Custódia no país. Convencionou-se também o prazo de 90 dias desde a sua entrada em vigor para que os Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais se adaptassem as suas disposições.

O texto detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe protocolos e orientação sobre o modo de atuação judicial. O objetivo foi o de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão. (MASI, 2016).

A mencionada Resolução, em seu art. 1º definiu a Audiência de Custódia como a apresentação do preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas à oitiva do juiz, na presença de advogado ou defensor público, bem como do Ministério Público. Assegura-se igual prazo às pessoas presas em decorrência do cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, conforme disposto em seu art. 13.

De acordo com o art. 6º da Resolução, o preso em flagrante tem o direito de conversar reservadamente com o seu defensor, sendo desnecessário o acompanhamento policial. Vale ressaltar que é vedada a presença dos policiais que realizaram a prisão, na audiência.

Durante a oitiva da pessoa presa, verificando o magistrado indícios de maus tratos, ou o próprio preso declará-los, serão tomadas providências através de um procedimento de investigação, à luz do art. 11 da Resolução. Logo após, será dado ao Ministério Público a faculdade de formular perguntas, desde que não adentrem ao mérito ensejador da prisão.

A defesa poderá requerer a aplicação de uma medida cautelar, relaxamento da prisão, e liberdade provisória com ou sem fiança. Encerrada a audiência de custódia, o juiz sem demora decidirá quanto a manutenção da prisão, informando os direitos e obrigações do indivíduo. Em seguida o termo deverá ser apensado no inquérito policial ou ação penal.

#### 4.4 Do Projeto de Lei nº 7908 e a aplicação da audiência de custódia ao menor infrator

O Projeto de Lei nº 7908/17, criado pelo deputado Francisco Floriano (DEM-RJ), altera a Lei 8.069/90, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências ao dispor sobre a Audiência de Custódia do adolescente acusado de cometer ato infracional. Tal proposta foi distribuída para análise e parecer às Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado; de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O deputado sustentou a inexistência de efetivo cumprimento pelo ECA, no que tange à garantia da ampla defesa e do contraditório, ao determinar que a representação independe de prova pré-constituída de materialidade e autoria, violando assim o princípio da legalidade previsto no art. 35, I, da Lei 12.594/12.

Enfatizou a pertinência em estender o referido instituto aos adolescentes infratores, tanto pela efetivação dos direitos infanto-juvenis terem status de prioridade absoluta, como também pela vedação de um tratamento mais gravoso a um adolescente em relação a um adulto em situação idêntica, pela mesma essência ditada na Audiência de Custódia.

Destacou ainda a disposição prevista no art.9º, item 3, do Pacto de São José da Costa Rica, que confere a qualquer pessoa o direito a ser conduzida sem demora ao juiz ou autoridade prevista em lei para ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade. Também frisou a Resolução 213 do CNJ, posto que abrange a questão à nível nacional. Ademais, ressaltou o frequente confronto do menor perante a violência policial.

No dia 23 de novembro de 2017, ocorreu um debate em audiência pública sobre o referido projeto. Houve divergência de opiniões, prevalecendo aquelas contrárias ao projeto. Segundo o juiz Márcio Alexandre, da Vara Regional de atos infracionais do DF:

O Estatuto da Criança e do Adolescente ele confere poderes ao promotor de justiça não somente de acusar, mas também e principalmente de defender os adolescentes. O Estatuto da Criança adolescente, vigente há 27 anos, ele já contempla mecanismos melhores, muito melhores que a audiência de custódia prevista na resolução do Conselho Nacional de Justiça. (ALEXANDRE, 2017).

Em parecer, o Relator, Deputado Subtenente Gonzaga (PDT-MG), ao sustentar sua decisão, apresentou artigo de autoria do Juiz titular da Vara Regional de Atos Infracionais do Distrito Federal, Dr. Márcio da Silva Alexandre, destacando-se os seguintes trechos:

tenho que, em relação ao adolescente, não existem as preocupações que motivaram a regulamentação da audiência de custódia no âmbito processual penal. A situação flagrancial do adolescente é bastante diferente. Passa ele pelo crivo da autoridade policial, do promotor de Justiça e do Juiz, no dia de sua apreensão. Há assim um controle triplo sobre ela.

[...]

Diante desse quadro, certo é que os objetivos visados pela Resolução 213/CNJ já são alcançados pela observância do procedimento previsto no ECA, pelo que não se vê vantagem em se adotá-la no âmbito do Direito Menorista. Além disso, a citada Resolução afronta os dispositivos que regulam a oitiva informal e a concessão remissão extrajudicial, razão por que é ilegal no tema. (GONZAGA, 2017).

Como visto, optou pela rejeição do projeto, diante da preexistência de uma sistemática própria prevista nos artigos 171 a 190 do ECA, que já assegura os objetivos pretendidos pela audiência de custódia, e complementa com a possibilidade que a defesa do menor tem de participar dessa oitiva informal, visto que não há lei dispondo em contrário.

#### 4.5 Finalidades da audiência de custódia

A principal finalidade da implementação da audiência de custódia consiste em adequar o Código Processual Penal Brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, resguardando-se direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, pelos quais se destacam o direito a integridade física e à liberdade.

O Conselho Nacional de Justiça (2017), acerca dos possíveis resultados do instituto perante o ordenamento jurídico brasileiro, definiu: O relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal); A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial); A análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas; Encaminhamentos de natureza assistencial, além do encaminhamento de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão.

Outra finalidade do instituto, segundo Caio Paiva (2015) relaciona-se com a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, prevê o art. 5.2 da CADH que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Com a implementação da audiência de custódia, o país cumpre um compromisso internacional de tomar “medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.” (CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, art. 2.1, 1984).

Uma terceira finalidade demonstra-se pela sua contribuição para a prevenção de prisões ilegais e conseqüentemente na redução da população carcerária que frente a estrutura existente não oferece condições dignas à estes. Dessa forma o processo penal pode contribuir no controle do poder punitivo. Destaca Casara:

Não se pode esquecer que, ao menos no Estado Democrático de Direito, a função das ciências penais, e do processo penal em particular, é a de contenção do poder. O processo penal só se justifica como óbice e à opressão. O desafio é fazer com que sempre, e sempre,

as ciências penais atuem como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal. (CASARA, 2014, p. 9).

Destarte, pronunciou-se a CIDH:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência." [...] "o juiz é garante dos direitos de toda pessoa que esteja na custódia do Estado, pelo que lhe corresponde a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias e garantir um tratamento conforme o princípio da presunção de inocência. (CIDH, 1999).

Urge a sua necessidade, pois na medida em que as prisões brasileiras abarcam um número extrapolado de encarcerados, dentre estes há uma considerável parcela de presos provisórios que na maioria das vezes são absolvidos, motivo pelo qual se faz necessária a sua efetiva implementação.

Diante da sua contribuição no controle do crescimento carcerário, na prevenção de possíveis abusos policiais, na maior efetividade de adoção de medidas cautelares, o referido instituto é, pois, um instrumento de inexorável contribuição, tendo como base primordial à humanização do indivíduo, tendo em vista a extensa correlação de direitos abarcados pela sua aplicação.

#### 4.6 Da autoridade competente para a apresentação do preso em flagrante

A autoridade competente perante a pessoa presa em flagrante, encontra disposição no art. 1º da Resolução 213/2015 do CNJ ao estabelecer que esta deverá ser apresentada à autoridade judicial.

O art. 3º dispõe que se por algum motivo não houver juiz na comarca até o final do prazo de 24 (vinte e quatro horas), a pessoa presa será levada imediatamente ao substituto legal, observado no que couber, o disposto no § 5º do art. 1º.

Art. 1º § 5º: O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato

Complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Cumpra salientar que a autoridade judiciária não abrange a autoridade policial. Para LOPES JÚNIOR (2015) o delegado de polícia não teria a competência referida pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cabendo-lhe o papel de lavrar o auto de prisão em flagrante, prestar os esclarecimentos pertinentes e, se for o caso, conceder fiança, à luz da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Neste raciocínio, destacam Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2015):

A intervenção da autoridade policial, do delegado, daria conta dessa exigência? Entendemos que não. Primeiro porque o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente 'funções judiciais'. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial. Em segundo lugar a própria CADH já decidiu, em vários casos, que tal expressão deve ser interpretada em conjunto com o disposto no artigo 8.1 da CADH, que determina que 'toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial'. Com isso, descarta-se, de vez, a suficiência convencional da atuação do Delegado de Polícia no Brasil.

Observa-se pelo teor dos Tratados internacionais uma interpretação extensiva quanto a competência para a realização das audiências de custódia, conforme observado nos artigos 7.5 em conjunto com o art. 8.1 da CADH. Segundo o Comitê de Direitos Humanos, a autoridade competente deve ser independente, objetiva e imparcial. Dessa forma, os membros da Polícia, da Defensoria Pública e do Ministério Público não possuem o condão de exercer funções judiciais, devendo estas serem realizadas apenas pelo magistrado.

#### 4.7 Impossibilidade de produção de provas

Durante a Audiência de Custódia não há espaço para se adentrar ao mérito da causa, pois não se trata de um interrogatório, não advindo-se prova perante o depoimento do preso.

Sendo assim, o que se pretende é resguardar os direitos do preso em flagrante, buscando obter a concreta necessidade de sua prisão, ao mesmo tempo em que este é prevenido de possíveis atos de tortura e abuso policial.

Portanto, em regra, qualquer informação será incabível como prova, inclusive para futuras ações penais, entretanto, a depender do caso concreto, de forma a garantir o contraditório e a presunção de inocência, poderá ocorrer a produção probatória de forma excepcional. Ademais, limitar-se-á ao disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal.

## 5 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU ATUANTE PAPEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A efetiva implementação do instrumento Audiência de Custódia no país, reflete-se na renovação do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro, devendo este, ser amplamente analisado à luz dos direitos e garantias inerentes à pessoa humana.

uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo (GIACOMOLLI, 2014, p. 12).

A recente implantação da audiência de custódia no Brasil robustece a dignidade da pessoa humana, construindo-se um elevado patamar na garantia dos direitos humanos fundamentais, sendo vedado o retrocesso. (CANOTILHO, 1999).

O Estado de Direito brasileiro, por meio deste instrumento, exerce expressivo papel no que concerne à manutenção da prisão cautelar somente em questões de concreto interesse ao resultado útil do processo penal (CPP: art. 312, caput c/c § único), inibindo a equivocada e inconstitucional antecipação da condenação criminal e portanto, do revanchismo penal. (ZAFFARONI, 2010).

A dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Esta elucidação demonstra a igualdade conferida a qualquer indivíduo de ter preservado os seus direitos, tanto pelo Estado, quanto pela sociedade, sendo uma garantia desprovida de renúncia e alienação.

Também evidencia-se o início substancial dos direitos humanos, ou seja, se emanariam de lei ou da própria natureza humana, bem como da antecedência entre ambas as fontes. (BOBBIO, 1999), não esquecendo da atenção de Stammler no seguimento de que todo direito deve ser uma busca pelo justo, sendo fonte essencial do direito a pessoa humana. (MONTORO, 1994).

O instituto em estudo, conforme dispõe Treichel (2005), “é particularmente importante naqueles estados onde existe um específico perigo de brutalidade policial ou tortura”. Deste mesmo entendimento tem Carbonel (2003) ao dizer “da situação especial de vulnerabilidade”, com o perigo de violação dos direitos do preso. Ademais, a audiência de custódia incorpora-se na totalidade de princípios que regem a proteção de todas as pessoas sujeitas a alguma forma de prisão ou detenção.

Atente-se a seguinte disposição:

Princípio11.1: Ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade efetiva de ser ouvido prontamente por uma autoridade judiciária ou outra autoridade. A pessoa detida tem o direito de se defender ou de ser assistida por um advogado nos termos da lei.

Princípio 37: A pessoa detida pela prática de uma infração penal deve ser apresentada logo após a sua captura a uma autoridade judiciária ou outra autoridade prevista por lei. Essa autoridade decidirá sem demora acerca da legalidade e necessidade da detenção. Ninguém pode ser mantido em detenção aguardando a abertura da instrução ou julgamento salvo por ordem escrita da referida autoridade. A pessoa detida, quando apresentada a essa autoridade, tem o direito de fazer uma declaração sobre a forma como foi tratada durante sua detenção. (ONU, 1988).

Observa-se veemente a trajetória da audiência de custódia em torno de direitos fundamentais, como a vida, a integridade física e psíquica e à liberdade, objetivados nacional e internacionalmente, conforme preleciona Romita (2005):

A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário.

## 5.1 Princípios assegurados pela audiência de custódia

Faz-se imprescindível o estudo sobre os princípios que norteiam a audiência de custódia. Antes disso, momentoso destacar o conceito de princípio. Trata-se da fonte inicial de algo, contempla-se pela ciência e razão dada ao objeto em estudo.

Juridicamente, define Plácido e Silva (1993):

quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (...) Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Demonstram no Processo Penal brasileiro, os fundamentos da política processual penal do Estado. Não obstante, aqueles que fundamentam o Processo Penal devem estar de acordo com os preceitos compreendidos na Carta Magna e tidos como absolutos, nesse cenário, a liberdade individual.

### 5.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, bem retratada no início deste tópico, encontra previsão na Constituição Federal, logo em seu art. 1º, III. Não há que se falar no instituto em estudo sem relacioná-lo a tal fundamento, diante do seu papel assegurador de direitos, como a vida, a liberdade e a integridade física, além de não permitir o retrocesso.

Importante mencionar o princípio da humanização do processo, originado pelo princípio da humanidade. A seu respeito, relata Smanio e Fabretti (2016):

esse princípio define os níveis de afetação pessoal que em hipótese alguma podem ser ultrapassados pela sanção penal e está diretamente relacionado à natureza das penas a serem aplicadas e à sua forma de execução. Impede, tal princípio, a aplicação pelo Estado de qualquer punição que viole os direitos e garantias fundamentais, entendidas com tais características aquelas penas cruéis ou degradantes, causadoras de sofrimentos e humilhações desnecessárias, pois completamente

estranhas aos legítimos fins do Estado Democrático de Direito. A pena racional deve ser entendida como aquela que busca uma finalidade legítima, coerente com os princípios constitucionais de qualquer Estado Democrático de Direito. [...] a humanidade deve ser respeitada durante todo o processo necessário para a aplicação da sanção penal, ou seja, desde a investigação, passando-se pelo julgamento, até o último dia da execução da pena.

Outrossim, a audiência de custódia dignifica o devido processo legal, diante da sua contribuição ao acesso à Justiça, impulsionando a aplicação do direito constitucional da inafastabilidade da jurisdição, buscando difundir a mensagem de que todo indivíduo, independente de raça, crença, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.

#### 5.1.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência tem previsão legal no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, onde dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Corolário do Estado Democrático de Direito, assegura que só ocorrerá a condenação, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e após esgotados o cabimento de recursos, possibilitando o caráter excepcional da prisão cautelar.

Apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro, segundo Streck, Canotilho e Mendes (2013, p. 443-444), como:

[...] um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa.

Portanto, o que deve se prevalecer é a inocência do indivíduo. Neste pensamento evidencia Renato Brasileiro de Lima, (apud CESARE; BECCARIA, 1764): “Já advertia que um homem não pode ser chamado réu antes

da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Com a redução das desnecessárias prisões preventivas por meio da humanização da relação juiz-presos, a audiência de custódia contribui na função do referido princípio.

### 5.1.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa possui base legal no art.5º, LV, da Constituição Federal de 1988. “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme analisa LOPES JÚNIOR (2014, p.145):

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre das acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

Ressaltando-se a prisão como *ultima ratio*, é fundamental a adoção de medidas que visem a oportunidade de defesa, o direito ao conhecimento dos fatos alegados, bem como de contradizê-los no auto de prisão em flagrante, possibilitando uma melhor e mais eficiente produção de provas, constituídas pela autodefesa realizada pelo próprio custodiado no momento de sua apresentação e da defesa técnica, por seu advogado ou defensor público.

Há intrínseca relação do princípio do contraditório e da ampla defesa ao princípio da verdade real, neste aspecto, demonstra Giacomolli (2015, p.131):

Urge o cumprimento do determinado no art. 7.5 da CADH (...). Não é o que ocorre na *Law in action*. Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável. Com isso se descumpra a CADH e a CF, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual, e, como regra, no final do procedimento, meses após sua prisão. Nas situações em

flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido. Com isso, se esborna e fragiliza o contraditório. Também deveria ser cumprido o disposto no art. 8.1 da CADH (“toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal). O direito a audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que se daria ao sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão de liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas. Com a apresentação imediata do detido, o Juiz poderia avaliar melhor a necessidade da prisão e das demais medidas cautelares cumprindo o determinado na CADH.

Desse modo observa-se o papel da Audiência de custódia de viabilizar a proteção dos direitos do acusado, garantindo-lhe os necessários meios que oportunizem a sua defesa perante o ato imputado.

## 5.2 Audiência de custódia como instrumento de proteção aos direitos humanos e seus reflexos no direito processual penal brasileiro: desafios e resultados

Com a promulgação do Decreto 678/92 e do Decreto 592/92, foi ratificada no Brasil a previsão normativa que regulamenta a audiência de custódia, sendo esta efetivamente implantada pelo Conselho Nacional de Justiça em todas as unidades federativas, com a instituição do projeto no Distrito Federal, em 14 de outubro de 2015.

No Estado da Paraíba, segundo dados obtidos pelo CNJ, até 30 de junho de 2017, já ocorreram 6.027 audiências de custódia, sendo concedida liberdade provisória em 44,32% dos casos (2.671 audiências). Por outro lado, 55,68% dos detidos, tiveram a prisão convertida em preventiva. Em todo o território nacional, tal porcentagem assemelha-se, visto que 44,68% dos casos (115.497 audiências), resultaram em liberdade, do total de 258,485 audiências de custódia realizadas até junho de 2017.

Tais números revelam-se de extrema relevância quando se observa o título dado ao Brasil de terceira maior população carcerária do mundo, bem como do atual quadro de seu sistema prisional, já que enquanto não houver a efetiva implementação da referida audiência, aquele comportará presos definitivos e provisórios. Além disso, o problema se dá pelo fato de na prática a prisão

cautelar ser a regra, onde se antecipa a pena sem um correto juízo de condenação.

Existe ainda no Brasil, uma grande resistência por parte da cultura jurídica, política e administrativa do uso da prisão provisória e a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão em tratar e adotar a restrição de liberdade com a devida excepcionalidade que a Constituição Federal impõe. (BALLESTEROS, 2016).

De acordo com os relatórios divulgados no dia 8 de dezembro de 2017, pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado pelo Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira já atinge o número de 726 mil presos, na medida que cresce assustadoramente o número de presos, aumenta-se o déficit de vagas.

No estado do Ceará quase 66% são presos provisórios. De acordo com levantamento realizado pelo CNJ acerca da Cadeia Pública de Itapé – a 124 km de Fortaleza, onde ocorreram 10 mortes no dia 29 de janeiro do corrente ano, mostrou-se a péssima situação dos estabelecimentos penais, comportando 84 internos, onde deveria conter 25, sendo em sua maioria, encarcerados que ainda aguardam condenação.

Essas pessoas que ainda aguardam uma condenação, muitas vezes demorada e desnecessária, ao serem presas, automaticamente estão cumprindo uma pena mais rigorosa já na fase processual, com a possibilidade de ser até mais gravosa do que a própria condenação, como é o caso da absolvição, em muitos casos. E não é só isso, mantém contato com um sistema inteiramente arruinado, onde predomina a precariedade em todos os aspectos, higiene, alimentação, acomodação, sem contar com a péssima influência e o perigo de se conviver com presos mais “entendidos”.

Segundo o presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) Cristiano Maronna. “Há um abuso no uso da prisão em detrimento de penas alternativas e um abuso na prisão cautelar. A mudança mais urgente é a relativa à cultura punitiva do Judiciário, que vem se mostrando incapaz de aplicar a Constituição.”

Resta evidente a contribuição das audiências de custódia, dentre outras importantes finalidades, na redução das péssimas circunstâncias em que se encontra a população carcerária. “A audiência de custódia surge como uma

medida de descarcerização, buscando evitar prisões desnecessárias e arbitrárias, vindo a diminuir o número de encarcerados, e conseqüentemente, o altíssimo custo revertido ao estado.” (PAIVA, 2015).

Ademais, evidencia Aury Lopes Junior e Caio Paiva (2014, p. 01):

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

É uma medida do Poder Judiciário de tentar solucionar as violações crônicas de direitos humanos que representam a superlotação no sistema carcerário, e além disso, as execuções extrajudiciais pela polícia, a tortura e os maus-tratos cometidos contra as pessoas que se encontram presas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Ante a previsão da impossibilidade em se adotar outras medidas cautelares, muitos juízes acabam abstendo-se de aplicá-las, por não vislumbrar a possibilidade de sua aplicação, como é o caso por exemplo, da monitoração eletrônica, pela falta de tornozeleiras eletrônicas, como aponta pesquisa realizada pelo Cesec. Em contrapartida, o CNJ salienta a economia resultante da audiência de custódia, que poderá ser revestida, portanto, na solução desses casos. Segundo o referido Conselho, a redução pela metade do número de presos provisórios, resultará em uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. Ressalta-se ainda, que deixando de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, uma economia de 9,6 bilhões de reais.

Lopes Júnior e Paiva (2015, p.2), afirmam que a audiência de custódia confere seguridade ao controle judicial, evitando-se prisões ilegais e garantindo o direito à liberdade, à vida e à integridade física do preso. Atentam para a substituição de uma visão preconceituosa em humanitária, ressaltando a importância do contato entre o juiz e o acusado. (LOPES JUNIOR; PAIVA; 2015, P.2).

Constata-se uma certa divergência na aplicação das audiências de custódia no Brasil, o que demonstra que ainda encontram-se em fase de

adaptação. Tratando-se da contagem do prazo, para alguns doutrinadores dar-se-á a partir da comunicação da prisão, para outros, da lavratura do auto em prisão em flagrante, da realização da prisão, etc. Outra questão é a utilização dos dados obtidos na audiência como meio de prova, permitido em determinados estados e vedado em outros, como ocorre no Ceará e Pará.

Tal descompasso comprova um déficit na eficiência estatal. Neste sentido, observa-se que “a uniformização de fluxos e procedimentos é mais um importante instrumento para consolidar a prática já respaldada por legislação internacional e referendada pelo Brasil por duas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas ADI 5240 e ADPF 347”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Diante de seu necessário processo de desenvolvimento, aprimoramento e uniformização, explica Ballesteros (2016):

A preocupação por melhores dados e informações para analisar e aperfeiçoar os pontos críticos e essenciais, assim como, o próprio acompanhamento dos órgãos públicos e das organizações da sociedade civil sobre os impactos que as alterações legislativas e operacionais feitas na esfera penal têm conseguido atingir são importantes para que se possa realizar um balanço dos alcances atingidos pelas audiências de custódia com a sua implementação. [...] as modificações empreendidas no âmbito do sistema de justiça criminal são extremamente relevantes e demandam esforço e vigilância contínua daqueles envolvidos em garantir o melhor funcionamento e resultados. (BALLESTEROS, 2016).

Cada passo percorrido na busca por seu alinhamento favorece à evolução do processo penal e do respeito aos direitos humanos, dando efetividade a proteção prevista nos Tratados e Convenções internacionais.

### 5.3 APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA CIDADE DE SOUSA-PB E UMA ANÁLISE GERAL DE SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

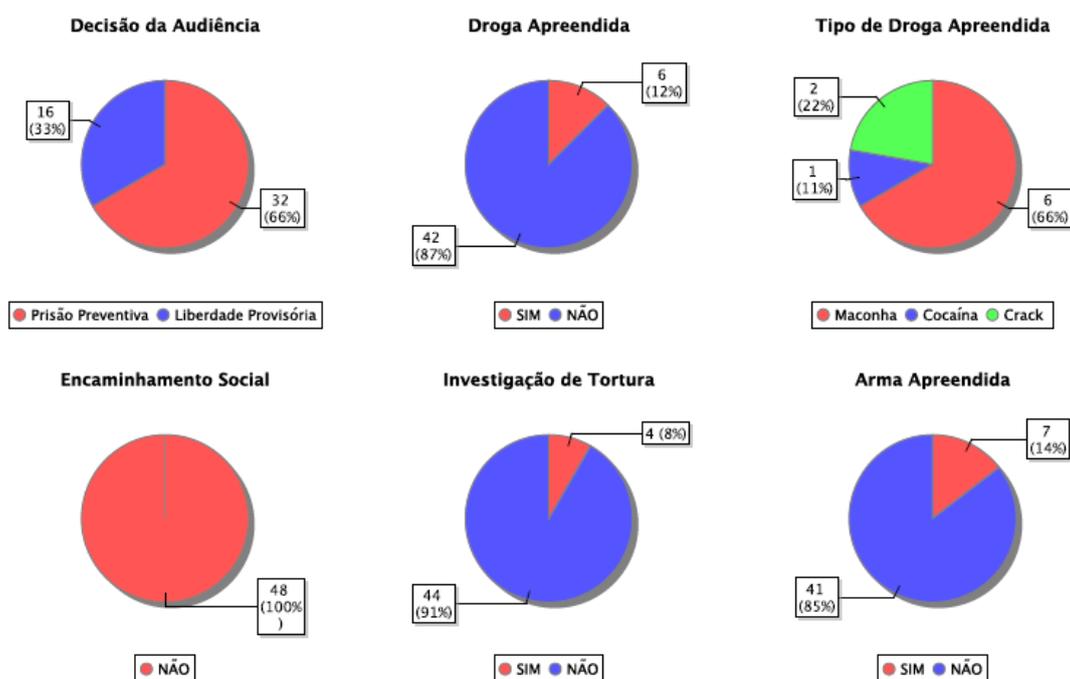
No estudo a seguir, será realizada uma análise dos principais quesitos apontados na referida pesquisa, contextualizando-os a uma análise geral da problemática enfrentada no atual cenário brasileiro.

Através de consulta realizada na 6ª Vara Criminal da Comarca de Sousa-PB, por meio de acesso restrito ao site [www.cnj.jus.br/corporativo](http://www.cnj.jus.br/corporativo), extraiu-se

dados relativos a realização da audiência de custódia em todas as varas da comarca da referida cidade, no período de 1º (primeiro) de julho de 2017 à 31 (trinta e um) de janeiro de 2018.

Conforme verifica-se nos gráficos abaixo, destacam-se dados estatísticos referentes às decisões que resultaram em prisão preventiva ou liberdade provisória, o número de casos em que houve apreensão de drogas, e o tipo desta, a necessidade de encaminhamento social, investigação acerca de possíveis casos de tortura, e apreensão de arma.

Evidencia-se portanto, dados referentes a algumas das principais finalidades do instituto em estudo, como é o caso da prevenção à tortura. Como é sabido, são escassas as medidas para se combater a cultura de violência institucional no país, e nas poucas existentes, ainda há uma grande deficiência no que se refere à intervenções qualificadas.



Fonte: [www.cnj.jus.br/corporativo](http://www.cnj.jus.br/corporativo)

Na audiência de custódia, é frequente a ausência de formulação de perguntas acerca da violência no ato da prisão, e quando presente a abordagem policial, a violência é vista ordinariamente como algo necessário, ou ainda, o depoimento do preso é meramente desconsiderado. Sendo assim, as denúncias muitas vezes sequer são encaminhadas, perdendo-se a oportunidade de intervenções que efetivamente previnam a tortura. Para isso, o reconhecimento

pelo próprio Estado é fundamental para que cumpra de fato, o seu compromisso. Diante de diversos relatórios realizados por entidades nacionais e internacionais, observa-se que o uso da força é prática que supera o permitido por lei no exercício da atividade policial, institucionalizando-se perante condutas comissivas destes, que instigam a violência contra determinados grupos, bem como pela omissão dos órgãos de controle no ato de fiscalização do poder de polícia estatal.

O Estado, que na visão da teoria política clássica foi criado para mediar disputas e salvaguardar a segurança dos cidadãos, é visto pela população como uma ameaça. A força como expressão da autoridade do Estado, na realidade mostra-se como ausência de sua legitimidade. Quanto menos a sociedade se sentir representada pelas autoridades públicas (Carvalho, 1996; Santos 1979), mais a força física será usada como suposto instrumento no “percurso civilizatório” de pacificação das relações pessoais e sociais (ELIAS, 1995).

Outro ponto em destaque na referida pesquisa, relaciona-se ao envolvimento com drogas. Isto se dá pelo fato de que o crime que mais leva pessoas para a cadeia é o tráfico de drogas, segundo estudo do INFOPEN (2014). A porcentagem de brasileiros que estão presos em razão de tráfico de drogas chega a 32,6%. Antes predominava-se nas cadeias indivíduos condenados por crimes contra o patrimônio, hoje impera inúmeras pessoas respondendo pelo crime de tráfico, grande parte destas, ainda sem julgamento.

Ocorre que, com a alteração na lei de Drogas, em vigor desde outubro de 2006, houve certa rigorosidade com relação as penas para os traficantes, ocorrendo por outro lado, efeito contrário para os usuários e pequenos traficantes. Segundo levantamento divulgado pelo G1, em 2015, de 2005 à 2013 houve um aumento em torno de 339% no número de presos por tráfico, alcançando nos últimos anos, a porcentagem de 480%, sem contar com 5 dos 27 estados que afirmaram não ter dados disponíveis.

O relatório do Departamento Penitenciário (2014, p. 33) assevera que:

É importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela expressiva participação de tráfico de drogas –categoria apontada como muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas.

A recente aplicação das audiências de custódia no país, tem sua contribuição frente a essa problemática, com a redução da quantidade de presos provisórios, outra finalidade também destacada na pesquisa apresentada, diante da relevância em se analisar a necessidade da prisão. Na pesquisa, das 48 audiências de custódia ocorridas, 27 resultaram em liberdade provisória, confirmando a colaboração da audiência de custódia.

Diante de todos os dados obtidos no decorrer desta e das demais pesquisas evidenciadas no presente trabalho monográfico, constata-se a real eficácia da Audiência de Custódia na garantia dos direitos humanos, desempenhando importante papel para o rompimento com a lógica de punir do Estado, trazendo mais humanidade com seus benefícios ao sistema processual penal brasileiro.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verificou-se que a Audiência de Custódia, prevista pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, através do Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992, encontrou dificuldades para a sua internalização e conseqüentemente para a sua efetiva implementação, que só veio a ocorrer de forma sistematizada, através do projeto Audiência de Custódia, lançado em fevereiro de 2015 pelo CNJ.

Mesmo diante de certa rejeição pela doutrina e jurisprudência acerca de qualquer inovação no ordenamento jurídico no que tange a audiência de custódia, pelo fato de que tratar-se-ia de mera decorrência da aplicação de normas que regulamentam direitos fundamentais, tais como o art. 5º, §1º da CF e o art. 7º da CADH, com efeito, a eficácia social do referido instrumento surtiu uma legítima revolução no sentido criminológico e comportamental pátrios.

A apresentação do preso sem demora ao magistrado, configura imensurável acréscimo ao primado da dignidade humana (CF, art. 1º, III), estabelecido como verdadeiro condutor de direitos humanos fundamentais, evidenciando-se ainda mais com a obrigatoriedade do mais célere contato entre preso e juiz, fortalecendo desse modo, o princípio da humanização no sistema de processual penal brasileiro.

Conforme demonstrado, com a implantação da audiência, além da prevenção de atos abusivos no momento da detenção, a adoção de medidas alternativas à prisão provisória, adequa necessidade e utilidade da prisão cautelar para a efetiva higidez do processo, impedindo a continuidade da antecipada privação de liberdade, muitas vezes ilegal ou desnecessária. Ademais, sua aplicação revela alguma mudança na cultura do encarceramento que se operou no país.

Persiste enraizada mentalidade que distancia a pessoa presa dos direitos inerentes a qualquer cidadão, concomitantemente, o Estado atua de forma a afrontá-los cada vez mais. Nesse diapasão, faz-se imprescindível em um Estado Democrático de Direito, a compreensão de que não se pode admitir que a dignidade humana se perca no momento da prisão. O emprego das prisões provisórias, medida que deveria ser excepcional, contribui inexoravelmente com

tal violação, razão pela qual faz-se necessária a busca de medidas que busquem o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem.

Nesta perspectiva, mesmo diante de controvérsias e impasses a serem enfrentados, como a falta de estrutura do Estado e ausência de legislação interna unificada, o retorno de sua implantação sem dúvidas se sobressai. Ressalte-se que não se trata de compactuar com a impunidade, retirando-se a pena daquele que infringiu a lei, mas de pugnar pelo respeito às regras constitucionais, processuais, e convencionais existentes, evitando-se conseqüentemente, a caótica banalização prisional existente, através de uma análise pelo juiz acerca da legalidade da prisão, e das reais condições do preso no momento da homologação do flagrante, verificando se é caso de substituição pela liberdade provisória, por uma ou mais medidas cautelares alternativas a prisão preventiva, ou em último caso, a conversão em prisão preventiva.

Indubitavelmente, tal instrumento ainda que não seja a solução, pode amenizar a violação aos direitos humanos daquele mantido sob a custódia do Estado. Em razão disso faz-se imprescindível o estudo sobre o seu aprimoramento, e maior adequação no âmbito do direito processual penal brasileiro.

Ressalte-se ainda, a fundamental importância para a sua eficiência, de uma mudança cultural por parte de todos os operadores do direito, pois para o efetivo cumprimento de uma recente política criminal processual, exige-se uma visão para o novo, à mudança daquilo que é padrão, reconhecendo-se a aplicação de outras medidas alternativas, que na prática são exceções, acompanhadas de um olhar para a dignidade humana que está em jogo.

Considerando-se portanto, as principais ideias traçadas no desenvolvimento desta pesquisa, a mesma não teve a pretensão de esgotar a discussão em volta de um instrumento que pode ser considerado um direito humano fundamental, constituindo-se importante objeto de ajuste do sistema processual penal aos Tratados internacionais de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes. **Tratados Internacionais** (Teoria Geral). Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7652](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652). Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Campinas: Russel, 2006.

BILDER, Richard B. **An overview of international human rights law**. In: HANNUM, Hurst (Editor). *Guide to international human rights practice*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Presidência da República. Promulgado: **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Presidência da República. Promulgada: **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2017.

BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

**Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 26 de novembro de 2017.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e Liberdade – Coleção Para entender direito**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014, p. 9-10

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil (Caso 11.634). Informe de mérito do dia 11/03/2004, § 59**. Disponível em <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>. Acesso em: 08 de jan. de 2018.

COMISSÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP. **NOTA TÉCNICA Nº 5/2015/CONAMP**. Disponível em: <[http://www.conamp.org.br/images/notas-tecnicas/NT%2005%20-%20PLS%20554\\_11%20-%20audiencia%20de%20cust%C3%B3dia%20-%20substitutivo.pdf](http://www.conamp.org.br/images/notas-tecnicas/NT%2005%20-%20PLS%20554_11%20-%20audiencia%20de%20cust%C3%B3dia%20-%20substitutivo.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Audiência de custódia. **Dados estatísticos / Mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal/902-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São Jose da Costa Rica**, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em 6 de dezembro de 2017.

**Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm) Acesso em 26 de novembro de 2017

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em 8 de dezembro de 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias - INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça - Departamento Penitenciário Nacional, dez. 2014. Disponível em:

<[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicapenal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicapenal/documentos/infopen_dez14.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

**EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45**, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em 5 de dezembro de 2017.

**Estudo histórico, jurídico e comparativo do “Código Criminal de 1830**. *Jornal do Commercio* de 4/7/1930, apud VICENTE DE AZEVEDO, *CENTENÁRIO DO CODIGO CRIMINAL*, in *Revistas dos Tribunais*, vol. LXXVII, fevereiro de 1931, p. 460.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 37. ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 2009.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro (coord.). **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 402.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (Parte 2)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>. Acesso em 05/01/2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ**. 4 maio 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MENDES, Gilmar. **A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais**. Revista Direito Público, n. 8, p. 54-91, abr./mai./jun. 2005.

Moraes, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 39.

PERES LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

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

PIMENTA, Victor Martins e SILVA, Fábio de Sá. **Alternativas à prisão**, 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3114&catid=>](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3114&catid=>) Acesso em: 12 de dezembro de 2017).

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: [s.n.], 51/52, jan./dez. 1999. p. 81-102.

\_\_\_\_\_. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** - 11ª Ed. 2010.

\_\_\_\_\_. Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**Resolução Nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

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

SOBREIRO, Ramon Miguel Pereira. TCC, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (eds.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

**O projeto audiência de custódia do conselho nacional de justiça e o ordenamento jurídico.** Disponível

em:<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/08/o-projeto-audiencia-de-custodia.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**, 1998.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 69.